

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 248.852 du 9 novembre 2020

A. 232.001/VI-21.888

En cause : **la société privée à responsabilité limitée LUXPRO,**
 ayant élu domicile chez
 M^e Olivier BALLEZ, avocat,
 rue de Villers 78
 7350 Hensies,

contre :

le Centre Public d'Action Sociale de Charleroi,
 ayant élu domicile chez
 M^e Michel FADEUR, avocat,
 rue Léon Bernus 66
 6000 Charleroi.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 octobre 2020, la SPRL Luxpro demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision d'attribution prise par Centre Public d'Action Sociale de Charleroi, en date du 24 août 2020, ayant pour objet un accord-cadre pour la fourniture du matériel de cuisine pour les différents sites du CPAS de Charleroi par le biais de la procédure de marché public par procédure ouverte l'informant que le marché avait été attribué à un autre soumissionnaire et par voie de conséquence la décision d'attribuer à la société [GBM] les lots n° 1 et n° 5 du marché ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 octobre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 octobre 2020.

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.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Alexandra Druitte, *loco* M^e Olivier Ballez, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Michel Fadeur, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis Delvax, premier 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.

III. Exposé des faits utiles

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

- « En sa séance du 30.04.2020, le Bureau Permanent du CPAS de CHARLEROI a décidé à l'unanimité :
- D'approuver le cahier des charges n° 2020-SBat2927 et le montant estimé du marché "Accord-cadre pour la fourniture du matériel de cuisine pour les différents sites du CPAS de CHARLEROI", établi par le Service des Bâtiments, les conditions étant fixées comme prévu au cahier des charges et par les règles générales d'exécution des marchés publics et le montant estimé s'élevant à 826.446,27€ HTVA, soit 1.000.000€ TVAC (21%)
 - De passer le marché par la procédure ouverte
 - De soumettre le marché à la publicité européenne
 - De compléter et d'envoyer l'avis de marché au niveau national et européen
 - De financer cette dépense par les divers articles budgétaires des sites qui feront appel au présent accord-cadre
 - De communiquer la présente décision au plus proche Conseil de l'Action Sociale
- [...]

En sa séance du 18.05.2020, le Conseil du CPAS de CHARLEROI a décidé à l'unanimité :

- De confirmer la décision du Bureau Permanent du 30.04.2020 approuvant le cahier des charges, le mode de passation du marché (procédure ouverte) et le montant estimé du marché "Accord-cadre pour la fourniture du matériel de cuisine pour les différents sites du CPAS de CHARLEROI".

[...]

Il convient de mettre en exergue divers motifs de ces décisions :

- Chaque année, le Service des Bâtiments procède à l'acquisition de matériel de cuisine pour les différentes Maison de repos et de soins de la partie adverse

- Ces acquisitions étant récurrentes, le Service des Bâtiments souhaite réaliser un accord-cadre avec un accès catalogue
- Ce marché est un accord-cadre qui couvre les années 2020 à 2023
- Ce marché est divisé en :
 - Lot 1 (chaud et maintien du chaud)
 - Lot 2 (froid et maintien du froid)
 - Lot 3 (matériel coupant et tournant)
 - Lot 4 (fours)
 - Lot 5 (mobilier de cuisine / équipement mural)
 - Lot 6 (matériel de transport)
 - Lot 7 (matériel de laverie)
 - Lot 8 (petit équipement de cuisine)
- Au moment de la rédaction du présent marché, l'administration n'est pas en mesure de définir avec précision les quantités de fournitures dont elle aura besoin

La partie adverse produit en pièce 4 de son dossier le cahier des charges du marché public de fourniture, ayant pour objet "Accord-cadre pour la fourniture du matériel de cuisine pour les différents sites du CPAS de CHARLEROI".

Au niveau de la description du marché (pages 4 et 5, I.1) il est précisé – outre les différents lots qui constituent le marché et les principaux lieux de livraison – qu'il s'agit d'un accord-cadre, soit :

" ... Un marché dans lequel l'adjudicataire ne livre pas l'ensemble des fournitures en une fois, mais par livraisons fractionnées sur base de bons de commandes successifs au gré des besoins du pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée du marché... ".

Il est également précisé que :

" ... Le marché porte sur la totalité des produits repris dans l'inventaire ci-joint et du catalogue du soumissionnaire, dont les articles font partie de l'objet du présent marché. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur aura accès au catalogue de l'adjudicataire.

L'adjudicataire recevra des demandes de produits complémentaires lors de l'exécution du marché car il était impossible pour le pouvoir adjudicateur de lister l'ensemble de ses besoins pour une aussi longue période. Les produits supplémentaires seront soumis aux prescriptions du présent cahier des charges.

La liste du matériel reprise en annexe B du présent cahier spécial des charges est représentative du différent matériel commandé pour les différents sites du CPAS de CHARLEROI sur les 4 années précédentes. Le pouvoir adjudicateur précise toutefois que chaque matériel ne sera pas systématiquement commandé chaque année.

Au moment de la rédaction des conditions du présent marché, l'administration n'est pas en mesure de définir avec précision les quantités de fournitures dont elle aura besoin.

En conséquence, les quantités présumées indiqués dans le cahier des charges régissant le présent marché sont à titre purement indicatif et elles n'engagent nullement l'administration.

Cette procédure est d'application pour chaque lot... ".

Au niveau de la fixation des prix (page 5, I.4), il est précisé que :

" ... Le présent marché consiste en un marché à bordereau de prix.

Le marché à bordereau de prix est celui dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.

Le marché est attribué sur base des prix unitaires mentionnés dans l'offre. Au moment de la rédaction des conditions du présent marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir avec précision les quantités de fournitures dont il aura besoin. En conséquence, les quantités présumées n'engagent nullement l'administration. Dès lors, l'adjudicataire ne pourra réclamer aucune indemnité dans le cas où les quantités présumées ne seraient pas atteintes.

Chaque appel individuel fera l'objet d'un bon de commande... ".

Au niveau des critères d'attribution (pages 8 et 9, I.10), il est précisé que les critères d'attribution valent pour tous les lots et concernent :

1. Le prix selon une pondération de 80 avec application d'une règle de 3, donnant le score de l'offre, soit $(\text{prix de l'offre la plus basse} / \text{prix de l'offre}) \times \text{pondération du critère prix}$
2. Les modalités de livraison selon une pondération de 20
 - 2.1. Montant minimum avec une pondération de 10, soit montant minimal de commande devant être atteint pour ne pas payer de frais de livraison, avec application d'une règle de 3, donnant le score de l'offre, soit $(\text{montant minimum le moins élevé} / \text{montant minimum de l'offre}) \times \text{poids du critère montant minimum}$
 - 2.2. Frais de livraison en dessous du montant minimum de commande avec une pondération de 10 avec application d'une règle de 3, donnant le score de l'offre, soit $(\text{frais de livraison le plus bas} / \text{frais de livraison de l'offre}) \times \text{poids du critère frais de livraison}$

Il est précisé que :

" ... Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère et que sur base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur... ".

Au niveau des frais de livraison (page 14, II.11), il est précisé que :

" ... Le soumissionnaire mentionnera clairement les montants des frais de livraison qui seront appliqués en dessous d'un montant minimum de commande.
Si rien n'est indiqué dans l'offre, les livraisons seront considérées comme gratuites et ce, peu importe le montant... ".

Au niveau des éléments inclus dans le prix (page 14, II.12), il est précisé que :

" ... Le soumissionnaire est censé avoir compris dans les prix, tant unitaires que globaux, tous les frais grevant les fournitures et entre autres :

- 1) Les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice
- 2) Les frais d'emballage, de chargement, de transport, d'assurance et de dédouanement

- 3) Les frais de déchargement en ce compris les éventuels engins de levage, de déballage et de mise en place au lieu de livraison tel qu'indiqué par le représentant du pouvoir adjudicateur sur le lieu de livraison
- 4) Les frais administratifs et de secrétariat
- 5) Le coût de la documentation
- 6) Les frais de formation du personnel utilisateur
- 7) Les frais éventuels résultant de l'évacuation des emballages et de la reprise des équipements ou fourniture au terme du contrat
- 8) Les obligations imposées à l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur dans les conditions techniques du présent cahier spécial des charges
- 9) Tous droits (douane), taxes, accises ou impositions quelconques à l'exception de la TVA

Le soumissionnaire mentionnera clairement les frais de livraison qui seront appliqués en dessous d'un montant minimum. Si rien n'est indiqué dans l'offre, les livraisons seront considérées comme gratuites, peu importe le montant, et ce en vertu de l'article 16 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011...".

La partie requérante a complété un formulaire de soumission en date du 08.06.2020 ; Son offre visait l'ensemble des lots, à l'exception du lot n°7.
[...]

Il est procédé à l'ouverture des offres selon procès-verbal du 10.06.2020.
[...]

L'examen des offres a été réalisé au terme d'un rapport daté du 06.07.2020.
[...]

En sa séance du 24.08.2020, le Conseil de la partie adverse a décidé à l'unanimité :

- De ne pas sélectionner le soumissionnaire BRUYERE ETS
- De sélectionner les soumissionnaires CUISIWAN SPRL, DISTRINOX, GBM CUISINE, LUXPRO SPRL, POLYMAT SPRL, RATIONAL BELGIUM NV et VERRAX qui répondent aux critères de sélection qualitative
- De considérer les offres suivantes comme nulles ou irrégulières :
 - lot 7 (matériel de laverie) CUISIWAN SPRL
- De considérer les offres suivantes comme complètes et régulières :
 - lot 1 (chaud et maintien du chaud) CUISIWAN SPRL, GBM CUISINE, LUXPRO SPRL et POLYMAT SPRL
 - lot 2 (froid et maintien du froid) DISTRINOX, GBM CUISINE, LUXPRO SPRL et POLYMAT SPRL
 - lot 3 (matériel coupant et tournant) CUISIWAN SPRL, DISTRINOX, LUXPRO SPRL, POLYMAT SPRL et VERRAX
 - lot 4 (fours) CUISIWAN SPRL, DISTRINOX, GBM CUISINE, LUXPRO SPRL, POLYMAT SPRL et RATIONAL BELGIUM NV
 - lot 5 (meuble de cuisine / équipement mural) CUISIWAN SPRL, DISTRINOX, GBM CUISINE, LUXPRO SPRL et POLYMAT SPRL
 - lot 6 (matériel de transport) CUISIWAN SPRL, DISTRINOX, GBM CUISINE, LUXPRO SPRL, POLYMAT SPRL et VERRAX
 - lot 7 (matériel de laverie) DISTRINOX, GBM CUISINE et POLYMAT SPRL
 - lot 8 (petit équipement de cuisine) CUISIWAN SPRL, DISTRINOX, LUXPRO SPRL, POLYMAT SPRL et VERRAX
- D'approuver le rapport d'examen des offres du 06.07.2020 pour lot 1 (chaud et maintien du chaud), lot 2 (froid et maintien du froid), lot 3 (matériel coupant et tournant), lot 5 (matériel de cuisine / équipement mural), lot 6 (matériel de transport), lot 7 (matériel de laverie), lot 8 (petit équipement de cuisine), rédigé par le Service des Bâtiments

- De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération
- D'attribuer ce marché aux soumissionnaires ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité-prix) soit:
 - Lot 1 (chaud et maintien du chaud) GBM CUISINE, rue de la Chaudronnerie 9 à 4340 Awans, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
 - Lot 2 (froid et maintien du froid) GBM CUISINE, rue de la Chaudronnerie 9 à 4340 Awans, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
 - Lot 3 (matériel coupant et tournant) POLYMAT SPRL, rue des Champs, 10 à 4460 Grace Hollogne, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
 - Lot 4 (fours) DISTRINOX, avenue Zénobe Gramme, 34 à 1300 Wavre, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
 - Lot 5 (mobilier de cuisine / équipement mural) GBM CUISINE, rue de la Chaudronnerie 9 à 4340 Awans, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
 - Lot 6 (matériel de transport) CUISIWAN SPRL, rue de la Source, 38 à 7504 Froidmont, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
 - Lot 7 (matériel de laverie) GBM CUISINE, rue de la Chaudronnerie 9 à 4340 Awans, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
 - Lot 8 (petit équipement de cuisine) POLYMAT SPRL rue des Champs, 10 à 4460 Grace Hollogne, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire
- L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges n° 2020-SBat2927
- De soumettre la présente délibération au Gouverneur de Province
- De financer cette dépense par les divers articles budgétaires des sites qui feront appel au présent accord-cadre [...] ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

A l'appui de sa demande, la requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4,36,81, 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative au marchés publics, 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, des articles 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination, de l'erreur manifeste d'appréciation ». Elle l'expose comme suit :

« L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics se lit comme suit :

" § 1^{er}. 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.

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance. Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance.

A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

§ 5. Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution".

Il ressort de cet article qu'un pouvoir adjudicateur doit se fonder, pour attribuer un marché, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

En l'espèce, le cahier spécial des charges précise que le marché sera attribuée à l'offre économiquement la plus avantageuse sur base des critères déterminés par le pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur a choisi le critère du prix comme étant le premier critère d'attribution.

Celui-ci est noté sur 80 points.

Le second critère vise quant à lui les modalités de livraison des fournitures et est noté sur 20 points.

Pour établir le classement final, le pouvoir adjudicateur a déterminé le score obtenu par chaque soumissionnaire en additionnant les notes obtenues pour chacun des critères et sous-critères.

Le score final est ensuite transposé en un pourcentage qui détermine l'ordre du classement final des soumissionnaires.

Par conséquent, le soumissionnaire qui obtient le pourcentage le plus élevé se voit attribuer le lot visé indépendamment du prix de son offre.

Ainsi, à titre d'exemple, s'agissant du lot n°1, le tableau reproduit ci-dessous illustre cette méthodologie :

Classement final des offres régulières (classées d'après le score total)

N°	Nom	Score	Prix TVAC*
Lot 1 (Chaud et maintien du chaud)			
2	GBM CUISINE	97,08 %	236.625,18 €
1	CUISIWAN SPRL	80,94 %	299.335,80 €
3	LUXPRO SPRL	80,0206 %	228.002,78 €
4	POLYMAT SPRL	65,48 %	401.049,49 €

Il ressort dudit classement que le lot n°1 a été attribué à GMB CUISINE qui a obtenu un score de global 97,08 % alors que le montant de son offre – 236.625,18 € – est supérieur au montant de l'offre déposée par la partie requérante, lequel est chiffré à 228.002,78 € et ce, même si l'on y ajoute le coût de la livraison, alors qu'il le sera démontré infra.

Le même raisonnement doit être tenu pour le lot n°5.

Cette différence de prix avait valu qu'au stade de la comparaison des offres sur base du premier critère, la partie requérante se voit attribuer la note de 80/80 tandis que l'attributaire avait obtenu la note de 77.08/80 comme en atteste le tableau reproduit ci-dessous.

Comparaison des offres suivant les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges

N°	Nom	Motivation	Score
Lot 1 (Chaud et maintien du chaud)			
Critère d'attribution N° 1: Prix			
Appréciation sur 80 points			
Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix			
3	LUXPRO SPRL	(228.002,78 € / 228.002,78 €) * 80 = 80	80
2	GBM CUISINE	(228.002,78 € / 236.625,18 €) * 80 = 77,08	77,08
1	CUISIWAN SPRL	(228.002,78 € / 299.335,80 €) * 80 = 60,94	60,94
4	POLYMAT SPRL	(228.002,78 € / 401.049,49 €) * 80 = 45,48	45,48

Dans le cadre de l'examen du second-critère et des deux sous-critères qui le composent, l'ensemble des soumissionnaires, à l'exception de la partie requérante, ont obtenu la note de 20/20 comme en attestent les tableaux reproduits ci-dessous.

Critère d'attribution N° 2: Modalité de livraison			
Appréciation sur 20 points			
1	CUISIWAN SPRL		20
2	GBM CUISINE		20
4	POLYMAT SPRL		20
3	LUXPRO SPRL		0,0206
Critère d'attribution N° 2.1: Montant minimum			
Appréciation sur 10 points			
Montant minimum de commande devant être atteint pour ne pas payer de frais de livraison			
Règle de 3. Score offre = (montant minimum le moins élevé / montant minimum de l'offre) x poids du critère montant minimum			
1	CUISIWAN SPRL	Il n'y a pas de montant minimum, les livraisons sont gratuites; Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/0,1)*10 = 10$	10
2	GBM CUISINE	Il n'y a pas de montant minimum, les livraisons sont gratuites; Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/0,1)*10 = 10$	10
4	POLYMAT SPRL	Il n'y a pas de montant minimum, les livraisons sont gratuites; Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/0,1)*10 = 10$	10
3	LUXPRO SPRL	Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/1600)*10 = 0,0006$	0,0006
Critère d'attribution N° 2.2: Frais de livraison			
Appréciation sur 10 points			
Règle de 3. Score offre = (frais de livraison le plus bas / frais de livraison de l'offre) x poids du critère frais de livraison			
1	CUISIWAN SPRL	Les livraisons sont gratuites; Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/0,1)*10 = 10$	10
2	GBM CUISINE	Les livraisons sont gratuites; Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/0,1)*10 = 10$	10
4	POLYMAT SPRL	Les livraisons sont gratuites; Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/0,1)*10 = 10$	10
3	LUXPRO SPRL	Afin de réaliser la règle de 3, la valeur "0" a été remplacée par "0,1" $^{*}(0,1/50)*10 = 0,02$	0,02

L'attribution de la note de 20/20 à l'ensemble des soumissionnaires à l'exception de la partie requérante s'explique par le fait que ceux-ci ont vraisemblablement mentionné dans leur offre que la livraison était gratuite.

De l'estime de la partie requérante, le second critère d'attribution est irrégulier ce qui entraîne nécessairement l'irrégularité de la décision d'attribution.

*
* *

Le requérant n'ignore pas la jurisprudence constante de Votre Conseil aux termes de laquelle le choix des critères d'attribution, de leur pondération et de la méthode d'évaluation relèvent de la compétence discrétionnaire de l'adjudicateur, seule une erreur manifeste d'appréciation pouvant occasionner leur censure par Votre Conseil.

A cet égard, comme l'a également rappelé Votre Conseil :

" Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Ainsi, les critères retenus doivent-ils viser à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui implique qu'ils doivent être liés à l'objet du marché. Ensuite, un critère d'attribution ne peut 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. Enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. La liberté de choix laissée aux pouvoirs adjudicateurs implique, par ailleurs, que statuant sur un moyen qui met en cause le choix et la définition d'un critère d'attribution, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, mais bien, le cas échéant, censurer l'erreur d'appréciation que celui-ci aurait commise en choisissant et définissant le critère contesté".

Pour l'appel, l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 détermine trois critères sur base desquels le pouvoir adjudicateur peut déterminer quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse :

- 1) Sur la base du prix ;
- 2) Sur la base du coût selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité ;
- 3) Sur la base du meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que sur des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché ;

D'emblée, il convient de relever qu'il n'est pas aisé, à la lecture du Cahier Spécial des Charges, d'identifier le critère sur lequel la partie adverse a entendu déterminer quelle était l'offre économiquement la plus avantageuse.

- En effet, soit la partie adverse a voulu attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse sur le seul critère est le prix, le coût de la livraison devant faire partie intégrante de celui-ci. Dans ce cas, la décision d'attribution est illégale car c'est la partie requérante qui a remis le prix le plus bas à tout le moins pour le lot 1 et le lot 5. En effet, à cet égard, l'offre la plus avantageuse est nécessairement celle qui propose le prix régulier le plus bas ;

- Soit la partie adverse a voulu attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse sur base d'une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, - *quod non* en l'espèce - et aurait dû établir des critères incluant le coût du cycle de vie ou à tout le moins en les identifiant comme tels, ce qu'elle est restée en défaut de faire ;

- Soit la partie adverse a voulu attribuer le marché sur à l'offre économiquement la plus avantageuse sur base du rapport qualité / prix – quod non en l'espèce – et aurait dû établir des critères relatifs à la qualité, à l'expérience ou au service après-vente par exemple, ce qu'elle est restée en défaut de faire ;

Il ressort du Cahier Spécial des Charges, eu égard à la valeur de celui-ci, que le critère du prix était déterminant. (80 points).

Le second critère relatif aux modalités de livraison et aux frais inhérents à celle-ci a vraisemblablement été envisagé par le pouvoir adjudicateur pour se prémunir de coût supplémentaire.

Toutefois, la partie requérante considère que le second critère est irrégulier en ce qu'il ne permet pas au pouvoir adjudicateur d'apprécier valablement que l'offre qui obtient le meilleur classement au score final est bien l'offre économiquement la plus avantageuse et ce, en méconnaissance de l'article 81 précité.

En effet, "dans l'appréciation de la légalité d'un critère d'attribution, il y a lieu d'avoir égard non seulement à son énoncé et à son contenu, mais aussi aux résultats que donne son application".

Or il apparaît qu'en procédant comme cela est imposé dans le cahier spécial des charges et en additionnant le score obtenu pour le prix de l'offre (80 points) et pour les modalités de livraison (20 points), le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ainsi, comme indiqué supra, dans le cadre du présent marché, s'agissant du lot n°1, le marché a été attribué à la société GBM alors que l'offre de la société requérante était pourtant l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'il peut être démontré que l'offre de l'attributaire s'avère, in fine, plus onéreuse que celle de la partie requérante.

Ainsi, si les modalités des frais de livraisons sont appliqués à l'offre du requérant et ajoutée au prix de son offre, cette dernière reste l'offre « économiquement la plus avantageuse ».

En effet, le lot 1 porte sur un total de livraison de 49 pièces.

Même en supposant que chaque pièce soit livrée individuellement, le cout de livraison se fixerait à concurrence de $49 \times 50 \text{ €} = 2.450 \text{ €}$.

Or, même en majorant le prix de l'offre du requérant pour le lot 1 de 2.450 € (soit $228.002,78 + 2.450 \text{ €} = 230.452,78 \text{ €}$), cette dernière reste économiquement la plus avantageuse, le coût global étant inférieur au montant de 236.625,18 € de GBM CUISINE, qui est la deuxième offre la moins chère après l'offre de la requérante.

A l'estime de la partie requérante, le second critère d'attribution, tel que défini dans le Cahier Spécial des Charges peut donc aboutir à favoriser des pratiques consistant pour un soumissionnaire à automatiquement préciser que les frais de livraison sont gratuits, quelque que soit le nombre de commandes, tout en répercutant le coût de celle-ci dans le prix.

Ce faisant, un soumissionnaire est garanti d'obtenir la note maximale pour le second critère et par conséquent, d'augmenter le résultat de son score final même si son prix est, in fine, plus élevé.

Autrement dit, l'ajout du second critère relatif aux modalités de livraison a pour conséquence que le marché peut être attribué à un soumissionnaire qui n'a pas

remis l'offre économiquement la plus avantageuse mais qui obtient le meilleur score sur base de l'addition des points obtenus lors de l'examen des deux critères d'attribution.

Ce faisant, la partie requérante estime que le cahier spécial des charges n'est pas conforme à l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 et plus précisément, que le second critère d'attribution est irrégulier puisque la décision d'attribution, prise notamment sur base d'un examen de celui-ci, ne permet pas de garantir que l'offre qui a été choisie est bien l'offre économiquement la plus avantageuse.

En outre, le second critère d'attribution et l'appréciation qu'en a fait la partie adverse peut aboutir à un traitement discriminatoire envers l'un des soumissionnaires, en l'occurrence, la partie requérante, laquelle a nécessairement été pénalisée.

Comme l'a rappelé Votre Conseil :

" L'utilisation de tels sous-critères d'attribution doit se faire dans le respect des principes d'égalité et de transparence. C'est pourquoi leur légalité n'est admise que s'ils répondent à trois conditions. Premièrement, ils ne peuvent modifier les critères d'attribution définis dans le cahier spécial des charges ou dans les autres documents du marché. En deuxième lieu, ils ne peuvent contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation. Et enfin, ils ne peuvent avoir été adoptés en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires".

En l'espèce, à partir du moment où il ne peut être exclu que les autres soumissionnaires ont inclus, dans leur prix tel qu'il a été examiné au regard du premier critère, les frais liés à la livraison des marchandises visés au deuxième critère, Votre Conseil devra constater que la concurrence a pu être faussée et qu'il a pu être porté atteinte à l'égalité des soumissionnaires dans le cadre de l'examen des offres.

En l'occurrence, en décidant d'attribuer le lot n°1 et le lot n°5 sur base du classement obtenu sur base du score « total » et non sur base du prix de l'offre, le mécanisme mis en œuvre par la partie adverse revient à pénaliser la partie requérante puisque l'offre du soumissionnaire qui a omis d'indiquer le coût de la livraison des fournitures ou qui a décidé d'inclure celui-ci dans son prix en mentionnant que celle-ci était gratuite, sera préférée à l'offre ayant indiqué ledit coût, puisqu'elle obtiendra le maximum de points.

Autrement dit, l'offre qui offrirait un prix globalement élevé (incluant ou non des frais de livraison), mais qui renseigne dans le même temps une absence de frais livraison, bénéficiera d'une meilleure pondération que l'offre de prix bien inférieur, mais qui énonce au sein de son offre les frais de livraison.

Il en résulte que la méthode utilisée par la partie adverse est de nature à pénaliser la partie requérante alors même qu'elle conduit à une appréciation erronée de l'offre économiquement la plus avantageuse et vicié, par conséquent, le choix de la partie adverse.

De la même manière, le critère retenu par la partie adverse et l'appréciation qui en est faite, dans le cadre de l'examen de l'offre économiquement la plus avantageuse, porte atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires :

- Non seulement, le soumissionnaire qui omet d'indiquer le coût des frais de livraisons se voit, in fine, sur base du cahier spécial des charges, attribuer la note maximale alors que le soumissionnaire qui mentionne ledit coût, s'en retrouve pénalisé puisqu'il obtient, automatiquement, une note inférieure ;

- De plus, le soumissionnaire qui dépose une offre régulière dont la valeur intrinsèque globale, sur base des deux critères d'attribution, est moindre peut se voir attribuer une note globale moindre également et partant, ne pas se voir attribuer le marché ;

Le second critère d'attribution porte également atteinte au principe de non-discrimination entre les soumissionnaires en ce que, sur base des documents du marché, il a pu ne pas apparaître compréhensible de manière uniforme par tous les soumissionnaires.

En effet, il existe une contradiction entre au sein des documents du marché.

Si le cahier des charges spécifie que les frais de livraison et le minimum à commander pour éviter ces frais doivent être indiqués dans l'offre, il précise également (page 14 du cahier spécial des charges) que :

- " - le soumissionnaire est censé avoir compris dans les prix, tant unitaires que globaux, tous les frais grevant les fournitures et entre autres :
 - [...]
 - 2) les frais d'emballage, de chargement, de transport, d'assurance et de dédouanement.
 - [...]"

Il ne peut donc être exclu que les autres soumissionnaires aient pu considérer que le prix global qu'ils remettaient dans le cadre de leur offre – et qui faisait l'objet de l'évaluation du premier critère – devait comprendre, sur base du cahier spécial des charges, les frais de livraison.

Que pour cette raison, les autres soumissionnaires n'ont pas précisé, dans leur offre, le prix de celle-ci ou ont stipulé qu'elle était gratuite ce qui leur a permis d'obtenir, *ipso facto*, la note la plus élevée pour l'évaluation du second critère.

A cet égard, Votre Conseil a déjà jugé que :

- " Quelle que soit la liberté dont jouit le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères d'attribution, ceux-ci doivent être formulés d'une manière telle que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement soigneux doivent être en état de les interpréter de la même manière. Il ne peut, par ailleurs, être admis qu'à raison de l'ambiguïté d'un critère, résultant de la contradiction entre la manière dont il est défini par les documents du marché et l'interprétation qu'en donne le pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires, certains de ceux-ci puissent se méprendre sur la signification de ce critère et que cette méprise, imputable au pouvoir adjudicateur, conduise à une comparaison faussée des offres en présence".

En l'espèce, la comparaison des offres a pu être faussée.

Il en résulte une violation de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaire et de non-discrimination dès lors que les critères d'attribution, tels que formulés et plus spécifiquement le second critère d'attribution, n'ont pas permis à la partie adverse d'apprécier quelle était l'offre économiquement la plus avantageuse, ni de garantir la possibilité d'une véritable concurrence entre les parties, ni de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution.

Si par impossible, Votre Conseil estimait les critères d'attribution sont réguliers, *quod non* en l'espèce, il n'en demeure pas moins que la décision d'attribution querellée est irrégulière en ce que sa motivation est viciée et qu'elle procède d'une erreur manifeste d'appréciation.

En effet, il résulte des considérations développées supra que pour apprécier quelle était l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur devait, pour exercer adéquatement son pouvoir d'appréciation, nécessairement tenir compte des frais de livraison dans le cadre de l'examen global du prix ou à tout le moins, évaluer l'incidence concrète de l'imputation de frais de livraison sur le montant de l'offre.

Il n'en a rien été puisque dans le cadre de l'examen des offres, le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte du fait que pour le lot n°1 et le lot n°5, l'offre de la partie requérante demeurait la moins chère, frais de livraison compris.

De la même manière, le rapport d'analyse des offres ne tient pas compte du fait que tout un ensemble des prix unitaire de l'offre de la partie requérante sont supérieurs au seuil minimal de commande qu'elle a renseigné.

Autrement dit, sur les 49 pièces reprises au sein de l'offre pour le lot n°1, seules 4 pièces ont un prix unitaire inférieur au seuil de 1600 € et auraient occasionné le paiement du prix de la livraison.

En ne tenant pas compte de ces éléments, la partie adverse en est arrivée à attribuer certains lots du marché à un soumissionnaire ayant présenté une offre dont le prix était plus élevée tout en restant en défaut de démontrer qu'une offre plus chère constitue une offre économiquement la plus avantageuse.

Ces éléments sont également de nature à démontrer que la partie adverse n'a pas fait preuve de soins et de minutie dans le cadre de l'élaboration de la décision querellée et qu'elle a, en attribuant les lots n°1 et n°5 à d'autres soumissionnaires, commis une erreur d'appréciation dès lors que sur base des considérations développées supra, l'offre de la partie requérante est bien l'offre économiquement la plus avantageuse.

La partie requérante estime que le moyen est sérieux ».

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen, dans les termes suivants:

- « Le moyen évoqué par la partie requérante est manifestement non fondé et l'argumentation développée est irrelevante.

En premier lieu, il faut rappeler qu'en l'espèce il s'agit d'un accord-cadre et qu'un accès au catalogue est indispensable -comme l'ont rappelé les diverses délibérations produites par la partie adverse- en raison de ce que chaque année le Service des Bâtiments devait procéder à l'acquisition de matériel de cuisine, notamment pour les différentes Maisons de repos et de soins, et que les acquisitions étaient récurrentes.

Le cahier spécial des charges a été établi avec ces objectifs.

Ainsi, les quantités étaient présumées.

Ainsi, il était prévu que les commandes pouvaient concerner du matériel non-repris dans l'inventaire mais se trouvant dans le catalogue du soumissionnaire.

Ainsi, aucune garantie de hauteur de commande n'était assurée.

Dans l'analyse, le cahier spécial des charges prévoyait que soit indiqué dans l'offre s'il devait y avoir des frais de livraison en cas de commande en dessous d'un montant déterminé.

Comme la partie requérante le reconnaît, il s'agissait pour la partie adverse d'être informée de l'existence d'un éventuel coût supplémentaire.

C'est donc à juste titre que le cahier spécial des charges incorpore l'appréciation des modalités de livraison, en prenant en considération de manière objective par le biais d'une règle de 3, d'une part les frais de livraison, et d'autre part le montant en dessous duquel des frais de livraison sont comptabilisés

A cet égard, il peut être imaginé qu'un site ne fasse -par exemple sur une année- qu'une seule commande globale importante, alors qu'un autre site soit contraint et forcé à la suite de divers événements de multiplier les commandes de petits matériels et ce de manière successive.

La partie adverse devait effectivement obtenir tout renseignement quant à l'éventualité de surcoût et légitimement reprendre ces éventuels surcoûts dans les critères d'attribution, ce qui se fait relativement au deuxième critère des modalités de livraison, et prendre en considération tant les frais de livraison que le montant en dessous duquel lesdits frais de livraison seraient réclamés.

En deuxième lieu, contrairement à ce qu'invoque la partie requérante, il n'y a pas de contradiction dans le cahier spécial des charges.

Au point "II.12. Eléments inclus dans le prix", il est imposé aux soumissionnaires de comprendre dans les prix, tant unitaires que globaux, tous les frais grevant les fournitures et entre autres : 2. Les frais d'emballage, de chargement, de transport, d'assurance et de dédouanement...

Cela concerne les prix unitaires et globaux du matériel repris à l'inventaire et les quantités présumées.

Autre chose est le point "II.11. Frais de livraison" qui laisse aux soumissionnaires la faculté de mentionner clairement les montants des frais de livraison qui seront appliqués en dessous d'un montant minimum de commande !!!

C'est tout autre chose bien évidemment.

En troisième lieu, contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, il n'y a aucune discrimination et aucune rupture d'égalité entre les soumissionnaires.

Tous les soumissionnaires avaient la faculté de prévoir des frais de livraison en dessous d'un montant minimum par commande.

Tous les soumissionnaires étaient libres d'exclure -par exemple compte tenu de l'importance du marché- lesdits frais de livraison.

La partie requérante a opté pour des frais de livraison de 50€ pour les lots 1 et 5 en dessous d'un montant minimum de commande de 1.600€.

En quatrième lieu, il est vain pour la partie requérante de s'estimer avoir été lésée, alors que le cahier spécial des charges lui permettait en quelque sorte de faire son calcul.

Si elle avait pris la précaution de faire le calcul en prenant en considération la thèse dans laquelle le soumissionnaire ne prévoyait pas de frais de livraison en dessous d'un montant minimum, elle aurait pu ainsi constater que si elle prévoyait des frais de livraison, elle aurait une note nécessairement plus basse.

Elle aurait dû de toute façon prendre en considération l'hypothèse d'une livraison gratuite quel que soit le montant de la commande, et sur cette base elle aurait pu constater qu'en prenant cette option la note devenait nécessairement une note maximale de $10 + 10$ soit 20.

Dans son approche de l'offre, la partie requérante à cet égard a manqué d'à-propos et peut même être taxée de négligence, soit pour ne pas avoir effectué le calcul au départ d'une livraison gratuite quel que soit le montant de la commande, soit ayant négligé la règle d'évaluation contenue dans le cahier spécial des charges.

Elle est seule responsable de cette négligence.

A cet égard, en cinquième lieu, il y a lieu de se référer à la jurisprudence de la Juridiction de céans.

Dans son arrêt 235.817 du 21.09.2016, la Juridiction de céans rappelle :

" ... L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 pose le respect de l'égalité entre les entrepreneurs et la transparence comme principes de base s'imposant aux pouvoirs adjudicateurs.

Il en découle, notamment, que, sans préjudice du pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres, la manière dont celle-ci s'effectuera doit revêtir un caractère raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires potentiels.

Cette prévisibilité s'inscrit dans le cadre de l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'agir avec transparence, mais constitue aussi l'une des conditions préalables au respect par celui-ci de l'égalité entre les entrepreneurs.

Cette obligation de transparence et de respect de l'égalité entre les entrepreneurs, qui s'impose quelle que soit la procédure de passation retenue, impose au pouvoir adjudicateur d'annoncer clairement dans les documents du marché les critères d'attribution et leur pondération relative, en sorte que les soumissionnaires potentiels soient en mesure de prévoir raisonnablement les critères sur la base desquels leur offre sera évaluée..."

En sixième lieu, il faut rappeler - comme le fait d'ailleurs la partie requérante - que le choix des critères d'attribution, de leur pondération et de la méthode d'évaluation relève de la compétence discrétionnaire de l'adjudicateur, alors que seule peut être sanctionnée une erreur manifeste d'appréciation.

Ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce puisque :

- le cahier des charges est clair, précis et univoque
- l'évaluation des critères d'attribution s'est faite selon une méthode révélée dans le cahier des charges

- la partie adverse a appliqué cette méthode d'évaluation et a classé concrètement les offres au regard des critères et de la pondération annoncés dans les documents du marché.

Le moyen doit donc être rejeté ».

C. Plaidoiries

À l'audience du 30 octobre 2020, la requérante a rappelé les griefs sur lesquels prend appui le moyen unique de sa requête et a fait état des considérations l'incitant à soutenir que les développements de la note d'observations ne sont pas de nature à énerver les critiques formulées au titre de ce moyen.

La partie adverse a tenu à mettre en évidence que l'objectif poursuivi dans la configuration du marché litigieux était de se ménager une souplesse lui permettant de commander des articles du catalogue du soumissionnaire qui serait choisi, et ce même si ces articles ne relevaient pas de l'inventaire sur lequel portaient les offres. Au regard de cet objectif, elle devait avoir la certitude de ne pas être exposée au risque de coûts supplémentaires, particulièrement à l'égard des articles qu'elle souhaiterait acquérir et qui ne figuraient pas dans l'inventaire. Elle a, par ailleurs, fait valoir que les soumissionnaires pouvaient faire un choix économique au travers de la fixation des frais de livraison annoncés, considérant que la requérante a manqué d'à propos et n'a pas effectué une analyse prudente des conditions dans lesquelles son offre devait être établie. Elle en a conclu qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne pouvait lui être reprochée.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

- « § 1^{er}. 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.

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

§ 5. Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution ».

Il ressort de cette disposition qu'est laissée au pouvoir adjudicateur la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Ainsi, les critères retenus doivent-ils viser à identifier l'offre « économiquement la plus avantageuse » sur la base du prix, du coût ou du meilleur rapport qualité/prix, selon ce qu'aura choisi le pouvoir adjudicateur conformément à ce que lui permet le paragraphe 2 de cet article 81. Par ailleurs, quelle que soit la liberté dont jouit le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères d'attribution, ceux-ci doivent être formulés d'une manière telle que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement soigneux doivent être en état de les interpréter de la même manière. Il ne peut, par ailleurs, être admis qu'à raison de l'ambiguïté d'un critère, résultant de la contradiction entre plusieurs prescriptions des documents du marché, certains soumissionnaires puissent se méprendre sur la signification de ce critère et

que cette méprise, imputable au pouvoir adjudicateur, puisse conduire à une comparaison faussée des offres en présence.

En l'espèce, et quoi que laisse entendre la requérante à ce propos, il ressort à suffisance des documents du marché que la partie adverse a décidé d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du prix, en définissant les deux critères suivants, énoncés par l'article I.10 du cahier des charges, lequel se lit comme suit :

I.10 Critères d'attribution

Les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché :
Ces critères d'attribution valent pour tous les lots :

N°	Description	Pondération
1	Prix	80
	<i>Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix</i>	
2	Modalité de livraison	20
2.1	Montant minimum	10
	<i>Montant minimum de commande devant être atteint pour ne pas payer de frais de livraison</i> <i>Règle de 3.</i> <i>Score offre = (montant minimum le moins élevé / montant minimum de l'offre) x poids du critère montant minimum</i>	
2.2	Frais de livraison en dessous du montant minimum de commande	10
	<i>Règle de 3.</i> <i>Score offre = (frais de livraison le plus bas/ frais de livraison de l'offre) x poids du critère frais de livraison</i>	
Pondération totale des critères d'attribution:		100

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur.

Parmi les critiques formulées à propos du critère « Modalité de livraison », la requérante reproche notamment à celui-ci, d'une part, de ne pas permettre à la partie adverse d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, d'autre part, de ne pas être compréhensible de la même manière pour tous les soumissionnaires, en raison d'une contradiction, dans les documents du marché, à propos de la prise en compte des frais de livraison.

L'examen effectué dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence appelle les trois observations suivantes :

- L'application de la méthode d'évaluation retenue pour la comparaison des offres au regard du deuxième critère d'attribution (« Modalité de livraison ») et annoncée par les documents du marché peut avoir pour effet de conduire à identifier comme offre la plus avantageuse une offre qui ne l'est pas au regard du

prix, alors que celui-ci se présente comme étant la base sur laquelle, fût-ce par la combinaison de plusieurs critères d'attribution, la partie adverse a choisi d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article 81, § 2, précité. En dépit de la très grande diversité des hypothèses auxquelles peuvent donner lieu les configurations de commandes à passer par la partie adverse, les exemples retenus par la requérante à l'appui de son moyen sont peu contestables de ce point de vue et ne sont d'ailleurs pas contestés, en tant que tels, par la partie adverse, qui se borne à rappeler, à propos des quantités annoncées, qu'elles étaient présumées. Dans de telles conditions, le grief pris de ce que, ainsi conçu, le deuxième critère d'attribution, ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du prix apparaît sérieux.

- La possibilité de facturer, ou non, des frais de livraison pour les commandes inférieures à un montant à fixer par le soumissionnaire s'accommode, *prima facie*, difficilement de l'obligation faite aux soumissionnaires d'inclure dans leurs prix annoncés pour les articles concernés les « frais d'emballage, de chargement, de transport, d'assurance et de dédouanement » (art. II.12, 2), du cahier des charges), ainsi que les « frais de déchargement en ce compris les éventuels engins de levage, de déballage et de mise en place au lieu de livraison tel qu'indiqué par le représentant du pouvoir adjudicateur sur le lieu de livraison » (art. II.12, 3) du cahier des charges). Pour ce que permet d'en juger un examen effectué en extrême urgence, il paraît donc y avoir, ainsi que la requérante en formule le grief, une contradiction entre les dispositions qui consacrent la possibilité de facturation de frais de livraison (à savoir l'article II.11 et l'article II.12, deuxième alinéa, du cahier des charges), d'une part, et le premier alinéa de l'article II.12, qui impose la prise en considération, dans les prix de l'offre, des éléments identifiés en ses points 2) et 3) de l'article II.12 du cahier des charges. À la page 12 de sa note d'observations, la partie adverse exclut, en termes péremptoirs, toute contradiction, sans toutefois exposer – à propos de l'opposition mise en exergue par le moyen entre les articles II.11 et II.12 – en quoi « [c]'est tout autre chose bien évidemment », ne soutenant même pas que les « frais de livraison » s'identifieraient à d'autres éléments que ceux visés aux articles II.11 et II.12 précités. La contradiction ainsi dénoncée compromet l'intelligibilité du deuxième critère d'attribution, de sorte que celui-ci méconnaît les principes de transparence et, partant, d'égalité entre les soumissionnaires, consacrés notamment par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016, dont la violation est également invoquée par le moyen.
- À l'audience du 30 octobre 2020, la partie adverse a insisté sur l'importance de mentionner les frais de livraison susceptibles de lui être facturés, et ce pour lui éviter des coûts supplémentaires auxquels elle ne pourrait s'attendre,

particulièrement pour les articles figurant sur le catalogue du fournisseur, mais non dans l'inventaire annexé au formulaire d'offre. Si cet argument devait être compris en ce sens que l'exigence de mention de frais de livraison ne vaudrait que pour les seuls articles du catalogue qui ne sont pas repris à l'inventaire et échapperaient donc ainsi à l'obligation d'inclure dans le prix les éléments identifiés aux points 2) et 3) de l'article II.12 du cahier spécial des charges, le Conseil d'État n'aperçoit, *prima facie*, pas comment l'invitation à mentionner les frais de livraison et leurs modalités de facturation concernerait (et aurait une utilité particulière pour) les articles du catalogue du soumissionnaire qui ne sont pas repris à l'inventaire annexé au formulaire d'offre, alors qu'il ressort de la structure et des termes des articles II.11 et II.12 précités, ainsi que de la référence qui y est faite à l'annexe A au cahier des charges, que les prescriptions édictées par ces dispositions ne peuvent concerner que les prix des articles figurant à l'inventaire. En outre, force est de constater que cette distinction apparemment ménagée, en termes de plaidoiries, entre fournitures, selon qu'elles sont, ou non, reprises dans cet inventaire, n'a pas été annoncée par les documents du marché, de sorte qu'ainsi interprétées, les dispositions précitées de ceux-ci méconnaîtraient également le principe de transparence et, partant, celui de l'égalité entre les soumissionnaires.

Ces trois observations conduisent à déclarer sérieux le moyen unique de la requête.

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.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise par le Centre Public d'Action Sociale de Charleroi, en date du 24 août 2020, d'attribuer les lots n° 1 et n° 5 du marché public ayant pour objet un accord-cadre pour la fourniture du

matériel de cuisine pour les différents sites du CPAS de Charleroi à la société GBM est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

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 à la partie adverse.

Article 4.

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 9 novembre 2020, par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy