CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 249.031 du 25 novembre 2020

A. 232.120/VI-21.895

En cause : **la société à responsabilité limitée IRIS GREENCARE**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Bruno VINCENT, avocat,
chaussée de Bruxelles 135A/3
1310 La Hulpe,

contre :

l'Institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises (IFAPME),
ayant élu domicile chez
M^es^ Bruno LOMBAERT et
Nicolas CARIAT, avocat,
Central Plaza
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme KRINKELS GREENCARE,
ayant élu domicile chez
M^e^ Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Mery 42
4130 Esneux.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 octobre 2020, la société à responsabilité limitée IRIS GREENCARE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution des « décisions prises par l'IFAPME en date du 14 octobre 2020 qui lui ont été notifiées par courrier recommandé et par e-mail datés du 15 octobre 2020, d'attribuer le Lot 1 – Entretien des abords – Province du Hainaut et le Lot 2 – Entretien des abords – Province de Namur et Brabant Wallon du marché de service d'entretiens, de maintenance et de traitements liés aux extérieurs des bâtiments de l'IFAPME et de ses adjudicateurs bénéficiaires et à la coordination de l'animation du PREC à la SA KRINKELS GREENCARE ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 novembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 novembre 2020.

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

Par une requête introduite le 16 novembre 2020, la société anonyme Krinkels Greencare demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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^ Marie-Laure Jordens, *loco* M^es^ Bruno Vincent et Romain Vincent, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Nicolas Cariat, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Gaël Tilman, *loco* M^e^ Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention /intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Geneviève Martou, premier 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 se présentent comme suit :

« 1. Le 9 JUIN 2020, l'IFAPME émet un avis de marché de services à passer selon une procédure négociée directe avec publicité préalable pour un marché de service relatif aux entretiens, maintenances et traitements liés aux extérieurs des bâtiments de l'IFAPME et de ses adjudicateurs bénéficiaires.

2. Trois offres ont été déposées pour les Lots 1 et 2 du marché de service litigieux – celle de la requérante, celle de la SA KRINKELS GREENCARE et celle de la SA LAURENTY ESPACES VERTS – GROENE ZONE.

3. Par courrier recommandé et par e-mail datés du 15 octobre 2020, la partie adverse a notifié à la requérante ses décisions du 14 octobre 2020 d'attribuer les Lots 1 et 2 du marché de service litigieux à la SA KRINKELS […].

Il s'agit des actes attaqués.

Les décisions d'attribuer les Lots 1 et 2 du marché de service litigieux à la SA KRINKELS GREENCARE sont motivées succinctement suite à l'exposé du total des points obtenus pour les deux critères d'attribution - Le Prix et Le Délais.

Pour le Lot 1 du marché litigieux, la SA KRINKELS GREENCARE obtient un total de 524,12 points sur 650 pour le critère - Le Prix, alors que la SPRL IRIS GREENCARE en obtient 404,45 et que la SA LAURENTY GREENCARE – GROENE ZONE en obtient 353,29.

Pour le critère – Le Délais, la SA KRINKELS GREENCARE obtient 71 points sur 150, alors que la SA IRIS GREENCARE en obtient 133,33 et que la SA LAURENTY GREENCARE – GROENE ZONE en obtient 122.

Ainsi, la SA KRINKELS GREENCARE obtient un total de 595,12 points, alors que la SA IRIS GREENCARE en obtient 537,78 et que la SA LAURENTY GREENCARE – GROENE ZONE en obtient 475,29.

La décision relative au Lot 1 se conclut comme suit – "Au vu de ce qui précède, notamment la vérification des motifs d'exclusion, le Lot 1 'Entretien des abords – Province du Hainaut' du marché 'Accord-cadre relatif aux entretiens des espaces verts, des accès extérieurs, des façades, des toitures plates et corniches, des verrières et coupoles et au traitement des rongeurs et insectes' est attribué à la SA KRINKELS GREENCARE conformément à son offre régularisée" […].

Pour ce qui concerne le Lot 2 du marché litigieux, la SA KRINKELS GREENCARE obtient un total de 527,85 points sur 650 pour le critère – Le Prix, alors que la SPRL IRIS GREENCARE en obtient 379,51 et que la SA LAURENTY GREENCARE – GROENE ZONE en obtient 408.

Pour le critère Le Délais, la SA KRINKELS GREENCARE obtient 71 points sur 150, alors que la SPRL IRIS GREENCARE en obtient 133,33 et que la SA LAURENTY GREENCARE – GROENE ZONE en obtient 122.

Ainsi, la SA KRINKELS GREENCARE obtient un total de 527,85 points, alors que la SPRL IRIS GREENCARE en obtient 379,51 et que la SA LAURENTY GREENCARE – GROENE ZONE en obtient 530.

La décision se conclut comme suit – "Au vu de ce qui précède, notamment la vérification des motifs d'exclusion, le Lot 2 'Entretien des abords – Province de Namur et Brabant Wallon' du marché 'Accord-cadre relatif aux entretiens des espaces verts, des accès extérieurs, des façades, des toitures plates et corniches, des verrières et coupoles et au traitement des rongeurs et insectes' est attribué à la SA KRINKELS GREENCARE conformément à son offre régularisée" […] ».

Cette version des faits livrée par la requérante doit être assortie des précisions suivantes, relatives aux antécédents de la procédure de passation litigieuse :

« 2. Le 19 février 2020, la partie adverse avait publié au Bulletin des Adjudications un avis de marché (2020-505567) intitulé "Accord-cadre relatif aux entretiens des espaces verts, des accès extérieurs, des façades, des toitures plates et corniches, des verrières et coupoles et au traitement des rongeurs et

insectes" (CSC n° 1 – S – PNDPP – AC – Entretiens divers – IFAPME – 2020) […].

Ainsi qu'il ressort du cahier spécial des charges relatif à ce premier marché (Pièce 1 du dossier administratif), l'accord-cadre en cause portait sur un ensemble de services largement similaires, mais pas identiques, à ceux de l'accord-cadre à présent querellé.

En suite de remarques formulées par des opérateurs économiques ayant effectué la visite obligatoire des lieux, l'IFAPME a relevé plusieurs erreurs et incohérences d'ordre technique affectant les clauses techniques du cahier spécial des charges, qui impliquaient des adaptations importantes du cahier des charges.

Par une décision du 16 mars 2020, la partie adverse a dès lors renoncé à l'attribution de ce premier accord-cadre (Pièce 2 du dossier administratif). Cette décision, publiée par mention au Bulletin des Adjudications du 23 mars 2020 […] n'a fait l'objet d'aucun recours et est en conséquence devenue définitive ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 16 novembre 2020, la société anonyme Krinkels Greencare demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire des actes attaqués, 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. Moyen unique

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4, 36, 66, 81, 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de la violation des articles 36, 75 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; de la violation de l'article 4 et 5 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 de services et de concessions; de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de la violation du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination; de la violation du principe de proportionnalité; de la violation du principe de transparence; de la violation du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de droit de faits ». Elle le présente comme suit :

« En ce que, première branche, les décisions attaquées ont été prises au terme d'une appréciation de la moyenne, pour ce qui concerne le critère du Prix,

alors que, cette méthode ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

En ce que, deuxième branche, les documents du marché annoncent évaluer le critère prix au moyen de huit sous-critères, eux-mêmes subdivisés en sous-sous-critères,

alors que, l'acte attaqué attribue le Lot 1 du marché litigieux au terme d'une évaluation qui ne tient pas compte de l'ensemble des sous-critères annoncés en ayant égard à des sous-critères cotés non-préalablement annoncés.

En ce que, troisième branche, la pondération des critères, sous-critères et sous-sous-critères a été fixée après le dépôt des offres,

alors que, les soumissionnaires n'ont pas pu anticiper la différence d'importance accordée selon la localisation des prestations.

B. DÉVELOPPEMENTS

1. L'appréciation de la moyenne ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse

1. L'article 81, § 1er de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que le "Pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse".

2. Les décisions d'attribuer les Lots 1 et 2 à la SA KRINKELS GREENCARE se fonde, en ce qui concerne tous les sous-critères d'attribution relatifs au critère d'attribution du prix, sur une méthode d'évaluation qui consiste à multiplier le maximum de points prévus pour le sous-critère concerné par le rapport obtenu du prix le moins cher, avec le prix du soumissionnaire qui fait l'objet de l'évaluation.

Il s'agit d'une méthode d'appréciation sur la moyenne qui aboutit à une cotation discriminatoire de la valeur intrinsèque des offres. Elle est contraire au principe de l'offre économiquement la plus avantageuse, étant donné que l'offre présentant un prix moyen sera finalement préférée à celle qui présente un prix le plus bas.

3. Cette méthode aboutit à l'octroi d'un maximum de points à l'offre qui contient le prix le plus proche de la moyenne, alors que ce prix est nécessairement supérieur au prix le plus bas.

En effet, pour le Lot 1, l'addition de l'ensemble des prix remis pour chacun des sous-critères du critère du prix s'élève à 11.192,02€ pour la SA KRINKELS GREENCARE alors que pour la SPRL IRIS GREENCARE, le total s'élève à 7.265,63€.

Pourtant, la SA KRINKELS GREENCARE obtient un total de points de 524,12, alors que la SPRL IRIS GREENCARE en obtient 404,45.

Il en va de même pour ce qui concerne le Lot 2. Le total des prix remis pour l'ensemble des sous-critères du critère prix aboutit à un montant de 9.727,92€ pour la SA KRINKELS GREENCARE alors que pour la SA IRIS GREENCARE, il est de 9.163,33€.

Pourtant, la SA KRINKELS GREENCARE obtient un total de points de 527,85/650, alors que la SPRL IRIS GREENCARE en obtient 379,51/650.

4. Il ne fait aucun doute que les sous-critères du critère prix, tels qu'ils sont évalués, n'ont en aucun cas pour objet de déterminer l'offre la plus avantageuse, qui, au regard du critère du Prix, est censé être celle qui est formulée au prix le plus bas - "lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur fixe plusieurs critères d'attribution, ceux-ci doivent – tant par leur définition que par leur mise en œuvre – permettre d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse. Si le prix figure parmi les critères d'attribution d'un marché, l'offre économiquement la plus avantageuse, à tout le moins au regard de ce critère et dans la mesure de son importance relative, est, en principe, celle qui est faite au prix régulier le plus bas" (CE.; n° 240.653, arrêt du 2 février 2018, p. 21).

Ils tendent, en réalité, à identifier l'offre susceptible de prémunir au mieux le pouvoir adjudicateur d'une spéculation ou de prix trop bas qui pourraient affecter ultérieurement l'exécution du marché, alors que la réglementation relative aux marchés publics permet aux pouvoirs adjudicateurs de se protéger de ce type de difficultés en recourant au contrôle de la normalité des prix.

En procédant comme elle l'a fait, la partie adverse n'a pas évalué la valeur technique des offres. Elle n'en a pas apprécié la qualité par rapport aux prix proposés.

Le Conseil d'État a d'ores et déjà eu l'occasion de considérer que "ce procédé, qui peut conduire à l'élaboration d'offres présentant des structures de prix sensiblement différentes (ainsi que cela est d'ailleurs constaté en la présente cause) et favoriser des pratiques de spéculation, ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du critère 'Prix'" (CE., n° 241.861, arrêt du 21 juin 2018, p. 12) et qu'"un tel sous-critère, qui ne permet pas de valoriser l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui est susceptible d'aboutir, au contraire, à une meilleure notation d'une offre économiquement moins avantageuse, sous prétexte qu'elle permettrait de prémunir la partie adverse des inconvénients précités, s'avère discriminatoire" (C.E., arrêt n° 245.310 du 19 août 2019).

2. Les sous-sous-critères annoncés ne sont pas tous évalués et un sous-sous-critère non-annoncé est pris en compte

1. Le cahier spécial des charges annonce les critères, les sous-critères et les sous-sous-critères de ces derniers, pour ce qui concerne plus particulièrement le critère du prix évalué pour le Lot 1 (pièce 3, p.17) :

Pourtant, la décision d'attribution du Lot 1, pour ce qui concerne le cinquième sous-critère du critère prix, ne contient pas l'appréciation des sous-sous-critères relatifs au "Siège central / administratif IFAPME de Charleroi – Place verte, 15 à 6000 Charleroi", ni celui relatif au "Service IFAPME de Charleroi – Rue de Warmonceau, 318 à 6000 Charleroi".

Le sixième sous-critère du critère prix est également évalué sans analyse du sous-sous-critère relatif au "Siège central / administratif IFAPME de Charleroi – Place verte, 15 à 6000 Charleroi".

Enfin, le septième sous-critère du critère prix est évalué en ayant égard à un sous-sous-critère relatif au "Service IFAPME de Charleroi – Rue de Warmonceau, 318 à 6000 Charleroi", non-annoncé dans le cahier spécial des charges.

2. En procédant de la sorte, le pouvoir adjudicateur a appliqué et coté des nouveaux sous-sous-critères non-annoncés dans le cadre des documents de

marchés, ainsi que supprimé des critères, quant à lui, annoncé dans les documents du marché et ce, en violation de l'ensemble des dispositions précitées.

3. La Cour de justice a eu l'occasion de préciser qu'il résultait des obligations de publicité prévues par les directives européennes applicables, lues à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de leurs obligations de transparence qui en découle que "Tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative doivent être connus par le soumissionnaire potentiel au moment de la préparation de leur offre".

Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne peut raisonnablement fixer ultérieurement des sous-critères aux critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché, voire supprimer des sous-critères annoncés dans l'avis de marché pour les sous-critères (C.J.C.E., 24 novembre 2016, ATI EAC, C-331/04, pt.24; C.J.U.E., 24 janvier 2008, LIANAKIS, C-532/06, pt.36).

En faisant application de nouvelles règles de comparaison après la réception des offres, le pouvoir adjudicateur ne permet pas au soumissionnaire de remettre une offre en pleine connaissance de cause.

4. D'autre part, la pondération des sous-sous-critères connus ou ajoutés ultérieurement viole les règles énoncées à l'article 81, § 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et qui précise – "Pour les marchés publics inférieurs au montant précité, 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. À défaut, les critères d'attribution ont la même valeur".

Pourtant, alors que selon les termes du cahier spécial des charges, le sous-sous-critère "Centre IFAPME de Charleroi, rue Louis Blériot, 3 à 6042 Gosselies" précède celui relatif au "Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart, 417 à 6060 Charleroi", dans le cadre de la décision d'attribution, le second précède le premier et se voit attribuer 35 points, alors que le second ne s'en voie attribuer que 15.

Il en va de même pour ce qui concerne le septième sous-critère, auquel un sous-sous-critère a été ajouté et évalué en priorité par rapport au sous-sous-critère annoncé. Le sous-sous-critère relatif au "Service IFAPME de Charleroi – Rue de Warmonceau, 318 à 6000 Charleroi" ajouté par rapport au cahier spécial des charges se voit évalué à un total de 25 points, alors que celui relatif au "Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart, 417 à 6060 Charleroi" censé être l'unique critère à apprécier est quant à lui évalué à 20 points.

Les principes de motivation formelle et matérielle, le cahier spécial des charges établi par le pouvoir adjudicateur et le principe général *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que le principe d'égalité ont, sans conteste, été violés.

Le pouvoir adjudicateur a, en effet, l'obligation de respecter le principe de transparence, ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées au travers des documents du marché, dont les critères, ainsi que les sous-critères d'attribution. Or, en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur n'a pas coté les offres des soumissionnaires au regard de l'ensemble des sous-critères annoncés.

L'illégalité ainsi reprochée affecte, en l'occurrence, la compétence de l'auteur de l'acte, ce dernier n'ayant pas procédé à la cotation séparée de l'ensemble des sous-sous-critères annoncés dans les documents du marché, ou ayant coté un sous-sous-critère inconnu avant le dépôt des offres.

Ainsi, peu importe que cette illégalité ait, ou non, exercé une influence sur le sens des décisions attaquées ou ait ou non privé les intéressés d'une garantie.

Le pouvoir adjudicateur se devait d'apprécier les offres, conformément aux critères, sous-critères et sous-sous-critères annoncés dans les documents du marché.

Le Conseil d'État a d'ores et déjà admis que – "Même s'il est admis que le pouvoir adjudicateur dispose, notamment dans le cadre d'une procédure négociée, d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères d'attribution qu'il décide de retenir pour attribuer un marché, il n'en reste pas moins que, lorsque des critères et des sous-critères d'attribution sont annoncés, avec une cotation ventilée par sous-critères, comme c'est le cas en l'espèce pour le premier critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur doit procéder à un examen des offres, sous-critère par sous-critère, doit noter chaque sous-critère conformément à la pondération annoncée dans les documents du marché et doit faire apparaitre dans la motivation d'attribution du marché l'appréciation de chaque sous-critère de même que les cotes attribuées pour chacun de ceux-ci" (C.E., Arrêt n° 237.907 du 6 avril 2017).

3. La différence d'importance selon la localisation des prestations était imprévisible et s'avère arbitraire et discriminatoire

1. Le cahier spécial des charges énonce deux critères d'attribution pour les Lots 1 et 2. Il s'agit des critères de prix et de délais.

Pour ce qui concerne le critère du prix, ce dernier est subdivisé en huit sous-critères, eux-mêmes subdivisés en sous-sous-critères correspondant à la localisation des prestations à localiser.

Aucune pondération particulière n'est annoncée dans les documents du marché, de telle sorte que, tout au plus, les soumissionnaires pouvaient s'attendre à ce que les sous-sous-critères soient cotés de façon plus importante en fonction de l'ordre de leur énoncé et ce, conformément à l'article 81, § 4.

Cela étant, s'agissant de sous-sous-critères relatifs à la localisation des prestations, le soumissionnaire pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient cotés de manière équivalente, rien ne permettant de présumer qu'un lieu ait plus d'importance qu'un autre.

2. Pourtant, à l'examen de la décision d'attribution du Lot 1, on s'aperçoit que 100 points sont attribués au troisième sous-critère, dont 55 points pour un de ses sous-sous-critères et 45 points pour l'autre de ses sous-sous-critères, s'agissant pourtant de remettre prix pour l'ensemble des tontes de pelouse, déplacement compris.

Plus étonnant encore, la SA KRINKELS GREENCARE qui s'est vu attribuer le Lot 1, remet un prix pour le premier sous-sous-critère pondéré avec plus d'importance, qui représente la moitié du second sous-sous-critère. Ainsi, elle obtient le maximum des 55 points pour le premier sous-critère en ayant remis un prix bien inférieur à ceux remis par les autres soumissionnaires et semble se rattraper sur le prix offert pour le second sous-sous-critère pondéré à moindre importance.

Pour ce qui concerne le quatrième sous-sous-critère, il est valorisé sur un total de 80 points. Il est lui-même subdivisé en trois sous-sous-critères dont l'un est pondéré à 30 points, l'autre à 26 et enfin le dernier à 24.

À nouveau, on peut apercevoir que la SA KRINKELS GREENCARE remet des prix plus hauts pour les sous-sous-critères pondérés à moins grande valeur, ces

prix étant pour le second sous-critère trois fois supérieur à ceux offerts par la SPRL IRIS GREENCARE et le troisième sous-sous-critère presque six fois supérieur à celui offert par la SPRL IRIS GREENCARE.

Le sixième sous-sous-critère est pondéré à 50 points. Il est subdivisé en deux sous-sous-critères, dont l'un est valorisé à 35 points, l'autre à 15 points.

Le septième sous-critère est pondéré sur 45 points. L'un des sous-sous-critères est valorisé à 25 points, l'autre à 20 points.

3. Il en va de même du Lot 2.
Le troisième sous-critère du critère Prix est pondéré à 100 points. Il est subdivisé en trois sous-sous-critères, dont l'un est valorisé à 35 points, l'autre à 33 points et enfin, le troisième à 32 points.
Le quatrième sous-critère du critère Prix est pondéré à 80 points. Il est subdivisé en deux sous-sous-critères dont l'un est valorisé à 50 points et l'autre à 30 points.
Le cinquième sous-critère du critère Prix est pondéré à 60 points. Il est subdivisé en cinq sous-sous-critères, valorisés à 20 points, 15 points, 12 points, 8 points et 5 points.
Le sixième sous-critère du critère Prix est pondéré à 50 points. Il est subdivisé en quatre sous-sous-critères, valorisés à 15 points, 14 points, 11 points et 10 points.
Le septième sous-critère du critère Prix est pondéré à 45 points. Il est subdivisé en trois sous-sous-critères, valorisés à 16 points, 15 points et 14 points.
Le huitième sous-critère du critère Prix est pondéré à 30 points. Il est subdivisé en deux sous-sous-critères, dont l'un est valorisé à 16 points, l'autre à 14 points.

4. Cette différence de pondération parmi les sous-sous-critères ne se comprend pas, alors qu'il s'agit, *in fine*, de valoriser le prix en fonction de la localisation des prestations.

In fine, rien dans les documents du marché n'aurait permis aux soumissionnaires d'anticiper le fait que les différents aspects examinés par le pouvoir adjudicateur ne présenteraient pas toujours, au sein de chacun des critères, sous-critères et sous-sous-critères la même valeur et que certains auraient une valeur bien plus grande que d'autres.

Les soumissionnaires ne pouvaient ainsi prévoir que les différents engagements qu'ils prenaient n'auraient pas tous la même valeur, au moins au sein de chaque sous-critère.

Le Conseil d'État a d'ores et déjà sanctionné ce type de pondération disproportionnée, voire arbitraire (C.E., Arrêt n° 244.825 du 18 juin 2019) ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

En substance, la requérante critique la méthode d'évaluation des offres au regard du critère « prix », mise en œuvre par la partie adverse, méthode dont elle soutient – au titre de la première branche de son moyen – qu'elle ne permettrait pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du critère « prix », de sorte que l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics serait méconnu. Cet article 81 est libellé comme suit :

« Art. 81. § 1er. 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. À 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, en outre, 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 à la partie adverse, conduise à une comparaison faussée des offres en présence. Enfin, la liberté de choix laissée aux pouvoirs adjudicateurs implique que, statuant sur un moyen qui met en cause le choix et la définition d'un critère d'attribution, le Conseil d'État 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.

Faisant usage du pouvoir d'appréciation qui lui est ainsi reconnu dans l'application de la disposition précitée, la partie adverse a fixé les critères d'attribution relatifs à chaque lot et annoncé les formules de calcul de points à appliquer pour l'évaluation des offres.

Sous le titre « 18. Critères d'attribution » des « Dispositions générales » des « Clauses administratives », le cahier spécial des charges énonce, pour chacun des lots, les critères sur la base desquels les offres seront évaluées.

Pour le « Lot 1 : Entretien des abords - Province du Hainaut », ces critères se présentent comme suit :

« 1er Critère : LE PRIX

1er sous-critère : Prix horaire forfaitaire par homme pour une demande d'entretien partiel d'un site (€/heure).
2e sous-critère : Prix kilométrique forfaitaire des déplacements par véhicule pour un entretien partiel (€/km).
3e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des tondes de pelouses :
- Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart 417 à 6060 Charleroi;
- Centre IFAPME de Charleroi – rue Louis Blériot 3 à 6042 Gosselies.
4e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des débroussaillages
- Service IFAPME de Charleroi – Rue de Warmonceau 318 à 6000 Charleroi;
- Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart 417 à 6060 Charleroi;
- Centre IFAPME de Mons – Avenue du Tir 79A à 7000 Mons.
5e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des entretiens des trottoirs et accès piétons

- Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart 417 à 6060 Charleroi.
6e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des entretiens des voiries carrossables, cours et parkings
- Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart 417 à 6060 Charleroi;
- Centre IFAPME de Charleroi – rue Louis Blériot 3 à 6042 Gosselies.
7e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des tailles/coupes sans matériel de levage
- Service IFAPME de Charleroi – Rue de Warmonceau 318 à 6000 Charleroi;
- Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart 417 à 6060 Charleroi.
8e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des tailles/coupes avec matériel de levage
- Centre IFAPME de Charleroi – Chaussée de Lodelinsart 417 à 6060 Charleroi.

2e Critère : LES DELAIS

- Délai de début des travaux en jours ouvrables à dater de la demande/commande pour une tâche forfaitaire d'un site;
- Délai de début des travaux en jours ouvrables à dater de la demande/commande pour un entretien partiel ou hors forfait sur un site;
- Délai de début des travaux en heures ouvrables, à partir de la demande expresse en cas d'urgence ».

Pour le « Lot 2 : Entretien des abords - Provinces du Brabant Wallon et de Namur », ces critères se présentent comme suit :

« 1er Critère : LE PRIX

1er sous-critère : Prix horaire forfaitaire par homme pour une demande d'entretien partiel d'un site (€/heure).
2e sous-critère : Prix kilométrique forfaitaire des déplacements par véhicule pour un entretien partiel (€/km)
3e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des tondes de pelouses :
- Service IFAPME de Namur – Rue Henri Lemaître 69 à 5000 Namur;
- Centre IFAPME de Les Isnes – Rue Saucin 66 à 5032 Les Isnes (Gembloux);
- Centre IFAPME de Les Isnes – Rue Saucin 70 à 5032 Les Isnes (Gembloux).
4e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des débroussaillages
- Centre IFAPME de Namur – Rue Henri Lemaître 69 à 5000 Namur;
- Centre IFAPME de Wavre – Rue Charles Jaumotte 7 à 1300 Limal (Wavre).
5e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des tailles/coupes sans matériel de levage
- Service IFAPME de Namur – Rue Henri Lemaître 69 à 5000 Namur;
- Centre IFAPME de Namur – Rue Henri Lemaître 69 à 5000 Namur;
- Centre IFAPME de Wavre – Rue Charles Jaumotte 7 à 1300 Limal (Wavre);
- Centre IFAPME de Les Isnes – Rue Saucin 66 à 5032 Les Isnes (Gembloux);
- Centre IFAPME de Les Isnes – Rue Saucin 70 à 5032 Les Isnes (Gembloux).
6e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des tailles/coupes avec matériel de levage
- Centre IFAPME de Namur – Rue Henri Lemaître 69 à 5000 Namur;
- Centre IFAPME de Wavre – Rue Charles Jaumotte 7 à 1300 Limal (Wavre);
- Centre IFAPME de Les Isnes – Rue Saucin 66 à 5032 Les Isnes (Gembloux);
- Centre IFAPME de Les Isnes – Rue Saucin 70 à 5032 Les Isnes (Gembloux).
7e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des entretiens des trottoirs et accès piétons
- Service IFAPME de Dinant – Rue Fétis 63 (Site Remacle) à 5500 Bouvignes;
- Service IFAPME de Namur – Rue Henri Lemaître 69 à 5000 Namur;
- Centre IFAPME de Wavre – Rue Charles Jaumotte 7 à 1300 Limal (Wavre).

8e sous-critère : Prix unitaire forfaitaire, déplacement compris, pour l'ensemble des entretiens des voiries carrossables, cours et parkings
- Centre IFAPME de Namur – Rue Henri Lemaître 69 à 5000 Namur;
- Centre IFAPME de Wavre – Rue Charles Jaumotte 7 à 1300 Limal (Wavre).

2e Critère : LES DELAIS

- Délai de début des travaux en jours ouvrables à dater de la demande/commande pour une tâche forfaitaire d'un site;
- Délai de début des travaux en jours ouvrables à dater de la demande/commande pour un entretien partiel ou hors forfait sur un site;
- Délai de début des travaux en heures ouvrables, à partir de la demande expresse en cas d'urgence ».

Sous le titre « 19. Méthode d'évaluation de l'offre la plus avantageuse » des « Dispositions générales » des « Clauses administratives » du cahier spécial des charges, est annoncée la formule suivante à appliquer pour ce qui concerne l'évaluation des offres au regard du critère « prix » :

« ➢ Pour tous les sous-critères d'attribution relatifs au critère d'attribution « LE PRIX », la formule suivante sera appliquée :

Mo = Max * (Pm/Po)

Où
Max est le nombre maximum de points prévus pour le sous-critère concerné;
Mo est le nombre de points obtenus par le soumissionnaire pour le sous critère-concerné;
Pm est le prix le moins cher parmi celui remis pour le sous-critère concerné;
Po est le prix du soumissionnaire faisant l'objet de l'évaluation ».

Il se déduit de ces indications du cahier des charges que la note globale pour le critère « prix » devait résulter de l'addition des notes attribuées, par application de cette formule, à chaque sous-critère d'attribution relatif à ce critère. Rien ne permet, en revanche, de considérer à la lecture de ce cahier spécial des charges que la notation des offres au regard du critère « prix » devait résulter de l'application de la formule précitée au prix global déterminé par l'addition des prix unitaires auxquels correspondaient les différents (sous-)sous-critères.

Pour critiquer, à l'appui du moyen, les choix posés par la partie adverse, la requérante fait d'abord valoir que celle-ci se fonde sur une « méthode d'appréciation sur la moyenne qui aboutit à une cotation discriminatoire de la valeur intrinsèque des offres », méthode dont la mise en œuvre aurait, selon elle, pour conséquence que « l'offre présentant un prix moyen sera finalement préférée à celle qui présente un prix le plus bas ». Ensuite, et toujours pour établir que la partie adverse ne pouvait, dans les conditions qu'elle avait ainsi fixées, être en mesure de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, à tout le moins pour ce qui concerne le critère « prix », la requérante fait état – au point 3 des développements de la première branche – d'une contradiction résultant, selon elle, de la mise en

œuvre de la méthode d'appréciation fondée sur la moyenne, qu'elle critique par ailleurs.

Cette argumentation appelle les observations suivantes :

- Comme le fait valoir la partie adverse, dans sa note d'observations, les documents du marché n'ont pas annoncé une méthode d'évaluation mobilisant une formule fondée sur une moyenne des prix. Une telle méthode n'a pas davantage été mise en œuvre pour évaluer les offres déposées et les tableaux présentés aux pages 22 et 23 de la note d'observations attestent que, conformément aux méthode d'évaluation et formule à appliquer annoncées, c'est bien – au regard de chacun des (sous-)sous-critères concernés – l'offre faite au montant le plus bas qui a obtenu la cote maximale.

- Par ailleurs, et outre le fait qu'il ne peut être question de la mise en œuvre d'une méthode fondée sur une moyenne de prix, force est de constater que, contrairement à ce que soutient la requérante, la contradiction qui, selon elle, révélerait que la partie adverse ne pouvait identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, ne résulte pas de la formule appliquée à chaque prix comparé (une « règle de trois », en l'occurrence). Dans son argumentation, la requérante semble ainsi perdre de vue un élément déterminant, à savoir que la partie adverse n'avait pas décidé d'évaluer, au regard du critère « prix », les offres sur la base de prix globaux résultant de l'addition de tous les prix unitaires, mais bien d'établir la note globale donnée pour le critère « prix », en additionnant les notes particulières accordées pour chaque prix unitaire, notes tenant nécessairement compte de la pondération de chaque (sous-) sous-critère auquel correspondait un prix unitaire. Au vu, d'une part, de cet élément, pourtant essentiel, que néglige la requérante et, d'autre part, de ce que n'est pas établi le prétendu recours à une « moyenne », il doit être considéré que le grief sur lequel repose la première branche du moyen paraît, *prima facie*, procéder d'un postulat doublement erroné. Pour le surplus, et en toute hypothèse, la façon de procéder par l'attribution de notes partielles correspondant à chaque prix unitaire n'est pas critiquée, en tant que telle, par le moyen et il n'et pas reproché à la partie adverse d'avoir, en la fixant, commis une erreur manifeste d'appréciation.

À la suite de ces observations qu'appelle l'argumentation développée par la requérante, le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

Il n'y a pas lieu d'examiner la deuxième branche du moyen unique, puisque, à l'audience du 17 novembre 2020, la requérante a déclaré s'en désister.

C. Quant à la troisième branche

En sa troisième branche, le moyen dénonce, en substance, le fait qu'aucune pondération particulière n'ait été annoncée dans les documents du marché, particulièrement pour ce qui concerne les (sous-)sous-critères mis en œuvre dans le cadre du critère d'attribution « prix », de sorte que les soumissionnaires n'ont pas pu anticiper les valeurs respectives qui seraient accordées aux différents (sous-)sous-critères, ni en particulier le fait que les différents sous-sous-critères n'auraient pas tous la même valeur au sein du sous-critère en lequel ils étaient définis, et ce alors que ne varierait généralement que la localisation des prestations à effectuer.

En son paragraphe 4, l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

« 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. À défaut, les critères d'attribution ont la même valeur ».

Il n'est pas contesté que le marché litigieux se situe sous les seuils fixés pour la publicité européenne et que la partie adverse avait, sous le titre « 18. Critères d'attribution » des « Dispositions générales » des « Clauses administratives » du cahier spécial des charges, annoncé choisir le système fondé sur l'ordre décroissant d'importance des critères. Si elle ne l'avait pas expressément annoncé pour les (sous-)sous-critères, le recours à ce système de l'ordre décroissant pouvait être anticipé au vu de la structure annoncée des critères et de l'absence de pondération annoncée des (sous-)sous-critères. Cette façon de procéder paraît d'ailleurs la plus évidente au regard de la subdivision ainsi annoncée, et ce même si un autre *modus operandi* eût, le cas échéant, davantage agréé la requérante. Celle-ci n'expose, du reste, pas précisément en quoi le choix de ce système que permettait l'article 81, § 4, précité et sa mise en œuvre méconnaîtraient, dans le cas d'espère, l'un des principes ou dispositions dont le moyen invoque la violation.

Au vu de son exposé en termes de requête et des débats auxquels il a donné lieu, le moyen ne peut, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, être déclaré sérieux en sa troisième branche.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces A., B.1, B.2, C.1, C.2, D.1 et D.2 du dossier administratif.

L'intervenante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, déposée par la partie adverse et identifiée comme étant la pièce C.1 du dossier administratif.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 17 novembre 2020, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens liés à l'introduction de la requête en suspension soient laissés à la requérante.

Enfin, les dépens de l'intervention sont laissés à l'intervenante.

VIII. Remboursement

Il apparaît à la consultation du compte bancaire ouvert auprès du service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits au Conseil d'État que les droits relatifs à l'introduction de la requête en intervention ont été payés deux fois. Il y a dès lors lieu de rembourser à la partie intervenante le montant de 150 euros indûment payé.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme KRINKELS GREENCARE est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A., B.1, B.2, C.1, C.2, D.1 et D.2 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

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

La partie requérante supporte les autres 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.

Article 6.

Le montant de 150 euros versé indûment par la société anonyme KRINKELS GREENCARE lui sera remboursé par le service désigné au sein du service public fédéral des finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'État.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre siégeant en référé, le 25 novembre 2020, par :

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

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	David De Roy