

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

n^o 253.452 du 1^{er} avril 2022

A. 235.739/VI-22.243

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENT JORDAN,**
ayant élu domicile chez
M^e Pierre GRÉGOIRE, avocat,
drève du Sénéchal 19
1180 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée TOIT & MOI,
IMMOBILIÈRE SOCIALE DE LA RÉGION MONTAIGNE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Louis VANSNICK et Sophie JACQUES, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

Partie requérante en intervention :

la société anonyme BULEX SERVICES,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bob MARTENS, Maëlle RIXHON et
Bérénice WATHELET, avocats,
rue aux Laines 70
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 février 2022, la SA Établissement Jordan demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 28 janvier 2022 d'attribuer le marché public de services relatif à la "maintenance chauffage" - lot 1 "chaudières individuelles" à la SA Bulex Services et partant [celle] de ne pas retenir l'offre de la requérante » et, d'autre part, l'annulation de ces décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 22 février 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 mars 2022.

Par une requête introduite le 9 mars 2022, la SA Bulex Services demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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^{me} Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Marie Vastman, *loco* M^e Pierre Grégoire, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Sophie Jacques et Hugo De Gennes, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Maëlle Rixhon, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint 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. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« 1. Par des avis de marché publiés les 21, 27 septembre et 26 octobre 2021 au *Bulletin des Adjudications* et les 24 septembre et 1er et 29 octobre 2021 au *Journal officiel de l'Union européenne*, la SCRL TOIT & MOI lance un marché public de services portant sur de la "Maintenance chauffage". Le marché porte la référence S/21/0150.

2. L'objet du marché est plus particulièrement défini par le cahier spécial des charges de la sorte :

“ Le marché se rapporte aux services destinés :

- aux prestations d'entretien et de réparation à destination des installations collectives de production de chauffage et d'eau chaude sanitaire;
- aux prestations d'entretien et de réparation à destination des installations individuelles de production de chauffage et d'eau chaude sanitaire;
- interventions sur le circuit de distribution de chauffage;
- interventions sur le circuit de distribution d'eau sanitaire;
- adaptations électriques dans le cadre des réparations et dépannages;
- interventions sur le système de régulation dans le cadre des réparations et dépannages;
- aux prestations d'appoint de sel des adoucisseurs;

Marché mixte :

La partie fixe du marché concerne les entretiens. Les quantités seront assurées durant le marché - (QF)

La partie du marché concernant les dépannages, les travaux et les réparations reprend des quantités estimées en fonction des prestations effectuées durant les 4 dernières années. L'adjudicateur ne contracte aucune obligation d'acquérir les prestations reprenant des quantités estimées - (QP)".

3. Le marché est composé de deux lots :

- Lot 1 : Installations de chauffage individuel et production d'eau chaude;
- Lot 2 : Installations de chauffage collectif et production d'eau chaude.

Une option autorisée est prévue pour le lot 2. Le présent litige portant sur le lot 1 du marché, cette option n'a aucune incidence en l'espèce.

4. Le montant du marché est estimé à 2.500.000 € HTVA. Le marché est passé selon la procédure ouverte en vertu des articles 36 et 37 de la Loi du 17 juin 2016.

5. La date de remise des offres est fixée au 9 novembre 2021, à 10 heures.

6. En date du 9 novembre 2021, trois sociétés ont remis offre dans le cadre du marché litigieux :

- La SA ETABLISSEMENTS JORDAN (ci-après "SA JORDAN");
- La SA BULEX SERVICES;
- La SA ETS K BOUVE.

7. Par décision motivée de son conseil d'administration du 28 janvier 2022, la SCRL TOIT & MOI attribue le lot 1 du marché à la SA BULEX SERVICES.

Il s'agit de l'acte attaqué.

8. Par courrier recommandé du 7 février 2022 et courriel du 8 février 2022, la SCRL TOIT & MOI communique la décision de non-attribution à la SA ETABLISSEMENTS JORDAN.

9. Le 21 février 2022, la SA ETABLISSEMENTS JORDAN introduit un recours en annulation et une demande en suspension selon la procédure d'extrême urgence à l'encontre de la "décision de la partie adverse du 28 janvier 2022 d'attribuer le marché public de services relatif à la 'maintenance chauffage' — Lot 1 'chaudières individuelles' à la SA BULEX SERVICES et, partant, de ne pas retenir l'offre de la requérante" ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 9 mars 2022, la SA Bulex Services demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du lot 1 du marché, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Compétence du Conseil d'État

V.1. Thèses des parties

La partie intervenante conteste la compétence du Conseil d'État pour connaître du présent recours, dès lors que la partie adverse, qui est une société de logement de service public, a adopté une forme de droit privé et ne peut prendre de décisions obligatoires à l'égard des tiers. Selon elle, la circonstance que l'article 130 du Code wallon de l'habitat durable qualifie les sociétés de logement de services publics de « personnes morales de droit public » n'est pas un élément pertinent pour qualifier la partie adverse d'autorité administrative, au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, auquel renvoie l'article 24, alinéa 1^{er}, 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. Elle expose plus précisément ce qui suit :

« 6.- L'article 24, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, dispose que :
“ L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14, 15 et 16 est :
1° la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;
2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État”.
Pour que le Conseil d'État soit compétent, il faut donc que la partie adverse soit une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er} des LCCE.

7.- La Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts en tant que juge des conflits de compétences entre l'ordre judiciaire et le Conseil d'État permettant de circonscrire la notion fondamentale d'autorité administrative.

Ainsi, dans un arrêt du 14 février 1997, la Cour de cassation a décidé à ce sujet :

“ Qu'une société anonyme, fut-elle créée par une autorité administrative et soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, ne perd pas son caractère de droit privé; que le fait qu'une mission d'intérêt général lui est confiée est, à cet égard, dénué de pertinence” [...]

Au sujet du “caractère de droit privé” évoqué dans cet arrêt, la doctrine enseigne que :

“ Selon nous, l’expression ‘caractère de droit privé’ ne doit pas être comprise dans le sens où il s’agit d’une personne morale de droit privé, mais plutôt d’une personne morale ayant une ‘forme’ privée (en l’occurrence adoptée par une personne morale de droit public). En effet, ce n’est pas tant la personne morale réel avec l’État, il s’agit, du moins dans la terminologie que nous utilisons dans ce livre, d’une personne morale de droit public (en raison du lien organique réel), mais avec une forme de droit privé (société anonyme)”. [...]

Parmi les arrêts dans la lignée de l’arrêt précité, il convient de relever l’arrêt du 5 février 2016 qui décide que :

“ Même si elle a été tenue d’adopter une forme déterminée par la loi lors de sa constitution et est soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, une société coopérative à responsabilité limitée qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l’égard des tiers, ne perd pas son caractère de droit privé. Le fait qu’une tâche d’intérêt général lui soit confiée est sans intérêt à cet égard”. [...]

Le Code wallon de l’habitation durable dispose en son article 130, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2 que :

“ La société de logement de service public, ci-après dénommée la société, est une personne morale de droit public.

Pour bénéficier des dispositions du présent chapitre et du chapitre IV du titre II, la société doit être agréée par la Société wallonne du logement et être constituée sous forme de société coopérative à responsabilité limitée, soumise au Code des sociétés, à l’exception des matières réglées par le présent Code”.

L’article 131 dudit Code expose les missions d’une telle société, l’article 159 précise que : “[l]e personnel de la société est engagé sous contrat de travail” et ses articles 163 et suivants organisent la tutelle.

8.- Il résulte de ce qui précède que la jurisprudence précitée de la Cour de cassation s’applique parfaitement au cas d’espèce. Il convient de reprendre cette jurisprudence point par point :

- “Même si elle a été tenue d’adopter une forme déterminée par la loi lors de sa constitution” (2016)

Le fait que ce soit l’article 130, § 1^{er}, alinéa 2, du Code wallon précité qui impose que la forme de la partie adverse soit celle d’une société coopérative à responsabilité limitée n’a donc aucune incidence sur le raisonnement à tenir.

- “Qu’une société anonyme, fut-elle créée par une autorité administrative et soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics” (1997) / “et est soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics” (2016)

En l’espèce, il n’est pas contesté que la partie adverse est soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics ainsi qu’en atteste notamment le pouvoir de tutelle qui est exercée sur elle. De telles considérations ne sont toutefois pas pertinentes pour qualifier la partie adverse d’autorité administrative.

- “qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l’égard de tiers” (1997) / “une société coopérative à responsabilité limitée qui ne peut pas prendre de décision obligatoire à l’égard des tiers” (2016)

Rien n’indique que la partie adverse peut prendre des décisions obligatoires à l’égard des tiers. Au contraire, la Cour de cassation a déjà jugé qu’une société de logement social n’avait pas cette prérogative [...] Or, pour que la partie adverse puisse être qualifiée d’autorité administrative, elle doit pouvoir jouir d’une telle prérogative.

- “ne perd pas son caractère de droit privé”; (1997) / “ne perd pas son caractère de droit privé”. (2016)

Conformément à l’enseignement doctrinal cité *in extenso* ci-dessus, une personne morale de droit public peut parfaitement adopter une forme de droit privé, ce qui lui donne un caractère de droit privé et implique qu’elle ne peut

être considérée comme une autorité administrative si elle ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

- “que le fait qu’une mission d’intérêt général lui est confiée est, à cet égard, dénué de pertinence“ (1997) / “Le fait qu’une tâche d’intérêt général lui soit confiée est sans intérêt à cet égard”. (2016)

En l’espèce, le fait que la partie adverse ait des missions d’intérêt général n’est pas non plus contesté, mais est bien sans pertinence quant à la question de savoir si elle peut être qualifiée d’autorité administrative.

Comme indice supplémentaire qu’il ne s’agit pas d’une autorité administrative, notons que son personnel n’est pas soumis au régime statutaire, mais au régime du contrat de travail.

Il en résulte que, contrairement à ce qui a déjà été jugé concernant des sociétés similaires à la partie adverse [...], il ne peut être déduit du simple fait que la partie adverse est une personne morale de droit public qu’elle serait nécessairement une autorité administrative [...] Pour qu’une personne morale de droit public adoptant une forme de droit privé (peu importe que cela soit imposé par décret) soit une autorité administrative, il faut, comme le souligne la jurisprudence précitée, qu’elle soit en mesure de prendre des décisions obligatoires à l’égard des tiers, ce qui n’est pas le cas en l’espèce.

9.- En outre, pour autant qu’il soit nécessaire de le préciser, une décision d’attribution d’un marché public, comme c’est le cas de l’acte attaqué, n’est pas une décision obligatoire à l’égard des tiers [...]

10.- Il convient de rappeler qu’il est de jurisprudence constante [...] que la mention des juridictions compétentes pour connaître du litige dans les documents du marché n’influe en rien sur la juridiction qui doit effectivement être saisie par la partie requérante en vertu de l’article 24, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précitée.

11.- En conséquence de quoi, le Conseil d’État n’est pas compétent pour connaître du présent litige. La requête est, de ce fait, manifestement irrecevable ».

La requérante fait état, à l’audience, de plusieurs arrêts du Conseil d’État dans lesquels celui-ci s’est déclaré compétent pour connaître des recours dirigés contre des décisions d’attribution de marchés publics adoptées par des sociétés de logement de service public en Région wallonne.

La partie intervenante répond, à l’audience, qu’elle entend faire changer la jurisprudence du Conseil d’État en développant une argumentation complète, fondée sur les enseignements de la Cour de cassation, qui démontre, selon elle, que le seul critère pertinent qui permet de qualifier d’autorité administrative une personne morale de droit public qui adopte une forme de droit privé est celui du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l’égard des tiers. Elle en déduit que la qualification de « personne morale de droit public » contenue à l’article 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code wallon de l’habitat durable ne suffit pas à considérer la partie adverse comme étant une « autorité administrative » au sens de l’article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d’État.

V.2. Appréciation du Conseil d’État

L'article 24, alinéa 1^{er}, 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 prévoit que l'instance de recours compétente pour connaître des recours en annulation et des demandes de suspension introduits contre les décisions prises par les autorités adjudicatrices est la section du contentieux administratif du Conseil d'État « lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ». La notion d'autorité administrative, au sens de cette dernière disposition, vise, à tout le moins, toutes les personnes morales de droit public.

La partie intervenante soutient, en se référant à plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation, que toute personne morale qui adopte une forme de droit privé ne peut être qualifiée d'autorité administrative, au sens de l'article 14, § 1^{er}, précité, que dans la mesure où elle prend des décisions obligatoires à l'égard des tiers – *quod non* en l'espèce.

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il ne semble, en tout cas, pas qu'un tel raisonnement peut s'appliquer aux organismes que le législateur décide lui-même de qualifier de « personnes morales de droit public », même s'il les contraint, dans le même temps, à adopter une forme déterminée empruntée au droit privé. Dans cette hypothèse, le caractère de droit public de ces personnes ne fait aucun doute et il n'est pas question de faire « perdre son caractère de droit privé » à une personne qui, par la loi, le décret ou l'ordonnance, est expressément qualifiée de personne de droit public. Du reste, il n'appartient pas au Conseil d'État ou à un autre juge de remettre en cause cette qualification légale.

La partie adverse est une société de logement de service public. L'article 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code wallon de l'habitat durable dispose que « la société de logement de service public est une personne morale de droit public » qui, pour bénéficier des dispositions pertinentes du Code, « doit être agréée par la Société wallonne du logement et être constituée sous forme de société coopérative à responsabilité limitée, soumise au Code des sociétés, à l'exception des matières réglées par le présent Code ».

La partie adverse doit, dès lors, être considérée comme une personne morale de droit public, instituée et qualifiée comme telle par le législateur. Elle est donc une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Il importe peu que la décision d'attribution du marché public ne crée pas d'obligation à l'égard des tiers ou que le personnel de la partie adverse soit engagé sous contrat de travail.

Le Conseil d'État est *prima facie* compétent pour connaître du recours dirigé contre les décisions attaquées, en application de l'article 24, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précitée.

VI. Recevabilité de la demande

La requérante demande la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché en cause à la SA Bulex Services ainsi que de la décision de ne pas retenir son offre, c'est-à-dire celle, implicite, de ne pas lui attribuer le marché.

Il n'est pas contestable ni contesté que le recours soit recevable en son premier objet.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux ne soit pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué. En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VII. Premier moyen

VII.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 5 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative 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 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation matérielle, des

principes de minutie, de comparaison effective des offres, de transparence et de libre concurrence et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle soutient que « la motivation de la décision attaquée est inadéquate et insuffisante en ce qui concerne le critère du prix [60 points] », dès lors qu'elle se « limite à donner le nombre de points attribués à chacun des soumissionnaires sans autre explication et notamment sans donner le montant global de l'offre de chacun des soumissionnaires » alors que « la partie adverse aurait dû motiver sa décision d'attribution de manière claire, complète, précise et adéquate sur ce point afin de permettre à la requérante de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen concret et exact des circonstances de l'espèce ».

Dans le développement de son moyen, la requérante rappelle le contenu de l'obligation de motivation formelle et du devoir de motivation matérielle des actes administratifs et fait valoir que « la seule mention des cotes attribuées ne suffit pas si elle n'est pas accompagnée d'une explication suffisante permettant de comprendre pourquoi elles ont été retenues par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'attribution d'un marché public », en précisant que « le pouvoir adjudicateur ne peut se retrancher derrière le secret des affaires pour ne communiquer aucune information relative à l'offre retenue » et que « le prix global d'une offre n'est pas une donnée couverte par le secret des affaires ». Elle expose ensuite ce qui suit :

« [...] En l'espèce, le cahier spécial des charges prévoit que le premier critère d'attribution concerne le coût global de l'inventaire et vaut 60 % des points.

[...] L'acte attaqué indique ce qui suit :

- Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « montant global de l'inventaire », l'offre du soumissionnaire JORDAN est classée première avec 60 points ;
- Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « montant global de l'inventaire », l'offre du soumissionnaire ETS KARL BOUVE est classée deuxième avec 45 points ;
- Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « montant global de l'inventaire », l'offre du soumissionnaire BULEX SERVICES est classée troisième avec 42 points ;

[...] La décision querellée se limite donc à mentionner la cote attribuée à chaque offre, sans autre précision et, plus particulièrement, sans préciser le montant global de chacune des offres, point de comparaison pourtant essentiel pour ce critère, ni la formule de cotation appliquée de sorte que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé.

En effet, l'acte attaqué ne fournit aucune explication de nature à justifier la cote attribuée aux différentes offres et leur classement sur la base du critère du coût. Le prix proposé par chacun des soumissionnaires n'étant pas mentionné dans la décision, il est impossible pour la requérante de vérifier ne fût-ce que si l'ordre dans lequel les offres ont été classées par le pouvoir adjudicateur sur la base du critère du coût est exact.

De même, il est impossible pour la requérante de vérifier si le pouvoir adjudicateur a correctement évalué les offres et, partant, si la cote attribuée est proportionnelle à l'écart entre les prix proposés.

Partant, cette simple constatation suffit à entraîner l'illégalité, pour défaut de motivation, de la décision de la partie adverse 28 janvier 2022 d'attribuer le marché litigieux à la SA Bulex Services ».

2. Note d'observations

La partie adverse soutient que la requérante n'a pas intérêt au moyen qu'elle soulève dès lors que son offre a obtenu le maximum de points (60 points) pour le premier critère d'attribution du prix et qu'elle est classée première pour ce critère. Elle affirme que la requérante « ne démontre pas qu'en ayant eu connaissance des prix de ses concurrents, elle aurait pu être mieux classée et remporter le marché ».

Quant au caractère sérieux du moyen, elle fait valoir que l'obligation de motivation est atténuée « s'agissant d'une attribution fondée sur le seul critère du prix » puisqu'il suffit, dans ce cas, au pouvoir adjudicateur « d'opérer un renvoi au prix offert, celui-ci étant mathématiquement le plus bas ». Elle expose ensuite ce qui suit :

« [...] Concernant le critère d'attribution relatif au prix, la décision d'attribution mentionne ce qui suit :

- Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « montant global de l'inventaire », l'offre du soumissionnaire JORDAN est classée première avec 60 points ;
- Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « montant global de l'inventaire », l'offre du soumissionnaire ETS KARL BOUVE est classée deuxième avec 45 points ;
- Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « montant global de l'inventaire », l'offre du soumissionnaire BULEX SERVICES est classée troisième avec 42 points ;

Elle indique également ce qui suit :

- D'attribuer le lot 1 du marché de services au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus intéressante soit BULEX SERVICES SA (Golden Hopestraat 15 à 1620 Drogenbas – BCE 0838.048.920) aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire, dont le montant global d'inventaire est de 3.103.084,00€ hors tva ou 3.289.269,04€ 6% de tva comprise;

Par conséquent, la partie requérante connaît :

- Le prix global de son offre : 2.159.055,63 € HTVA;
- Le prix global de BULEX SERVICES SA : 3.103.084,00 € HTVA.

[...] L'attribution des points permet aux soumissionnaires de comprendre la méthode d'évaluation des offres choisies. La simple règle de trois (prix du soumissionnaire le moins cher/prix de l'offre x 60) permet de comprendre la cote attribuée et permet à la partie requérante de vérifier le classement établi par le pouvoir adjudicateur :

- 2.159.055,63 € HTVA = 60 points;
- 3.103.084,00 € HTVA = 41,75 points (arrondi à 42 points dans la décision d'attribution).

Seul le prix du soumissionnaire ETS K. Bouvé n'est pas mentionné dans la décision. La partie requérante n'a pas intérêt à la critique dans la mesure où elle est classée deuxième à l'issue de l'analyse des offres et le soumissionnaire ETS K. Bouvé est classé troisième.

En tout état de cause, il lui est facile de connaître le prix du soumissionnaire ETS K. Bouvé sur la base de la règle de trois ».

3. Requête en intervention

La partie intervenante fait siens les développements de la partie adverse relatifs à l'irrecevabilité du moyen, en faisant valoir que le grief pris de l'insuffisance de motivation formelle n'a aucune incidence sur la situation de la requérante et ne permet pas à celle-ci d'obtenir plus de points ou de faire baisser le score de l'attributaire du marché, puisque le calcul de points pour ce critère « est basé sur une règle de trois tout à fait classique » et que « le résultat est intangible ».

Quant au caractère sérieux du moyen, elle renvoie à la réfutation développée par la partie adverse dans sa note d'observations, en précisant que les arrêts cités par la requérante concernant la mention de cotes ne sont pas transposables en l'espèce et que « le critère prix s'évalue de manière tout à fait mathématique, ce qui ne nécessite pas une motivation aussi étendue que d'autres critères ». Elle expose ensuite ce qui suit :

« [...] il est sans conteste que :

- La partie adverse n'était pas tenue de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie qu'elle appliquerait afin d'évaluer les offres au regard des critères d'attribution.
- La partie requérante n'expose pas en quoi ce qu'elle présente comme l'absence d'exposé préalable de la méthode d'évaluation l'a préjudiciée, ni dans quelle mesure elle aurait préparé son offre différemment si la partie adverse avait mentionné dans les documents du marché la méthode d'évaluation des offres au regard du critère prix. Ce faisant, elle n'établit pas le grief qu'a pu lui causer la prétendue illégalité dénoncée par ce moyen.
- L'évaluation du critère prix selon la règle de trois est la méthode la plus usitée, si bien que la partie requérante ne peut en être étonnée. Cette méthode ne revêt pas un caractère arbitraire ou incohérent. Elle n'a pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché. Elle a été appliquée à l'ensemble des offres.
- La partie requérante reste en défaut d'indiquer concrètement en quoi la méthode d'évaluation ainsi arrêtée et mise en œuvre par la partie adverse revêtirait un caractère arbitraire ou incohérent, en quoi elle aurait pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché et ne soutient pas qu'elle n'aurait pas été appliquée à l'ensemble des offres. Elle n'expose pas davantage en quoi la comparaison des offres aurait été faussée par la méthode d'évaluation choisie par la partie adverse.

Ainsi que l'a très justement démontré la partie adverse dans sa note d'observations, l'acte attaqué permet parfaitement à la partie requérante de comprendre les motifs de fait et de droit justifiant sa décision. De ce fait, aucun défaut de motivation ne peut être reproché à l'acte attaqué ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans le premier moyen, la requérante ne fait pas grief à la partie adverse de ne pas avoir annoncé, dans les documents du marché, la formule de notation qu'elle appliquerait pour l'évaluation du premier critère du prix. Elle critique la motivation formelle et matérielle de la décision attaquée, en ce qui concerne

l'attribution des points au regard de ce critère, en faisant valoir que les mentions qui figurent dans l'acte attaqué, qui se limitent à indiquer la cote attribuée à chaque offre, ne permettent pas de vérifier que le pouvoir adjudicateur a correctement évalué les offres et que les cotes attribuées sont proportionnelles à l'écart entre les prix proposés.

L'illégalité invoquée est bien de nature à causer grief à la requérante, dès lors qu'elle met en cause les points attribués à chaque offre pour l'évaluation du critère du prix, ce qui peut avoir une incidence sur leur classement final, puisque seuls deux points séparent l'offre de la partie intervenante (82 points) de celle de la requérante (80 points).

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

En l'espèce, s'agissant de l'évaluation du critère du prix (60 points), la décision attaquée se limite à annoncer les points attribués à chaque offre (60 points pour l'offre de la requérante, 45 points pour l'offre SA ETS K. Bouvé et 42 points pour l'offre de la partie intervenante), sans indiquer, d'une part, la formule de notation utilisée – celle-ci n'étant pas non plus annoncée dans les documents du marché – et sans préciser, d'autre part, les différents « montants globaux des inventaires » pris en compte pour l'attribution de ces points.

Dans ces circonstances, la seule indication des points obtenus ne permet pas à la requérante de comprendre le classement établi pour ce critère, et – en particulier – le nombre de points attribués à chaque offre, de vérifier que l'autorité a correctement évalué les offres et d'apprécier, dans la perspective de l'exercice d'un éventuel recours, si la partie adverse a pu méconnaître les principes et dispositions applicables en la matière.

Parmi les pièces confidentielles déposées par la partie adverse, figure un projet de rapport d'analyse des offres sur lequel la partie adverse s'est fondée pour attribuer le marché litigieux. Ce rapport contient un tableau qui reprend, pour l'analyse du critère du prix, le « montant global tva comprise » de chaque offre et, en vis-à-vis, les cotations qui leur sont attribuées. Toutefois, ce rapport – qui pourtant fait « partie intégrante » de la décision d'attribution attaquée – n'était pas joint à cette dernière lorsqu'elle a été communiquée à la requérante.

Ce rapport qui n'a pas été communiqué à la requérante, comme les explications fournies *a posteriori* par la partie adverse dans sa note d'observations, ne peut pallier l'absence ou l'insuffisance de motivation dans la décision attaquée.

Enfin, il ne pouvait être attendu, sur la base de la seule mention figurant en toute fin de décision du prix de l'offre de l'attributaire, que la requérante devinât, avec certitude, la formule de notation utilisée par la partie adverse pour s'assurer ensuite que celle-ci avait procédé à une évaluation correcte des offres pour ce qui concerne le critère du prix.

Dans cette mesure, le premier moyen est sérieux.

VIII. Deuxième moyen

VIII.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 4, 5 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative 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 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation matérielle, des principes de minutie, de comparaison effective des offres, de transparence et de libre concurrence et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, du cahier spécial des charges, de la foi due aux offres, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir analysé les offres au regard de tous les éléments d'appréciation annoncés dans le cahier spécial des charges pour l'évaluation du deuxième critère d'attribution relatif aux « avantages offerts en lien avec l'exécution du marché [40 points] » alors que le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'apprécier chacune des offres déposées au regard de tous et chacun des critères et sous-critères d'attribution, de leur pondération, ainsi que des éléments d'appréciation annoncés dans les documents du marché. Elle expose que le respect de cette obligation doit permettre aux soumissionnaires d'établir leurs offres en connaissance de cause, qu'il est interdit au pouvoir adjudicateur de modifier ou d'adapter ces éléments après le dépôt

ou l'ouverture des offres, qu'il ne peut donc appliquer de nouveaux critères ou sous-critères, ni de nouvelles règles de pondération, qui n'auraient pas été préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires et que, dans le même ordre d'idées, le pouvoir adjudicateur ne peut évaluer les offres uniquement au regard d'une partie des critères ou sous-critères d'attribution ou éléments d'appréciation qu'il a annoncés dans les documents du marché. Après avoir reproduit les motifs de l'acte attaqué relatifs à l'évaluation des offres concernant le deuxième critère d'attribution, la requérante poursuit en ces termes :

« Les offres n'ont donc été examinées qu'au regard des éléments d'appréciation suivants :

- la communication avec les locataires et la SCRL TOIT & MOI;
- la gestion des interventions;
- l'accompagnement social;
- les outils de communication et de gestion utilisés.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte des éléments suivants, pourtant annoncés comme éléments d'appréciation dans les documents du marché :

- l'application de procédures de qualité;
- les services complémentaires offerts;
- les garanties offertes;
- la mise à disposition de pièces de rechange;
- la ristourne sur les pièces catalogue.

[...] Plus particulièrement, la partie adverse n'a pas examiné son offre sous l'angle des mesures de qualité proposées.

Or, celle-ci indique expressément ce qui suit :

Mesures pour assurer la qualité

A la fin de chaque intervention un rapport de prestation est généré automatiquement avec un reportage photographique, l'intégralité des ces rapports est lu et contrôlé par un gestionnaire présent au bureau, une analyse de chaque intervention est faite et si des pièces de rechange sont nécessaires pour la résolution du problème, elles sont directement commandées.

Nous avons un plan de formation en interne pour nos techniciens, chaque année ils participent à plusieurs formations chez nos principaux fournisseurs (chaudières, pompes, régulation, ...)

Notre logiciel PRAXEDO nous permet de faire des statistiques de performance pour chaque technicien, ceci nous guide dans les formations à donner à nos techniciens pour les rendre plus performants.

Elle précise encore ce qui suit :

Moyens informatiques : Chaque technicien dispose d'une tablette qui lui permet de faire un reportage photo de chaque intervention, mais aussi de télécharger chaque mode d'emploi nécessaire au réglage et à la maintenance des équipements.

Et que :

Nous affecterons un gestionnaire pour votre projet, celui-ci sera épaulé par notre équipe de planification.

Au vu de notre proximité par rapport à vos installations, les délais d'intervention seront très courts.

Les 4 techniciens prévus sont :

DUBRAY Marvin

ROISIN Christophe

ADANT Peeters

TIENTCHEU Williams

Ceux-ci ont une grande expérience pour la maintenance des chaudières murales au gaz.

La requérante a donc proposé, dans son offre, un ensemble de mesures de nature à garantir la qualité de ses prestations.

Or, la partie adverse n'en a pas tenu compte lors de l'évaluation de son offre, en contradiction avec ce qu'elle avait pourtant annoncé dans son cahier spécial des charges.

[...] La requérante propose également des services complémentaires consistant en l'accès au logiciel de planification et de suivi d'intervention PRAXEDO.

La méthodologie proposée est la suivante :

Méthodologie proposée

Nous disposons d'un logiciel de planification et suivi d'intervention, PRAXEDO ; cet outil donne accès à une interface donneur d'ordre qui permet à nos clients d'encoder directement leurs demandes d'intervention et d'en faire le suivi complet, y compris d'avoir accès à l'historique des interventions par logement, et d'avoir accès à des photos de chaque intervention. Une présentation de ce logiciel peut être faite en vos bureaux si vous le souhaitez.

Il s'agit d'un service supplémentaire par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et destiné à simplifier la gestion des interventions et offrant un accès à l'historique des interventions sur un logement donné.

L'acte attaqué est muet à ce propos et la partie adverse n'en a pas tenu compte lors de l'appréciation de l'offre de la requérante. Pire encore, alors qu'il s'agit d'un service supplémentaire offert par la requérante, le pouvoir adjudicateur se méprend manifestement sur les avantages offerts par ce logiciel et semble considérer qu'il implique une gestion de sa part, comme il sera exposé dans le cadre de la seconde branche du deuxième moyen.

Cela traduit une analyse trop superficielle, voire partielle, de l'offre de la requérante.

[...] La requérante a encore offert des garanties par rapport aux pièces de rechange :

Stock pièces de rechange.

Notre société travaille depuis de nombreuses années avec des sociétés de logements, nos techniciens connaissent très bien l'environnement de travail, et les contraintes liés à celui-ci ; notre structure nous permet, comme nous vous l'avons déjà montré par le passé, de gérer de manière optimale les situations d'urgence. Nous avons en permanence un important stock de pièce de rechange pour les chaudières murales condensation.

Une nouvelle fois, l'acte attaqué est muet à ce propos et la partie adverse n'en a pas tenu compte lors de l'appréciation de l'offre de la requérante.

[...] L'acte attaqué ne fait, enfin, pas référence aux garanties offertes et aux éventuelles ristournes. Et pour cause puisque le marché litigieux est un marché à garantie totale de sorte que ces deux éléments d'appréciation sont manifestement irrelevants dans le cas d'espèce.

S'agissant d'un marché à garantie totale, il n'est pas nécessaire d'offrir de garantie supplémentaire ni de proposer de ristourne sur les pièces de chaudières puisqu'elles ne seront pas facturées en supplément du forfait mensuel.

[...] Compte tenu de ce qui précède, la partie adverse a manifestement méconnu les dispositions et principes visés au moyen ».

Dans une deuxième branche, la requérante fait valoir que la motivation de l'acte attaqué ne lui permet pas de comprendre les points qui ont été attribués à son offre pour l'évaluation du deuxième critère d'attribution. Elle indique ne pas comprendre les lacunes reprochées à son offre au regard de celle de l'attributaire du marché, alors que « la partie adverse aurait dû motiver sa décision de manière claire, complète, précise et adéquate afin de permettre à la requérante de comprendre les avantages de l'offre de la SA Bulex Services et les inconvénients de la sienne par rapport au critère d'attribution n° 2 du marché litigieux ». Elle ajoute ne pas comprendre pourquoi l'attributaire du marché obtient un maximum de points (40 points) alors qu'elle n'en reçoit que la moitié (20 points). Après avoir rappelé le contenu de l'obligation de motivation formelle qui s'applique à une décision d'attribution d'un marché public, la requérante expose ce qui suit :

« [...] En l'espèce, force est de constater que la motivation de l'acte attaqué est pour le moins succincte et ne permet pas à la requérante de comprendre les motifs pour lesquels la SA Bulex Services obtient le maximum des points pour le second critère d'attribution alors qu'elle n'en obtient que la moitié.

Cette justification est rédigée de manière succincte et pour le moins lacunaire de sorte que la requérante ne peut raisonnablement pas apprécier et vérifier "le fil conducteur entre la décision et les motifs retranscrits" [...]

Or, au vu des dispositions et principes visés au moyen, la partie adverse aurait dû motiver sa décision d'attribution de manière claire, complète, précise et adéquate afin de permettre à la requérante de comprendre les caractéristiques et les avantages de chacune des offres et les cotes ainsi obtenues.

Au lieu de cela, la décision d'attribution se limite à souligner certains points positifs et négatifs de chacune des offres sans expliquer quels sont ces points ni en quoi ils constituent des éléments d'appréciation positifs ou négatifs. En d'autres termes, la motivation de la décision ne permet pas de comprendre la cote attribuée à chacun des soumissionnaires et, plus particulièrement, en quoi l'offre de [la requérante] n'obtient que la moitié des points pour ce critère.

[...] La requérante relève notamment que la SA Bulex Services serait disponible 24h/24, ce qui constituerait un avantage très important. Or, elle est également disponible 24h/24, ce que la partie adverse n'a pas relevé.

En effet, elle indique dans son offre ce qui suit :

Durant les heures de bureau nous recevons vos appels au 071 81 71 61 ou vos demandes par mail, les locataires seront recontactés directement pour une planification d'intervention dans les 24 heures, ensuite en dehors des heures de bureaux ce numéro est automatiquement dirigé vers les techniciens de garde, vous serez invité à choisir entre une intervention chauffage ou sanitaire. Nous assurons un service de garde 365 jours par an. De plus, comme demandé dans le cahier des charges, nous prévoyons le recours à un numéro vert externe géré par une société externe durant les heures de garde, avec rapport des appels faits par vos locataires.

En d'autres termes, la requérante propose un numéro d'appel et une adresse *e-mail* qui sont joignables pendant les heures de bureau et en dehors de celles-ci. Ces deux canaux de communication sont donc accessibles 24h/24 mais ils sont ensuite redirigés vers des personnes de contact différentes. Pendant les heures de bureau, les locataires sont redirigés vers le personnel de la requérante tandis qu'en dehors des heures de bureau, les locataires sont redirigés vers le service de garde.

Ce service de garde est opérationnel toute l'année.

En plus de ces deux canaux de communication, la requérante propose un numéro vert durant les heures de garde.

[...] L'acte attaqué relève ensuite que le logiciel proposé par la requérante risque d'engendrer une "augmentation du temps de travail *via* les encodages requis" et "un manque d'adéquation avec la qualité importante de données à gérer au regard de la grandeur du parc. En effet, le logiciel de gestion proposé par la société Jordan induit une implication des gestionnaires de Toit&Moi pour la gestion des suivis des prestations à travers l'encodage des demandes d'intervention".

Or, la requérante propose un logiciel de planification et suivi d'intervention appelé PRAXEDO. Cet outil donne accès à une interface donneur d'ordre, qui permet au pouvoir adjudicateur d'encoder directement ses demandes d'intervention et d'ensuite avoir accès à l'historique des interventions par logement et aux photos des interventions. À aucun moment, il n'est demandé au pouvoir adjudicateur donneur d'ordre d'assurer lui-même la gestion du suivi d'un chantier dans le logiciel. C'est un moyen de communication supplémentaire qui lui est offert et qui lui permet de suivre en continu les interventions sur un chantier.

La partie adverse a manifestement fait une lecture erronée de l'offre de la requérante.

[...] Dans le même ordre d'idées, l'acte attaqué souligne que "les avantages offerts font apparaître le manque d'information quant aux contacts directs et périodiques avec une personne dédiée".

Or, la requérante propose expressément un gestionnaire affecté spécifiquement au pouvoir adjudicateur et quatre techniciens, dont elle cite les noms dans son offre. Il est dès lors inexact de soutenir, comme le fait la partie adverse, que la requérante n'aurait pas fait mention d'une personne dédiée à son projet.

[...] Enfin, la partie adverse indique que "les outils proposés apportent moins de plus-value que ceux développés par les autres soumissionnaires".

Or, pareille précision ne permet pas de comprendre les outils visés ni en quoi ils seraient moins développés que ceux des autres soumissionnaires ».

2. Note d'observations

Sur la première branche, la partie adverse fait valoir qu'elle « dispose, en principe, d'une grande liberté d'appréciation lors du contrôle des offres à la lumière des critères d'attribution », que « [l]e Conseil d'État peut toutefois, sur demande,

contrôler entre autres si l'évaluation a été effectuée avec le soin requis, repose sur des motifs suffisamment solides, si les soumissionnaires ont été traités de la même manière et si la partie adverse n'a pas dépassé les limites d'une évaluation raisonnable », qu'en effet, « [l]ors de l'évaluation d'une offre [...], le pouvoir adjudicateur doit [...] apprécier avec soin la valeur intrinsèque d'une offre lors de sa comparaison avec les autres offres, la différence devant se traduire de manière raisonnable et proportionnelle par une cotation ou évaluation distincte ».

Après avoir rappelé les termes du deuxième critère d'attribution relatif aux « avantages offerts en lien avec l'exécution du marché [40 points] » et le contenu du point 7.2.7 du cahier spécial des charges, elle expose que « [l]e critère n°2 reprend ainsi une liste d'exemples d'avantages que le soumissionnaire pourrait offrir au pouvoir adjudicateur afin d'optimiser l'exécution du marché et qui pourrait faire l'objet d'une cotation », qu' « [e]n aucun cas, le pouvoir adjudicateur n'était tenu de coter l'ensemble des avantages repris dans cette liste d'exemples » et que « [p]ar ailleurs, en mettant en gras deux avantages qui pourraient être offerts (1° procédures internes liées à une communication efficace avec Toit&moi – délai et mode de transmission des documents – et 2° méthodologie de contact avec les locataires), le pouvoir adjudicateur prévenait ainsi les soumissionnaires qu'il attachait une plus grande importance à ces deux éléments ». Elle soutient que les arrêts cités par la requérante sont relatifs à l'appréciation des critères d'attribution et des sous-critères d'attribution, mais ne sont pas transposables lorsqu'il est question de simples éléments d'appréciation ou, comme c'est le cas en l'espèce, d'une « liste d'exemples d'avantages qui peuvent être mis en avant par les soumissionnaires ». Elle expose ainsi que « [l]es éléments d'appréciation ne doivent pas être annoncés dans le cahier spécial des charges et s'ils sont annoncés, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'apprécier l'ensemble des éléments d'appréciation annoncés puisque par définition, il ignore ceux retenus par les soumissionnaires », que « [s]'il le fait de manière systématique, en attribuant une cote pour chacun de ces avantages, il s'agit alors de sous-critères d'attribution et non d'éléments d'appréciation », qu' « [u]ne cotation systématique distingue un sous-critère d'attribution d'un simple élément d'appréciation », que « [l]e fait que le cahier spécial des charges précise “etc” démontre bien le caractère exemplatif des avantages auxquels pense le pouvoir adjudicateur » et que « [l]e choix du pouvoir adjudicateur de tenir compte ou non des avantages mis en avant par les soumissionnaires relève de son pouvoir d'appréciation ».

Elle en déduit qu'elle n'était pas tenue de prendre en compte l'ensemble des éléments d'appréciation visés, à titre d'exemples, au cahier spécial des charges et explique qu'elle a opté pour une méthode qui motive de manière globale la cotation attribuée en reprenant les principaux avantages et inconvénients distinctifs

des offres, relatifs à des éléments désignés comme importants par le cahier. Elle explique que sur les huit éléments listés à titre d'exemples dans le cahier spécial des charges, la requérante reconnaît que « trois d'entre eux ont fait l'objet d'une cotation » et que deux autres étaient non pertinents, s'agissant d'un marché à garantie totale. Pour les trois éléments restants pour lesquels la requérante soutient avoir présenté, dans son offre, certains avantages, la partie adverse répond ce qui suit :

- « [...] Pour les trois éléments suivants, la partie requérante aurait proposé des avantages dans son offre dont le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte :
- application de procédure "qualité"
 - services complémentaires divers gratuits
 - mise à disposition de pièces de rechange dans les chaufferies

[...] Concernant l'application de procédure "qualité", la partie requérante soutient que certains "avantages" qu'elle a proposés dans son offre n'ont pas été pris en considération par la partie adverse.

Certains "avantages" qu'elle cite ne concernent pourtant pas l'application de procédure de qualité et ne sont d'ailleurs pas repris sous ce titre dans son offre. D'autres avantages ont été pris en considération par la partie adverse dans sa décision d'attribution, comme le logiciel de gestion qui a fait l'objet de l'appréciation du critère d'attribution.

En toute hypothèse, tous les "avantages" qu'elle cite relatifs à l'application de procédure "qualité", les services complémentaires divers gratuits ou la mise à disposition de pièces de rechange dans les chaufferies ont également été proposés par l'adjudicataire pressenti.

Par conséquent, la partie adverse n'a pas tenu compte de ces avantages dans l'appréciation du critère d'attribution n° 2. En effet, mettre en avant les avantages dans l'analyse des offres ne permettait, en tout état de cause, pas de valoriser une offre plutôt qu'une autre. La partie adverse a ainsi repris dans sa décision d'attribution seulement les différences positives et négatives des offres des soumissionnaires ».

La partie adverse conclut que la requérante « ne démontre pas qu'elle a déposé l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Sur la deuxième branche, la partie adverse répond que « [l']adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation lors de l'analyse des offres, non seulement pour ce qui concerne le choix de la méthode d'évaluation de celles-ci mais pour l'attribution des notations », qu'« [i]l appartient au seul pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse de son point de vue », qu'« [i]l n'appartient pas au Conseil d'État de recommencer l'évaluation des offres et de substituer ainsi sa vision de l'évaluation des offres à celle du pouvoir adjudicateur » et que « [d]ans l'exercice du contrôle de légalité qui lui est confié, il peut, sur demande, contrôler si cette évaluation repose sur des motifs suffisamment explicites et solides » et « si l'administration n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation à cet égard ». Elle fait valoir qu'elle « n'est pas tenue d'indiquer dans sa décision d'attribution les motifs des motifs » et que la motivation est suffisante lorsqu'elle permet de comprendre suffisamment la démarche suivie par la partie

adverse et les résultats auxquels elle a abouti. Après avoir reproduit les passages de l'acte attaqué qui concerne l'évaluation du deuxième critère d'attribution, elle expose ce qui suit :

« [...] La partie adverse a ainsi attribué 40 points au premier classé, 30 points au deuxième classé et 20 points au dernier classé. Elle a mis en avant les avantages et désavantages de chacune des offres et les a comparés au regard des autres offres. Elle a appliqué les mêmes critères à chaque offre, et ce de la même manière. Elle explique pourquoi certains éléments de l'offre de la partie requérante sont considérés comme des inconvénients. Elle relève les éléments qui, à son estime, sont plus ou moins intéressants que d'autres.

La partie adverse a tenu compte des éléments d'appréciation annoncés dans le cahier spécial des charges, en insistant sur les deux avantages pour lesquels elle accordait une plus grande importance (repris en gras dans le cahier spécial des charges) :

- Les procédures internes liées à une communication efficace avec Toit&moi (délai et mode de transmission des documents);
- La méthodologie de contact avec les locataires.

La partie adverse n'est pas tenue d'indiquer les motifs des motifs dans sa décision d'attribution.

[...] La partie requérante avance que la décision indique que la SA Bulex Services est disponible 24h/24, ce qui constituerait un avantage. Or, elle serait également disponible 24h/24. Cependant, elle n'a pas indiqué de manière claire, dans son offre, qu'elle était disponible 24h/24. Elle indique qu'en dehors des heures de bureau, l'appel est dirigé vers les techniciens de garde. Cependant, contrairement à l'adjudicataire pressenti, elle n'indique pas que ce service est disponible 24h/24.

En outre, ce qu'apprécie la partie adverse et qu'elle juge être un avantage important n'est pas tant que l'adjudicataire pressenti, la SA Bulex, est joignable 24h/24 mais surtout que cette dernière apporte "une grande attention à la communication :

- tant avec les locataires
 - o en étant joignable 24h/24 et
 - o en mettant à leur disposition une adresse *mail* spécifique en plus du numéro d'appel
- qu'avec Toit&moi via
 - o adresse mail,
 - o numéros directs et
 - o le net".

Alors que pour l'offre de la partie requérante, la partie adverse estime ce qui suit : Les avantages offerts font apparaître le manque d'information quant aux contacts directs et périodiques avec une personne dédiée, ce point étant important dans le cadre de l'accompagnement des locataires.

Les outils proposés apportent moins de plus-value que ceux développés par les autres soumissionnaires

Contrairement à l'adjudicataire pressenti, les avantages offerts par la partie requérante manquent d'information concernant la communication avec les locataires, notamment quant aux contacts directs et périodiques avec une personne dédiée.

[...] La partie requérante prétend que la partie adverse a manifestement fait une lecture erronée de son offre concernant son logiciel. Elle prétend qu'il n'était pas demandé au pouvoir adjudicateur, donneur d'ordre, d'assurer lui-même la gestion du suivi dans le logiciel. Or, dans son offre, elle indique ce qui suit :

Nous disposons d'un logiciel de planification et suivi d'intervention, PRAXEDO ; cet outil donne accès à une interface donneur d'ordre qui permet à nos clients d'encoder directement leurs demandes d'intervention et d'en faire le suivi

complet, y compris d'avoir accès à l'historique des interventions par logement, et d'avoir accès à des photos de chaque intervention.

La partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant qu'elle devrait faire le suivi complet des demandes d'intervention et que le logiciel induisait une implication des gestionnaires de Toit&Moi pour la gestion des suivis des prestations.

La partie adverse relève également comme inconvénient de l'offre de la partie requérante que "la base de données, utilisée dans le cadre des justifications, se trouvera dans le logiciel de Jordan au lieu de l'applicatif Aigle comme actuellement à moins d'un double encodage par les gestionnaires si on souhaite conserver l'information accessible à tous".

La partie adverse conclut sa décision d'attribution concernant l'offre de la partie requérante en indiquant que "les outils proposés apportent moins de plus-value que ceux développés par les autres soumissionnaires". Elle vise bien entendu les outils de communication et le logiciel proposé par la partie requérante et a expliqué les raisons pour lesquelles elle a estimé qu'ils apportaient moins de plus-values que ceux des autres soumissionnaires.

[...] La lecture de la décision d'attribution permet aux soumissionnaires d'identifier les motifs qui ont justifié l'attribution des notes par la partie adverse. Elle a souligné les points favorables et moins favorables des offres, elle a comparé leurs mérites respectifs et sur cette base, elle les a globalisés dans une appréciation finale en attribuant 40 points à la meilleure offre – 30 points à l'offre intermédiaire et 20 points à la moins bonne offre. La partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Le seul fait que la partie requérante ne partage pas l'appréciation de la partie adverse ne suffit pas à démontrer une illégalité ou une erreur manifeste d'appréciation ».

3. Requête en intervention

Sur la première branche, la partie intervenante se réfère aux développements de la note d'observations. Elle ajoute que « l'énumération faite sous le libellé du deuxième critère n'était, tout au plus, constitutive que de simples éléments d'appréciation et était purement exemplative (la mention "Exemples : " avant l'énumération) et indicative (la mention "etc." en fin d'énumération) », qu' « [é]tablir une telle liste est une pratique fréquente » et que « [c]e genre de liste contribue à rendre le critère d'attribution plus précis, sans pour autant le restreindre, et constitue donc une aide pour les soumissionnaires dans l'établissement de leur offre ». Elle affirme encore que les arrêts cités par la requérante ne concernent « que les critères et sous-critères d'attribution » et ne sont pas pertinents, si ce n'est que, dans ces arrêts, le Conseil d'État a admis que la description des points forts et des points faibles des offres constitue une motivation suffisante pour les départager entre elles.

Sur la deuxième branche, la partie intervenante se réfère également à la note d'observations établie par la partie adverse. Elle ajoute que, contrairement à ce qui est écrit dans la requête, « il ne ressort pas clairement qu'en dehors des heures de bureau, les courriels sont redirigés vers le service de garde » et que « ce canal de communication n'est manifestement pas assuré 24h/24 ». Elle souligne aussi que ce

que la requérante semble considérer comme un avantage, à savoir le fait que son logiciel « permet au pouvoir adjudicateur d'encoder directement ses demandes d'interventions », est évalué négativement par la partie adverse pour les raisons exposées dans l'acte attaqué.

VIII.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Sur les deux branches réunies

Le cahier spécial des charges prévoit un second critère d'attribution qui porte sur les « avantages offerts en lien avec l'exécution du marché [40points] ». Il invite les soumissionnaires à expliquer, dans leurs offres, ce qu'ils proposent « afin d'optimiser l'exécution du marché à la fois pour le pouvoir adjudicateur et pour les locataires ». Ce point du cahier est rédigé comme il suit :

«

Critère n°1

Montant global de l'inventaire (60%)

Critère n°2

Avantages offerts en lien avec l'exécution du marché (40%)

Le soumissionnaire transmettra tous documents utiles destinés à expliquer ce qu'il offrira au pouvoir adjudicateur afin d'optimiser l'exécution du marché à la fois pour le pouvoir adjudicateur et pour les locataires.

Exemples :

- application de procédure « qualité »
- **procédures internes liées à une communication efficace avec Toit&moi (délai et mode de transmission des documents)**
- services complémentaires divers gratuits
- **méthodologie de contact avec les locataires**
- conditions générales liées aux garanties totales
- mise à disposition de pièces de rechange dans les chaufferies
- gestion de la planification des rendez-vous
- ristourne faite sur les pièces catalogue
- etc.

».

Sous le titre du cahier des charges qui concerne les « modalités d'exécution », le point 7.2.7 relatif à l'accès aux logements des locataires pour les entretiens et les réparations invite les soumissionnaires à transmettre « la méthodologie relative à ce poste [...] dans le cadre de la cotation du critère 2 ».

L'acte attaqué mentionne ce qui suit, concernant ce deuxième critère d'attribution :

«

- **Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « avantages offerts en lien avec l'exécution du marché », l'offre du soumissionnaire BULEX SERVICES est classée première avec 40 points ;**

BULEX apporte une grande attention à la communication tant avec les locataires en étant joignable 24h/24 et en mettant à leur disposition une adresse mail spécifique en plus du numéro d'appel qu'avec Toit&moi via adresse mail, numéros direct et le net.

La méthodologie de gestion des interventions proposée par BULEX vise la rapidité et un suivi efficace de par un tableau de suivi, des réunions périodiques, des contacts directs, des procédures internes claires, des suivis d'interventions détaillés afin d'apporter à Toit&moi une gestion informatique et technique efficace du parc.

Toit&moi apprécie fortement l'accompagnement social apporté aux locataires par une anticipation active des passages, des informations techniques et de suivi de dossiers aux locataires ainsi que des mesures de sécurité sanitaire.

- **Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « avantages offerts en lien avec l'exécution du marché », l'offre du soumissionnaire ETS K BOUVE est classée deuxième avec 30 points ;**

BOUVE met en place une communication suffisante avec le locataire et Toit&moi via une ligne directe, un call center, un technicien dédié, une plage horaire élargie. Cette offre est moins étoffée que l'offre de BULEX chez qui l'adresse mail est considérée comme intéressante pour la bonne communication avec les locataires.

La méthodologie de gestion des interventions proposée par BOUVE est suffisante. On apprécie le tableau de suivi, la transmission des rapports en temps réel, le stock disponible qui sera mis en place et la réduction offerte pour les pièces. Toit&moi regrette cependant que la méthode de transferts d'information après intervention induise un temps de traitement plus contraignant que la méthode proposée par BULEX de par le nombre de mails prévus dans le cadre de la méthodologie proposée.

- **Considérant que dans le cadre de la comparaison des offres au regard du critère « avantages offerts en lien avec l'exécution du marché », l'offre du soumissionnaire JORDAN est classée troisième avec 20 points ;**

JORDAN axe la communication et le suivi d'intervention sur leur logiciel de gestion. Si ce logiciel permet une planification et un suivi d'intervention, Toit&moi s'inquiète au regard du manque de détails sur l'utilisation de ce logiciel, d'un impact sur l'augmentation du temps de travail via les encodages requis et d'un manque d'adéquation avec la quantité importante de données à gérer au regard de la grandeur du parc. En effet, le logiciel de gestion proposé par la société Jordan induit une implication des gestionnaires de Toit&moi pour la gestion des suivis des prestations à travers l'encodage des demandes d'intervention (+/- 3.000 interventions). La base de donnée, utilisée dans le cadre des justifications, se trouvera dans le logiciel de Jordan au lieu de l'applicatif Aigle comme actuellement à moins d'un double encodage par les gestionnaires si on souhaite conserver l'information accessible à tous.

Les avantages offerts font apparaître le manque d'information quant aux contacts directs et périodiques avec une personne dédiée, ce point étant important dans le cadre de l'accompagnement des locataires.

Les outils proposés apportent moins de plus-value que ceux développés par les autres soumissionnaires

».

Un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie qu'il appliquera afin d'évaluer les offres au regard des critères d'attribution. Il dispose donc d'une certaine liberté dans l'accomplissement de son évaluation et peut, sans modifier les critères d'attribution établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées. La mise en application concrète de cette méthode peut, pour partie, impliquer un jugement de valeur de la part de ce pouvoir adjudicateur, pour autant que cette méthode ne revête pas un caractère arbitraire ou incohérent, qu'elle n'ait pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché et qu'elle soit appliquée à l'ensemble des offres, sans quoi elle ne respecterait pas le principe fondamental de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires. La

méthode d'évaluation des offres qui est appliquée par le pouvoir adjudicateur doit pouvoir se comprendre à la lecture de la motivation de l'acte attaqué.

Comme le soutiennent les parties adverse et intervenante, les différents aspects évoqués dans le cahier spécial des charges le sont à titre indicatif et non exhaustif. Clairement attesté par l'usage du terme « Exemples » et de l'abréviation « etc. », ce caractère indicatif s'explique par le fait que chaque soumissionnaire est libre d'exposer, de la manière qui lui paraît la plus adéquate, les avantages proposés dans son offre afin d'optimiser l'exécution du marché. Ceci implique que, dans l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur, d'une part, peut mettre en évidence d'autres éléments offerts par les soumissionnaires et, d'autre part, n'est pas tenu de procéder à un examen systématique de chaque élément d'appréciation énoncé à titre indicatif dans le cahier.

Ceci étant, le choix de ne retenir qu'une partie de ces éléments ne peut être arbitraire ou incohérent. Il ne peut, non plus, méconnaître le principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Or, en l'espèce, il ressort de la décision d'attribution attaquée que l'offre de la SA ETS K. Bouvé (classée deuxième – et donc avant l'offre de la requérante – pour ce critère d'attribution) a été appréciée positivement pour des éléments qui n'ont apparemment pas été pris en compte pour l'évaluation des offres des autres soumissionnaires. Ainsi, « le stock disponible qui sera mis en place et la réduction offerte pour les pièces » paraissent constituer des éléments positifs de l'offre de la SA ETS K. Bouvé alors que la partie adverse affirme, dans sa note d'observations, que « le stock de pièces de rechange » est également proposé par les autres soumissionnaires et que « la ristourne faite sur les pièces catalogues » n'est pas un élément pertinent pour l'exécution du lot 1 du marché, s'agissant d'un « marché à garantie totale » (forfait mensuel). Ces deux éléments – qui sont signalés au profit de la SA ETS K. Bouvé dans la décision attaquée – ont, à première vue, conduit la partie adverse à valoriser l'offre remise par ce soumissionnaire, qui obtient un total de 30 points pour le deuxième critère d'attribution. Les motifs de l'acte attaqué manquent de transparence et de cohérence à cet égard. Il n'apparaît pas, à première vue, que la partie adverse a, comme elle l'affirme, « appliqué les mêmes critères à chaque offre, et ce de la même manière » ou repris strictement « les principaux avantages et inconvénients distinctifs des offres ». Il ne peut être exclu que ceci ait eu une incidence sur le score obtenu pour ce critère par l'offre de la requérante ainsi que sur son classement final (troisième place).

Plus fondamentalement, s'agissant des scores attribués, il n'est, sur la base des motifs de l'acte attaqué, pas possible de comprendre les points accordés à

chaque offre, à savoir 40 points pour l'offre de la partie intervenante, 30 points pour l'offre de la SA ETS K. Bouvé et 20 points pour l'offre de la requérante. Il n'est pas question de requérir de la partie adverse qu'elle donne les motifs des motifs de sa décision, mais d'expliquer ce qui justifie d'octroyer à l'offre de la requérante la moitié des points accordés à celle de la partie intervenante. La compréhension du mode de calcul utilisé est d'autant plus essentielle, en l'espèce, que l'important écart de points (20 points) appliqué entre les deux offres pour l'évaluation du deuxième critère d'attribution permet à la partie intervenante de dépasser de justesse la requérante au classement final des offres (82 points *versus* 80 points).

Dans sa note d'observations, la partie adverse précise qu'elle a « attribué 40 points au premier classé, 30 points au deuxième classé et 20 points au dernier classé ». Cette explication fournie *a posteriori* ne repose sur aucune pièce du dossier administratif. Par ailleurs, une telle méthode paraît *prima facie* contraire à l'exigence d'évaluer la valeur intrinsèque des offres pour les comparer entre elles. En l'occurrence, les notes attribuées pour le deuxième critère sont censées représenter l'appréciation globale portée sur les mérites distinctifs de chaque offre, dans ses différents aspects, pour les avantages qu'elle offre afin d'optimiser l'exécution du marché. Ce sont les notes attribuées et les appréciations formulées par le pouvoir adjudicateur qui doivent justifier le classement des offres et non le classement des offres qui peut déterminer une attribution forfaitaire de points (40 points pour la meilleure offre, 30 points pour l'offre intermédiaire et 20 points pour la moins bonne offre).

Dans cette mesure, le deuxième moyen est sérieux.

IX. Balance des intérêts

IX.1. Thèses des parties

La partie adverse sollicite, à titre subsidiaire, de rejeter la demande de suspension en recourant à la mise en balance des intérêts, visée à l'article 15, alinéa 3, 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. Elle fait valoir les éléments suivants :

« [...] En l'espèce, si par impossible, Votre Conseil venait à déclarer les griefs de la partie requérante sérieux, la partie adverse se retrouverait sans contrat pour procéder au dépannage des chaudières individuelles des locataires du bâtiment concerné.

En vertu de l'article 23 de la Constitution, chaque personne possède un droit à un logement décent. Un logement sans chauffage et sans eau chaude sanitaire ne peut en aucun cas être considéré comme un logement décent. En outre, la période

hivernale n'est pas encore terminée, l'absence de chauffage sera catastrophique pour les locataires.

En pratique, il y a une dizaine d'interventions par jour liées à la maintenance des chaudières, certaines d'entre elles sont urgentes, notamment lorsqu'elles visent des personnes âgées ou handicapées ou lorsque la non-intervention peut engendrer des dégâts irréparables.

Une suspension du marché causerait des dommages bien plus importants à la partie adverse, celle-ci étant alors susceptible de se trouver dès lors en défaut par rapport à des personnes fragilisées ».

La partie intervenante fait siens les développements exposés dans la note d'observations.

La requérante répond, à l'audience, que la partie adverse n'avance aucun élément qui puisse justifier de faire pencher la balance des intérêts en faveur du maintien de la décision d'attribution attaquée, nonobstant l'illégalité qui l'affecte.

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée prévoit ce qui suit :

« L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

La partie adverse fait valoir qu'il y aurait une dizaine d'interventions par jour liées à la maintenance des chaudières, en ce compris des interventions urgentes. Elle ne dépose cependant aucune pièce pour appuyer cette affirmation et ne précise pas le nombre d'interventions qui ne pourraient pas attendre une nouvelle décision d'attribution du marché, à la suite d'un arrêt de suspension. Elle fait état de « dégâts irréparables » découlant de l'absence d'intervention immédiate, sans donner d'autres indications sur la nature de ces dégâts et leur caractère irréparable.

Par ailleurs, la partie adverse a confirmé, à l'audience, que la SA Bulex Services prenait actuellement en charge toutes les interventions urgentes, alors que le nouveau contrat devait, suivant les termes du cahier spécial des charges, initialement être conclu pour le 6 mars 2022. Une solution provisoire a donc été trouvée et aménagée dans l'attente de la conclusion du prochain contrat.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de mise en balance des intérêts sollicitée par la partie adverse.

X. Confidentialité

La requérante demande que soit préservée la confidentialité de son offre, en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, de manière à ne pas nuire au secret des affaires (pièce A annexée à la requête).

La partie adverse formule la même demande à propos des pièces suivantes : le PV d'ouverture des offres (pièce 16), les offres des différents soumissionnaires (pièces 17 à 19), les échanges de courriers concernant la vérification des prix (pièces 13 à 15), le document interne procédant à l'analyse des offres (pièces 12 et 22) et le tableau de comparaison des avantages des offres (pièce 20).

À l'audience, la requérante demande la levée de la confidentialité de la pièce 20 du dossier administratif. Elle estime qu'elle doit pouvoir avoir accès au tableau comparatif des offres, établi par la partie adverse, pour vérifier que les avantages de son offre et de celle de la partie intervenante se neutralisent effectivement, comme le soutient la partie adverse.

Dès lors que le présent arrêt ordonne la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du lot 1 du marché litigieux, il n'y a pas lieu, à ce stade, d'accéder à la demande, formulée par la requérante, de divulgation de la pièce 20 du dossier administratif. Il convient de maintenir provisoirement la confidentialité de toutes les pièces déposées par les parties à titre confidentiel.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Bulex Services est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse du 28 janvier 2022 d'attribuer le marché public de services relatif à la « maintenance

chauffage » - lot 1 « chaudières individuelles » - à la SA Bulex Services est ordonnée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 12 à 20 et 22 du dossier administratif et la pièce A annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 1^{er} avril 2022, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret