

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

n° 251.910 du 21 octobre 2021

A. 234.438/VI-22.141

En cause : **la société anonyme ITM SALES AND SERVICE**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Inke DEDECKER et Geertrui DE GROOT, avocats,
Sporwegstraat 105
3500 Hasselt,

contre :

la commune d'Eghezée,
représentée par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} François VISEUR et Pacôme NOUMAIR, avocat,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 août 2021, la SA Itm Sales and Service demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 9 août 2021 du collège communal de la commune d'Eghezée désignant la N.V. Marcel Van Dyck, [...] en qualité d'adjudicataire du marché de fournitures portant sur l'acquisition d'une balayeuse destinée au Département Infrastructures & Logistique, au montant de 264.000 € Hors TVA (319.440 € TVAC), conformément à son offre du 6 avril 2021. ».

Par une requête introduite le 7 octobre 2021, la même requérante demande l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 2 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 septembre 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{cs} Inke Dedecker et Geertrui De Groot, avocats, comparaisant pour la partie requérante, et M^{cs} François Viseur et Pacôme Noumair, avocats, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

La partie requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension :

- « 2. Le 25 février 2021, le conseil communale de la partie adverse décide :
- d'approuver le projet relatif au marché de fournitures portant sur l'acquisition d'une balayeuse destinée au Département Infrastructures & Logistique
 - de fixer comme mode de passation du marché, la procédure ouverte
 - d'approuver le cahier spécial des charges appelé à régir le marché en cause, ainsi que l'avis de marché.

Le 1^{er} mars 2021, le collège communal de la partie adverse décide :

- de fixer au 8 avril 2021 à 10 heures, les date et heure ultimes pour le dépôt des offres
- de publier l'avis de marché au *Bulletin des adjudications* et au *Journal Officiel de l'Union Européenne*.

3. Selon le cahier spécial des charges les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché (...) :

N°	Description	Poids
1	Prix	20
	<i>Règle de 3; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * poids du critère prix</i>	
2	Qualité technique du matériel proposé	55
	<p><i>Le soumissionnaire veillera à bien spécifier toutes les données techniques du matériel proposé et joindra à cet effet toutes les caractéristiques et autres renseignements utiles à l'évaluation de ce critère. Le pouvoir adjudicateur n'utilisera que ces documents pour classer les offres reçues et comparer les fournitures proposées.</i></p> <p>Seront appréciés les éléments inclus dans le matériel proposé et non prévus au cahier spécial des charges. Ces éléments doivent viser à améliorer de manière pertinente les performances, la sécurité, le bien-être, le confort et l'environnement de l'opérateur.</p> <p>Le soumissionnaire qui a remis le matériel le plus intéressant techniquement se verra attribuer 55 points, le second 30 points, le troisième 20 points et les autres ne se verront octroyés aucun point</p>	
3	Garanties	20
	<p><i>L'appréciation de ce critère portera sur l'ensemble des délais de garanties proposés par le soumissionnaire (châssis, superstructure, corrosion,....)</i></p> <p>Le soumissionnaire qui a remis le délai de garantie le plus favorable se verra attribuer 20 points, le second 10 points, le troisième 5 points et les autres ne se verront octroyés aucun point.</p> <p>En cas d'aequo, le même nombre de points sera attribué aux soumissionnaires.</p>	
4	Livraison	5
	<p><i>Délai de livraison à mentionner en jours calendrier (les jours de fermeture de l'entreprise du soumissionnaire pour les vacances annuelles doivent être inclus dans ce délai).</i></p> <p><i>Règle de 3; Score offre = (délai de la plus basse / délai de l'offre) * poids du critère livraison</i></p>	

4. L'avis de marché a été publié le 3 mars 2021 au *Bulletin des Adjudications* et le 8 mars 2021 au *Journal Officiel de l'Union Européenne*.

5. Après l'étude du cahier spécial des charges la partie requérante constate que le descriptif technique est largement "dirigé" vers une marque bien définie, notamment de la N.V. Marcel Van Dyck.

Dès lors, la partie requérante envoie le 16 mars 2021 la lettre suivante à l'Administration Communale d'Eghezée (...) :

" Après avoir étudié sérieusement le Cahier Spécial des Charges repris sous rubrique, nous nous voyons frustré par le fait que notre entreprise, voisine de votre Commune, n'ait aucune chance de participer valablement au dépôt d'offres suivant votre Cahier Spécial des Charges repris sous rubrique.

Le descriptif technique est largement ☐ dirigé ☐ vers une marque bien définie. De plus, le calcul des critères d'attribution n'est pas le même à chaque rubrique.

Au niveau technique 55 points sont attribués au soumissionnaire qui arrive le premier et seulement 30 points au soumissionnaire qui arrive le deuxième. L'écart représente 25 points, cet écart est impossible à rattraper car pour le prix il ne reste que 20 points et la règle de calcul est totalement différente puisque ici est utilisée une règle de trois.

Nous passons sur le fait que la garantie est elle aussi soumise à une cotation de points définis, 20 points pour le premier et 10 points pour le second, et, par contre, le délai de livraison est, lui, déterminé par une règle de trois. Jamais nous n'avons rencontré des cotations différenciées telles que celle-ci dans un Cahier Spécial des Charges.

Ce type de cotation fait la part belle à la machine la plus chère puisque au niveau du prix il ne sera pas possible de faire pencher la balance vers l'offre la plus avantageuse. Nous aurions pensé qu'une différence de prix de près de 30% pour une balayeuse largement équivalente avait de l'importance, surtout en ces temps de crise.

Comme nous l'avons signalé ci-dessus, certains des éléments spécifiques à une marque bien définie dans votre descriptif technique sont les suivants :

- Deux brosses latérales (une de chaque côté de la bouche d'aspiration),
- Moteur auxiliaire de 128 kW (175 CV),
- Entraînement pneumatique de la pompe à eau,
- Etc.

Il est vraiment regrettable, pour quiconque souhaite participer au marché, qu'il soit exclu par le simple fait de ne pas ☐coller☐ à un descriptif technique très fouillé.

Auriez-vous l'amabilité de revoir votre publication afin de ne pas fermer la porte aux soumissionnaires autres que celui qui vous propose la machine décrite et de laisser à chacun de faire une proposition équitable. Vous comprendrez que dans la situation actuelle nous serions obligés de nous tourner vers le conseil d'Etat afin de faire valoir nos droits.

Dans l'attente d'une réaction positive de votre part, nous vous prions, Mesdames, Messieurs, d'accepter nos salutations les plus respectueuses."

La partie adverse ne répond pas à cette lettre.

6. Il ressort de la décision du 9 août 2021 de la partie adverse (pièce 1) que deux offres ont été introduites électroniquement notamment de :

- la partie requérante,
- Marcel Van Dyck Belgium N.V.

7. Un rapport relatif à l'analyse des offres est rédigé.

Le 12 avril 2021, Madame [M.-J. B.] Chef du Service des Marchés Publics conclut (...) :

“ Considérant que de l'examen des offres au regard des motifs d'exclusion et des critères de sélection, et de la régularité formelle, il résulte que les 2 offres déposées de peuvent être appréciées au regard des critères d'attribution énoncés dans le cahier spécial des charges et dans l'avis de marché.”

Suivant le rapport dressé le 1^{er} juin 2021 par Monsieur [N. M.] Agent Technique en Chef au Département Infrastructures & Logistique, le classement des offres régulières au regard des critères d'attribution prévus au cahier spécial des charges et dans l'avis de marché, s'établit comme suit :

<u>Critères d'attribution</u>	<u>Offre 1 – ITM Sales and Services</u>	<u>Offre 2 – Marcel Van Dyck Belgium N.V</u>
1er critère : Prix (20 points) <i>Règle de 3; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * poids du critère prix</i>	269.830 € t vac 20 points	319.440 € t vac 16,89 points
2ème critère : Qualité technique du matériel proposé (55 points) <i>Le soumissionnaire veillera à bien spécifier toutes les données techniques du matériel proposé et joindra à cet effet toutes les caractéristiques et autres renseignements utiles à l'évaluation de ce critère. Le pouvoir adjudicateur n'utilisera que ces documents pour classer les offres reçues et comparer les fournitures proposées. Seront appréciés les éléments inclus dans le matériel proposé et non prévus au cahier spécial des charges. Ces éléments doivent viser à améliorer de manière pertinente les performances, la sécurité, le bien-être, le confort et l'environnement de l'opérateur. Le soumissionnaire qui a remis le matériel le plus intéressant techniquement se verra attribuer 55 points, le second 30 points, le troisième 20 points et les autres ne se verront octroyés aucun point</i>	30 Points	55 Points
3ème critère : Garanties (20 points) <i>L'appréciation de ce critère portera sur l'ensemble des délais de garanties proposés par le soumissionnaire (châssis, superstructure, corrosion,...). Le soumissionnaire qui a remis le délai de garantie le plus favorable se verra attribuer 20 points, le second 10 points, le troisième 5 points et les autres ne se verront octroyés aucun point. En cas d'aequo, le même nombre de points sera attribué aux</i>	10 Points Garantie Superstructure = 38 mois Cuve à déchets = 38 mois Châssis = 24 mois Garantie anti-corrosion Superstructure : 84 mois Cuve à déchets : 96 mois Châssis : 60 mois	20 Points Garantie Superstructure = 36 mois Cuve à déchets = 120 mois Châssis = 36 mois Garantie anti-corrosion Superstructure : 120 mois Cuve à déchets : 120 mois Châssis : 60 mois

soumissionnaires		
4ème critère : Livraison (5 points) Délai de livraison à mentionner en jours calendrier (les jours de fermeture de l'entreprise du soumissionnaire pour les vacances annuelles doivent être inclus dans ce délai). Règle de 3; Score offre = (délai de la plus basse / délai de l'offre) * poids du critère livraison	4,375 Points 240 jours calendrier	5 Points 210 jours calendrier
TOTAL	ITM Sales and Services 64,375 points	Marcel Van Dyck Belgium N.V 96,89 points

Considérant qu'au vu de ce qui précède, il est proposé d'attribuer le marché à la société Marcel Van Dyck Belgium N.V., ayant son siège à 2235 Houtvenne, Provinciebaan, 71, qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'attribution prévus au cahier spécial des charges applicable au marché en cause, notamment en proposant :

1. un matériel techniquement plus performant et plus qualitatif :

- puissance moteur de 320 CV
- boîte de vitesse automatisée de 8 rapports
- système de graissage centralisé
- capacité d'aspiration de 31.600 m³/h
- enrouleur pour pistolet haute pression de 25m
- moteur auxiliaire de 175 CV
-

2. des délais de garanties plus favorables

3. un délai de livraison plus court

La partie requérante a obtenu 64,375 points, la N.V. (SA) Marcel Van Dyck 96,89 points.

8. Le 9 août 2021, la partie adverse décide de désigner la N.V. Marcel Van Dyck [...], en qualité d'adjudicataire du marché de fournitures portant sur l'acquisition d'une balayeuse destinée au Département Infrastructures & Logistique au montant de 264.000 € hors TVA (319.440 € TVAC), conformément à son offre du 6 avril 2021. Cette décision est la décision attaquée. (...) ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 5, § 1^{er}, et 53, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Se référant à l'arrêt Labonorm n° 152.173 du 2 décembre 2005, la requérante expose d'abord qu'elle peut invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges même si elle n'a pas introduit de recours contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges. Elle souligne que la clause selon laquelle « Du fait de la remise de son offre, le soumissionnaire est réputé avoir accepté les termes et conditions du présent cahier spécial des charges » ne peut l'empêcher d'invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges. Elle fait valoir à également qu'elle a dénoncé cette illégalité par un courrier recommandé envoyé le 16 mars 2021. Elle en déduit qu'elle a intérêt au moyen.

Après avoir rappelé la portée des dispositions dont elle allègue la violation, la requérante énumère de la manière suivante les prescriptions du cahier spécial des charges qui, selon elle, favorisent la société Marcel Van Dyck, attributaire du marché :

« ☒ page 22 du cahier spécial des charges:
“ 2. Cuve à balayures

...
• Capacité d’aspiration : minimum 20.000 m³/heure”

☒ page 22 du cahier spécial des charges:
“ 4. Système d’arrosage

...
• La pression sera assurée par une pompe membrane, à pression réglables jusqu’à 8 bars, entraînée de manière pneumatique”

☒ page 22 du cahier spécial des charges:
“ 5. Moteur auxiliaire
• Diesel, 4 cylindres de minimum 175 CV”

☒ page 23 du cahier spécial des charges:
“ 6. Unité de balayage

...
• L’unité de balayage [lire balayeuse] se compose d’une brosse ventrale oblique amenant les balayures vers la bouche d’aspiration, de deux brosses latérales devant la bouche d’aspiration d’une bouche d’aspiration” ».

La requérante soutient que la partie adverse a clairement favorisé la société Marcel Van Dyck et défavorisé les autres opérateurs économiques en définissant des spécifications techniques qui entraînent une inégalité d’accès à la procédure de passation et constituent des obstacles injustifiés à l’ouverture des marchés publics à la concurrence, ainsi que le démontrent, selon elle, les cinq éléments suivants :

1. Elle fait valoir que les éléments techniques prévus et demandés par le cahier spécial des charges sont « très spécifiques pour la N.V. Marcel Van Dyck ». Après avoir identifié les firmes autres que l’intervenante qui, selon elle, peuvent fournir une balayeuse, elle fait valoir que ces opérateurs économiques sont dans l’impossibilité de fournir :

- une balayeuse avec une unité de balayage se composant « de deux brosses latérales devant la bouche d’aspiration, d’une bouche d’aspiration » comme à la page 23 du cahier spécial des charges,
- une balayeuse avec une cuve à balayures avec « Capacité d’aspiration : minimum 20.000 m³/heure » comme prévu à la page 22 du cahier spécial des charges,

- une balayeuse avec un système d'arrosage avec pression « assurée par une pompe membrane, à pression réglables jusqu'à 8 bars, entraînée de manière pneumatique » comme prévu à la page 22 du cahier spécial des charges,
- une balayeuse avec un moteur auxiliaire « de minimum 175 CV » comme à la page 22 du cahier spécial des charges.

2. Elle relève que seules deux offres ont été introduites, alors qu'elle sait que trois autres firmes peuvent normalement fournir une balayeuse. Elle soutient que si ces firmes n'ont pas déposé offre, c'est pour le motif qu'elles n'avaient aucune chance en raison « du descriptif technique dans le cahier spécial des charges écrit sur mesure pour la firme N.V. Marcel Van Dyck ».

3. Elle fait valoir que la partie adverse n'a pas répondu à sa lettre du 16 mars 2021.

4. Elle souligne que seule l'offre de la société Marcel Van Dyck est conforme.

5. Elle soutient qu'il faut avoir égard également au fait que son offre n'est pas conforme mais qu'elle a néanmoins été « acceptée ».

La requérante en déduit que la partie adverse a limité artificiellement la concurrence:

- les autres firmes qui d'habitude introduisent une offre ne l'ont pas fait pour la seule raison qu'elles n'avaient aucune chance, alors qu'il apparaît que des offres non conformes ont toutefois été acceptées;
- la partie adverse attribue moins de points à la requérante tandis que l'offre de cette dernière est déclarée conforme par la partie adverse.

Elle souligne qu'il ressort du rapport d'attribution, qui fait partie intégrante de l'acte attaqué, qu'elle a obtenu moins de points précisément aux éléments techniques prévus exigés par le cahier spécial des charges dont il est question ci-avant et qui sont « très spécifiques pour la N.V. Marcel Van Dyck ».

En conclusion du moyen, la requérante allègue que la partie adverse a limité artificiellement la concurrence dans l'intention de favoriser la firme N.V. Marcel Van Dyck et de défavoriser les autres opérateurs économiques. Elle estime avoir démontré que les spécifications techniques dans le cahier spécial des charges ne donnent pas une égalité d'accès à la procédure de passation et qu'elles ont pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence sont soulevés, ce qui constitue une violation des articles 4, 5, § 1^{er}, et 53, § 2, des

articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier moyen critique le cahier spécial des charges en ce qu'il comporte des spécifications techniques qui entraînent une inégalité d'accès à la procédure de passation en favorisant une firme, à savoir l'attributaire.

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au moyen et ce, notamment pour le motif que cette dernière disposait d'un parc de machines suffisamment vaste pour pouvoir proposer un véhicule satisfaisant aux conditions en cause. Par ailleurs, elle souligne que l'offre de la requérante a été jugée régulière, ce qui est confirmé par le fait qu'elle a été évaluée à l'aune des critères d'attribution sans avoir été écartée pour irrégularité substantielle.

Le 16 mars 2021, la partie requérante a adressé à la partie adverse un courrier dans lequel elle attirait l'attention de cette dernière sur le fait que certaines spécifications favoriseraient une marque bien définie en soulignant qu'il était regrettable que ces exigences risquaient d'exclure certains opérateurs économiques pour le seul motif qu'ils ne pourraient pas « coller » à « un descriptif technique très fouillé ». Aucune réponse n'a été apportée à ce courrier. La requérante a toutefois déposé une offre. Il ressort du rapport d'analyse des offres que cette offre ne satisfaisait pas à plusieurs exigences techniques. Elle a toutefois été déclarée régulière.

Dès lors que la requérante a effectivement pu participer à la procédure de passation, la question se pose de savoir si elle peut se prévaloir d'un intérêt au moyen qui dénonce l'inégalité d'accès à cette procédure.

Il se déduit de l'exposé de la requête que le grief que la requérante prétend avoir subi du fait de l'irrégularité alléguée dans le premier moyen réside en ce que qu'elle a obtenu moins de points précisément pour les postes à propos desquels le cahier spécial des charges impose des conditions techniques auxquelles elle ne peut satisfaire et qui favorisent, selon elle, la société Marcel Van Dyck. Ces postes ont trait à la cuve à balayures, au système d'arrosage, au moteur auxiliaire et à l'unité de balayage. Il est constant qu'en ce qui concerne le deuxième critère d'attribution, relatif à la qualité technique du matériel proposé, l'offre de la requérante a fait l'objet d'une appréciation moins favorable pour les postes en question. Toutefois, force est de constater que, même si l'offre de la requérante avait obtenu le maximum de points pour le deuxième critère, à savoir 55 points, elle aurait

eu, au total, 89,375 points et qu'elle aurait en tout état de cause été classée seconde. Dès lors que la requérante ne critique pas la valeur intrinsèque de l'offre de la société Marcel Van Dyck ni ne soutient qu'elle ne satisferait pas aux exigences du cahier spécial des charges, et qu'en outre, elle ne formule aucune critique relative aux critères 3 et 4, il y a lieu de considérer, au terme d'un examen en référé d'extrême urgence, et sur la base des éléments allégués par la requérante, qu'à la supposer établie, l'illégalité alléguée par la requérante ne semble pas lui avoir fait grief, de sorte que le moyen paraît, au stade actuel de la procédure, irrecevable.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 81, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des principes généraux de bonne administration, notamment le principe de diligence et de proportionnalité. Elle fait valoir que la méthode d'évaluation prévue dans le cahier spécial des charges a pour conséquence que de petites différences dans l'évaluation du critère de la qualité technique du matériel proposé mènent à des grandes différences de points.

Après avoir renvoyé, s'agissant de l'intérêt au moyen, à l'exposé relatif au premier moyen, la requérante fait valoir que les règles visées au moyen prescrivent que le pouvoir adjudicateur agisse de manière diligente et proportionnelle lors du processus d'attribution du marché. Elle rappelle que si, en fixant les critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation, l'évaluation desdits critères doit permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer la valeur intrinsèque d'une offre dans la comparaison mutuelle avec les autres offres, la différence devant être traduite de manière raisonnable et proportionnée en une évaluation distincte. Elle estime que tel n'est pas le cas en l'espèce et allègue que les critères d'attribution ne permettent pas au pouvoir adjudicateur d'évaluer soigneusement la valeur intrinsèque d'une offre dans la comparaison mutuelle avec les autres offres, la différence devant être traduite de manière raisonnable et proportionnée en une évaluation distincte. Elle souligne à cet égard qu'elle a indiqué ce qui suit dans son courrier du 16 mars 2021 :

« De plus, le calcul des critères d'attribution n'est pas le même à chaque rubrique. Au niveau technique 55 points sont attribués au soumissionnaire qui arrive le premier et seulement 30 points au soumissionnaire qui arrive le deuxième. L'écart représente 25 points, cet écart est impossible à rattraper car pour le prix il

ne reste que 20 points et la règle de calcul est totalement différente puisque ici est utilisée une règle de trois.

Nous passons sur le fait que la garantie est elle aussi soumise à une cotation de points définis, 20 points pour le premier et 10 points pour le second, et, par contre, le délai de livraison est, lui, déterminé par une règle de trois. Jamais nous n'avons rencontré des cotations différenciées telles que celle-ci dans un Cahier Spécial des Charges.

Ce type de cotation fait la part belle à la machine la plus chère puisque au niveau du prix il ne sera pas possible de faire pencher la balance vers l'offre la plus avantageuse. Nous aurions pensé qu'une différence de prix de près de 30% pour une balayeuse largement équivalente avait de l'importance, surtout en ces temps de crise ».

Elle fait valoir ce qui suit :

« - Pour ce qui concerne le premier critère, le prix, la partie requérante a offert un montant de 269.830 € TVAC, la N.V. Marcel Van Dyck un montant de 319.440 € TVAC.

Il y a donc une différence de 49.610 euros en ce qui concerne le critère du prix, ce qui revient à 18% de différence de prix.

La partie requérante a obtenu 20 points, la N.V. Marcel Van Dyck 16,89 points.

Il y a donc une différence de 3,11 points.

Pour ce qui concerne le deuxième critère, la qualité technique du matériel proposé, la partie requérante a obtenu 116 points et un bonus de 10 points, c'est-à-dire 126 points et la N.V. Marcel Van Dyck 130 points et un bonus de 14 points, c'est-à-dire 144 points.

Il y donc une différence de 18 points en ce qui concerne le critère de la qualité technique du matériel proposé, ce qui revient à 14% de différence d'évaluation de la qualité technique.

La partie requérante a obtenu 30 points, la N.V. Marcel Van Dyck 55 points.

Il y a donc une différence de 25 points.

18% de différence de prix mène à une différence de points de 3,11 points en ce qui concerne le critère du prix tandis que 14% de différence d'évaluation de la qualité technique mène à une différence de 25 points!

La différence de prix est dès lors comparativement beaucoup moins importante que la différence de la qualité technique du matériel proposé. Le critère du prix est donc neutralisé.

La méthode d'évaluation du premier et deuxième critère ne permet pas de différencier les offres entre elles et de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ».

En conclusion, la requérante allègue que la méthode d'évaluation des premier et deuxième critères, prévue dans le cahier spécial des charges, ne permet pas de différencier les offres entre elles et de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse puisque la différence de prix est comparativement beaucoup moins

importante que la différence de la qualité technique du matériel proposé. Elle soutient qu'il s'agit des dispositions et principes visés au moyen.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante critique les deux premiers critères d'attribution, qui, selon elle, ne permettent pas de différencier les offres de manière raisonnable et, partant, de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

S'agissant du premier critère, la critique de la requérante réside en ce qu'il ne représente que 20 % des points.

S'agissant du deuxième critère, la requérante critique le fait que l'offre classée seconde obtient 25 points de moins (sur 55) que l'offre classée première, ce qui neutralise le critère du prix.

Aux termes de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« § 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 aux pouvoirs adjudicateurs 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 l'article 81. Il s'ensuit que ces critères 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'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.

En l'espèce, la requérante est, *prima facie*, en défaut d'établir que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que si le prix est important, c'est la valeur intrinsèque du produit qui est déterminante. Par ailleurs, les soumissionnaires ont bien été en mesure de déterminer objectivement l'importance que présente, pour le pouvoir adjudicateur, la qualité du produit par rapport au prix. Au demeurant, force est de relever que l'importance du

critère relatif à la qualité technique du matériel proposé s'avère relativisée par la présence de deux autres critères, relatifs, d'une part, aux garanties et, d'autre part, au délai de livraison, valant respectivement 20 et 5 points. En ce que le moyen critique la pondération du critère relatif au prix, que la requérante estime trop faible, le moyen n'est pas sérieux.

S'agissant du second grief, force est de constater qu'à supposer que la requérante ait obtenu, pour le critère litigieux, relatif à la qualité technique du matériel, le maximum des points, soit 55 points, l'offre de la société Marcel Van Dyck serait restée la mieux classée, étant entendu que la partie requérante ne critique ni la valeur intrinsèque de cette offre ni les troisième et quatrième critères et que la critique relative à la pondération du critère prix n'est pas sérieuse. Il s'ensuit que la requérante ne paraît pas avoir intérêt à ce grief.

Le second moyen n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande que les offres des soumissionnaires demeurent confidentielles car elles contiennent, selon elle, de nombreuses informations couvertes par le secret des affaires. Il s'agit des pièces confidentielles A et B du dossier administratif. Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les pièces A et B du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie requérante qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 21 octobre 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky