

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 254.855 du 24 octobre 2022

A. 221.770/VI-20.994

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS G.D.A.**,
ayant élu domicile chez
M^e Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la ville de Charleroi, représentée
par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^e Marc UYTENDAELE, avocat,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 23 mars 2017, la SA Établissements G.D.A. demande l'annulation de « la délibération du collège communal de Charleroi, du 29 décembre 2016, attribuant à la société Sas Europe Service le marché public de fourniture d'un véhicule haute pression à eau chaude (lot 3) ».

II. Procédure

Un arrêt n° 246.374 du 11 décembre 2019 a rejeté les demandes de maintien de confidentialité des offres des sociétés EUROPE SERVICE et ÉTABLISSEMENTS G.D.A., a rouvert les débats et a chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de rédiger un rapport complémentaire. Il a été notifié aux parties.

Des notes ont été déposées par les parties.

M^{me} Elisabeth Willemart, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport complémentaire sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 5 novembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 décembre 2021, date à laquelle l'affaire a été remise à l'audience du 9 mars 2022.

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

M^e Pierre Lejeune, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Nathan Mouraux, *loco* M^e Marc Uyttendaele, avocat, comparaisant pour la partie adverse, 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. Exposé des faits utiles

1. Le 5 septembre 2016, le conseil communal de la ville de Charleroi décide de lancer un marché public pour la fourniture et la maintenance de véhicules d'entretien de la voirie.

Le marché est divisé en trois lots :

- lot 1 : camion équipé d'une superstructure pour le curage des avaloirs avec poste de conduite à gauche;
- lot 2 : camion équipé d'une superstructure pour le curage des avaloirs avec poste de conduite à droite;
- lot 3 : véhicule haute pression à eau chaude.

L'avis de marché est publié au *Bulletin des adjudications* du 12 septembre 2016 et aux annexes du *J.O.U.E.* du 15 septembre 2016.

Le mode d'attribution est l'appel d'offres ouvert.

Le présent recours concerne le lot 3.

2. Pour le lot 3, les critères d'attribution sont définis comme suit dans le cahier des charges :

1. Valeur technique et qualité du matériel proposé (50 points)

A. Valeur technique de l'offre : 20 points

L'évaluation de la qualité technique du matériel proposé sera effectuée sur la base des fiches techniques, des homologations, et de toute documentation technique utile que le soumissionnaire joindra à son offre.

Remarque importante : l'offre remise devra se rapprocher le plus possible des minima mentionnés dans les clauses techniques. Ces dernières ne peuvent en effet pas être radicalement transformées.

Le pouvoir adjudicateur établira son évaluation sur base des éléments suivants, décrits au niveau des prescriptions techniques :

- ▷ Rayon de braquage (le plus court recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Niveau sonore de la machine (le moins élevé recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Longueur totale du véhicule avec équipement de travail inclus (cloche de décapage à l'avant du véhicule) (le véhicule le plus court recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Largeur du véhicule (le véhicule le moins large recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Hauteur totale du véhicule (le véhicule le moins haut recevra une meilleure appréciation)
- ▷ MMA (la MMA la plus grande recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Volume eau propre (le volume le plus élevé recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Volume eau sale (le volume le plus élevé recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Matériau utilisé pour la cuve (le matériau avec les meilleures propriétés mécaniques recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Débit circuit eau chaude (la pression la plus élevée recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Distance de déport gauche-droite de la cloche de décapage (le déport le plus élevé recevra une meilleure appréciation)
- Largeur de lavage (la largeur la plus élevée recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Nombre de buses (jets haute pression) (le nombre de buses le plus élevé recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Puissance de la chaudière (la puissance la plus élevée recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Température de chauffe (la température la plus élevée recevra une meilleure appréciation)

- ▷ Tension électrique de service de la chaudière (la tension la moins élevée recevra une meilleure appréciation)
- ▷ Puissance d'aspiration de l'eau sale (la puissance la plus élevée recevra une meilleure appréciation)

Pour chaque caractéristique, les points seront attribués de la manière suivante :

- 3 points pour la meilleure performance
- 2 points pour la seconde meilleure performance
- 1 point pour la troisième meilleure performance
- 0 point à partir de la quatrième meilleure performance

Les points seront additionnés et ensuite reportés sur 20

B. Qualité du matériel proposé : 30 points

L'évaluation de la qualité du matériel proposé sera effectuée sur la base d'une démonstration ainsi que d'un essai du véhicule proposé par le personnel du service Propreté de la Ville de Charleroi.

Sous peine d'exclusion, les soumissionnaires dont les offres sont conformes et régulières seront tenus d'effectuer une démonstration d'essai du matériel proposé.

Celle-ci se tiendra endéans le mois qui suit l'invitation envoyée par le Fonctionnaire dirigeant et aura lieu à Charleroi en un lieu qui sera communiqué au soumissionnaire.

Le résultat de l'essai entrera en ligne de compte dans l'établissement de la cotation relative au critère "valeur technique et qualité du matériel proposé".

Tous les frais liés à cette démonstration seront entièrement portés à la charge du soumissionnaire.

Les éléments qui seront analysés sont les suivants :

☑ efficacité du nettoyage (10 points pour la meilleure performance – 5 points pour la seconde meilleure performance – 3 points pour la troisième meilleure performance – 0 points pour les performances classées ensuite)

☑ précision des manœuvres (10 points pour la meilleure performance – 5 points pour la seconde meilleure performance – 3 points pour la troisième meilleure performance – 0 points pour les performances classées ensuite)

☑ ergonomie des commandes (10 points pour la meilleure performance – 5 points pour la seconde meilleure performance – 3 points pour la troisième meilleure performance – 0 points pour les performances classées ensuite)

2. Prix (30 points – dont 15 points pour le prix total du véhicule entièrement équipé, 7 points pour le % de réduction sur la fourniture de pièces détachées d'origine, 5 points pour taux horaire de la main d'œuvre et 3 points pour le forfait déplacement d'un technicien (service mobile))

Remarque importante :

En cas de pourcentage de remise différents proposés par famille de pièces, le soumissionnaire joindra sous peine de nullité absolue de l'offre la liste de ces familles ainsi que les pourcentages de remises respectifs.

Le pouvoir adjudicateur procédera dans ce cas au calcul de moyenne des pourcentages de remises proposés afin de pouvoir comparer les offres entre elles.

Chaque sous-critère est comptabilisé comme suit :

Sous-critères	Points
Prix du véhicule entièrement équipé	15 points
% de réduction sur la fourniture de pièces détachées d'origine	7 points
Taux horaire de la main d'œuvre	5 points
Forfait déplacement d'un technicien	3 points

▷ Prix du véhicule toutes options obligatoires comprises

- 15 points pour le prix le moins élevé
- 10 points pour le second prix le moins élevé
- 5 points pour le troisième prix le moins élevé
- 0 point à partir des prix suivants

▷ % de réduction sur la fourniture de pièces détachées taux horaire de la main d'œuvre, forfait déplacement d'un technicien : les points seront attribués par application de la règle de trois au pourcentage de remise le plus élevé, au taux horaire de la main d'œuvre le moins élevé et au forfait déplacement d'un technicien le moins élevé.

3. Garantie en mois (20 points)

Les délais de garantie sur erreurs de fabrication du matériel proposé sont à préciser en mois par le soumissionnaire dans son offre. Les points seront attribués par application de la règle de trois aux délais indiqués.

Cotation finale

Pour chaque lot, les cotations relatives aux trois critères d'attribution seront additionnées. Le marché sera attribué au soumissionnaire qui obtient la note finale la plus élevée.

3. Le jour de l'ouverture des offres, le 10 novembre 2016, trois offres sont déposées, par les soumissionnaires suivants :

- S.A. Etablissements G.D.A. pour les lots 1, 2 et 3;
- SPRL ITM SUD pour les lots 1 et 2;
- S.A.S. EUROPE pour le lot 3.

4. Un rapport d'analyse des offres est établi.

Pour le lot 3, l’auteur du rapport conclut que les deux soumissionnaires (la requérante et la société S.A.S. EUROPE) peuvent être sélectionnés et que les deux offres sont régulières.

La comparaison des offres au regard de l’ensemble des critères d’attribution donne les résultats suivants, sur la base desquels est établi le classement final :

CLASSEMENT DES OFFRES SELON LA COTATION DES CRITERES

Critères	SAS EUROPE SERVICE	GDA SA
Valeur technique (20 points)	17,78	16,30
Qualité du matériel proposé (30 points)	30	15
Prix (30 points)	28,01	18
Garantie en mois (20 points)	20	20
TOTAL des points (100 points)	95,79	69,30

En ce qui concerne plus particulièrement l’évaluation des offres au regard des critères « qualité du matériel » et « prix », les auteurs du rapport notent ce qui suit :

ÉTABLISSEMENT DE LA COTATION SELON LE CRITÈRE QUALITÉ DU MATÉRIEL PROPOSÉ (30 points)

Un essai de démonstration a été réalisé conformément aux dispositions du cahier spécial des charges. Les soumissionnaires se sont vus attribuer les points suivants :

	SAS EUROPE SERVICE	GDA SA
Efficacité du nettoyage	10/10 – Le résultat du nettoyage après premier passage de la machine sur la partie “clinkers” et béton de la place du Bourdon à Charleroi présente le meilleur résultat. Pas de trace résiduelle après le premier passage. Bonne aspiration de l’eau même en marche arrière. La cloche de nettoyage haute pression peut se déplacer sur son chariot de gauche à droite ainsi que de quelques centimètres en déport du véhicule, ce qui contribue à accroître l’efficacité du nettoyage.	5/10 – Le résultat du nettoyage après premier passage de la machine sur la partie “clinkers” et béton de la place du Bourdon à Charleroi présente le second meilleur résultat final. En effet, nous avons pu observer quelques traces résiduelles (déjections canines et traces vertes) après le premier passage.
Précision des manœuvres	10/10 – Le rayon de braquage, les 4 roues directrices ainsi que la configuration de la machine ont permis d’observer une grande précision des manœuvres notamment	5/10 – Nous considérons que la précision des manœuvres est bonne mais néanmoins pas la meilleure entre les deux soumissionnaires notamment autour des potelets de la place.

	autour des potelets de cette place et à proximité des voitures présentes.	
Ergonomie des commandes	10/10 – Le poste de commande de la machine présente la meilleure ergonomie parmi les soumissionnaires. Ce qui explique notamment la bonne précision des manœuvres.	5/10 – Nous considérons que l’ergonomie des commandes est bonne mais néanmoins pas la meilleure entre les 2 soumissionnaires.
TOTAL	30 points sur 30 points	15 points sur 30 points

En ce qui concerne le prix, l’analyse est la suivante :

ÉTABLISSEMENT DE LA COTATION SELON LE CRITÈRE PRIX (30 points)

Critères	S.A.S EUROPE SERVICE	GDA SA
Prix du véhicule entièrement équipé (15 points)	172.425,00 € TVAC 15 points	179.080, 00 € TVAC 10 points
% de réduction sur les fournitures de pièces détachées d’origine (7 points)	20 % 7 points	0 % 0 points
Taux horaire de la main d’œuvre (5 points)	105,27 € TVAC 3, 45 points	72,60 € TVAC 5 points
Forfait déplacement d’un technicien (3 points)	477,95 € TVAC 2, 56 points	407,77 € TVAC 3 points
TOTAL	28, 01 points sur 30 points	18 points sur 30 points

5. Le 29 décembre 1016, la partie adverse attribue le marché (lot 3) à SAS EUROPE SERVICE. Il s’agit de l’acte attaqué dans le présent recours.

Cette décision est communiquée à la requérante par un courrier recommandé du 24 janvier 2017.

Le même jour, la partie adverse décide d’attribuer les lots 1 et 2 à la société ITM SUD. Ces décisions font l’objet d’un autre recours, enrôlé sous le n° G.A 221.771/VI-20.995.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse des parties

A. La requête

La requérante soulève un premier moyen pris « de la violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; de l’article 96 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011

relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; [...] des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ».

Dans une première branche, la requérante soutient que le cahier spécial des charges est illégal. Elle relève que le critère « qualité du matériel proposé » est évalué « sur base d'une démonstration et d'un essai du véhicule proposé par le personnel du service propreté de la Ville de Charleroi ». Selon elle, une telle méthode méconnaît la notion de critère d'attribution.

Elle rappelle qu'un critère d'attribution doit permettre d'apprécier la valeur intrinsèque de l'offre. Elle estime que le critère ainsi défini « évalue non pas l'offre des soumissionnaires, mais les prestations réalisées lors de la séance de démonstration et d'essai ». Elle fait référence, à cet égard, à l'arrêt n° 204.259 du 25 mai 2010, dans lequel le Conseil d'État a, dans le cadre d'un marché public de services informatiques, censuré le critère « valeur technique » à apprécier « selon une évaluation faite par le pouvoir adjudicateur d'un exercice développé après l'ouverture des offres et réalisé par chacun des soumissionnaires ». Le Conseil d'État avait considéré, dans ce cas, que « l'élément prépondérant de la valeur intrinsèque de l'offre n'est pas examiné sur la base de l'offre remise le jour du dépôt des offres mais bien sur la base d'une évaluation de prestations postérieures à l'ouverture des offres ».

Selon la requérante, l'autorité ne peut avoir égard à des éléments postérieurs au dépôt de l'offre. Elle estime que, « une fois déposée, l'offre est "cristallisée" et ne peut être modifiée » et qu'« en dehors de l'hypothèse stricte où l'autorité peut demander à un soumissionnaire de préciser tel ou tel aspect de son offre, il ne peut être tenu compte d'éléments postérieurs au dépôt de l'offre ». Selon la requérante, en ne restant pas dans les limites étroites de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse a violé cette disposition.

Enfin, la requérante rappelle qu'un pouvoir adjudicateur « ne peut se réserver une liberté de choix inconditionnée en recourant à des critères vagues, aléatoires ou imprécis ». En l'espèce, selon elle, la partie adverse s'est réservée une liberté inconditionnée d'appréciation « en se réservant d'apprécier le critère litigieux sur base d'une démonstration et d'un essai fait par son propre personnel - essai dont les conditions n'ont du reste pas été annoncées dans les documents du marché ».

Dans une seconde branche, la requérante rappelle que le critère « qualité du matériel proposé » comporte trois sous-critères : efficacité du nettoyage, précision des manœuvres et ergonomie des commandes.

Elle critique tout d'abord la manière dont l'efficacité du nettoyage a été testée, en rapportant que la partie adverse a demandé l'arrosage puis l'aspiration de déjections canines, alors que, selon elle, une arroseuse est destinée au lavage des sols et non à l'enlèvement des déchets s'y trouvant. Elle souligne, à cet égard, que la cloche de nettoyage est munie d'une « jupe » destinée à écarter les déchets du dispositif et que l'aspiration de l'eau souillée par les déjections canines est contre-indiquée et pose un problème de salubrité, dans la mesure où l'eau sale stockée dans la citerne ne reçoit aucun traitement. Elle relève que sa machine est munie d'une pompe procurant une pression supérieure à la machine de l'attributaire et que cela doit se traduire par un nettoyage plus efficace, ce que le test n'a pas permis de démontrer. La requérante estime qu'« en procédant à ce test, dont les conditions n'étaient pas annoncées dans les documents du marché, la partie adverse a méconnu le principe de transparence qui s'impose à elle ».

La requérante critique ensuite l'analyse de la précision des manœuvres par la partie adverse. Elle relève que le rayon de braquage a été valorisé deux fois, puisqu'il faisait déjà l'objet d'un item dans le cadre du critère de « valeur technique ». Elle estime en outre que « la précision d'une manœuvre n'est pas en corrélation avec le rayon de braquage ». Elle estime que la valorisation des quatre roues directrices fait double emploi avec le rayon de braquage. Elle considère que la configuration de la machine n'a aucune signification en rapport avec la précision des manœuvres. Selon la requérante, « la partie adverse n'a pas apprécié la précision des manœuvres pourtant annoncée dans le cahier spécial des charges, mais d'autres caractéristiques du véhicule proposé ».

Enfin la requérante critique l'appréciation selon laquelle le poste de commande de la machine de l'attributaire présente la meilleure ergonomie, ce qui explique notamment la bonne précision des manœuvres. Elle estime que la partie adverse fait un amalgame entre deux sous-critères et qu'elle n'exécute pas le test qu'elle avait annoncé.

La requérante conclut que « la motivation est purement tautologique [...] ou encore inadéquate ».

B. Le mémoire en réponse

La partie adverse s'interroge sur la recevabilité de la première branche du moyen. Elle observe que le cahier spécial des charges annonçait très clairement que la qualité du matériel proposé serait évaluée sur la base d'une démonstration et d'un essai du véhicule proposé par le personnel du Service de propreté de la ville. La partie adverse s'étonne que la requérante remette en cause, pour la première fois, la faculté d'organiser une démonstration « alors même qu'elle a expressément acquiescé à un tel procédé au moment de déposer son offre ».

La partie adverse précise qu'elle n'ignore pas la jurisprudence « *Labonorm* », qu'elle rappelle. Mais elle estime que ces enseignements ne sont pas transposables au cas d'espèce, « dans lequel la requérante a consenti par écrit et de façon expresse, inconditionnelle et inéquivoque à la disposition litigieuse du cahier spécial des charges ». Par ailleurs, elle met en exergue l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *eVigilo*, du 12 mars 2015 (C-538/13), dont elle reproduit le passage qui suit :

« 55 (...) Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si le soumissionnaire concerné était effectivement incapable de comprendre les critères d'attribution en cause ou s'il aurait dû les comprendre en appliquant le standard d'un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent.

56 Dans le cadre de cet examen, doit être pris en compte le fait que le soumissionnaire concerné et les autres soumissionnaires ont été capables de soumettre des offres et que le soumissionnaire concerné, avant la soumission de son offre, n'a pas demandé d'éclaircissements au pouvoir adjudicateur.

57 S'il résulte de cet examen que les conditions de l'appel d'offres étaient effectivement incompréhensibles pour le soumissionnaire et qu'il a été empêché d'introduire un recours dans le délai prévu par le droit national, il est recevable à introduire un recours jusqu'à l'expiration du délai prévu relatif à la décision d'attribution du marché.

58 Par conséquent, il convient de répondre à la première question, (...) qu'un droit de recours relatif à la légalité de l'appel d'offres (doit être) accessible, après l'expiration du délai prévu par le droit national, à un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent qui n'a pu comprendre les conditions de l'appel d'offres qu'au seul moment où le pouvoir adjudicateur, après avoir évalué les offres, a fourni des informations exhaustives sur les motifs de sa décision. Un tel droit de recours peut être exercé jusqu'à l'expiration du délai de recours contre la décision d'attribution du marché ».

Elle indique que « ces enseignements ont ensuite été entérinés par la jurisprudence des chambres néerlandophones du Conseil d'État » et fait notamment référence à l'arrêt n° 235.294 du 30 juin 2016, *NV Middelkerke Casino Kursaal*.

Transposant cette jurisprudence au cas d'espèce, la partie adverse indique que « la requérante ne démontre pas que la disposition litigieuse du cahier spécial aurait été impossible à comprendre avant l'évaluation des offres par le pouvoir adjudicateur et la transmission de la décision motivée y relative ». Elle estime, au contraire que « l'engagement écrit déposé par la requérante dans son offre démontre qu'elle était parfaitement au fait de l'intention du pouvoir adjudicateur d'organiser une séance de démonstration pratique de la machine et de faire entrer en ligne de compte le résultat de l'essai dans l'évaluation des offres des soumissionnaires ». Selon la partie adverse, « la requérante, qui n'a formulé aucune interrogation ou objection quant à la disposition litigieuse du cahier spécial des charges lors du dépôt de son offre, n'est donc plus recevable à en critiquer la légalité dans le cadre du présent recours ».

À titre subsidiaire, la partie adverse fait valoir que la première branche du moyen est à tout le moins irrecevable en ce qu'elle est tirée de la violation de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Selon elle, la requérante ne précise pas en quoi chacun des quatre paragraphes de cette disposition aurait été violé. La partie adverse souligne qu'aucune des mécanismes prévus par l'article 96 n'a été mise en œuvre en l'espèce.

À titre plus subsidiaire encore, la partie adverse estime que la première branche du moyen est non fondée.

Elle estime qu'aucune des dispositions visées dans le moyen ne fait obstacle à ce qu'une séance de démonstration soit organisée par le pouvoir adjudicateur, pour autant, bien entendu, que cette séance ne soit pas l'occasion pour les soumissionnaires de procéder à une modification de leur offre ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

La partie adverse ne remet pas en cause les principes soulevés par la partie requérante, mais elle n'aperçoit pas en quoi il en découlerait une interdiction de procéder à l'organisation d'une séance de démonstration du produit faisant l'objet de l'offre. Elle souligne que c'est bien le véhicule décrit dans l'offre qui a fait l'objet de la démonstration (et pas un autre) et qu'aucun élément postérieur à l'offre n'a été pris en considération à l'occasion de l'essai. Selon la partie adverse, « le critère d'attribution "qualité du matériel proposé" permettait donc bel et bien d'apprécier la valeur intrinsèque de l'offre, c'est-à-dire du véhicule ».

Enfin, la partie adverse n'aperçoit pas en quoi les sous-critères « efficacité du nettoyage », « précisions des manœuvres » et « ergonomie des commandes » seraient vagues ou imprécis, ou réserveraient au pouvoir adjudicateur une liberté de choix inconditionnée.

La partie adverse distingue le cas d'espèce de celui ayant donné lieu à l'arrêt n° 234.487 du 22 avril 2016, *sa Peps Interim*. Elle relève que l'irrégularité constatée par le Conseil d'État « ne résultait [...] pas de la circonstance que le pouvoir adjudicateur avait évalué les offres sur la base d'une séance de démonstration du logiciel faisant l'objet du marché, mais du fait qu'à l'occasion de cette séance, les soumissionnaires avaient procédé à une modification de leur offre en mettant en exergue de nouvelles fonctionnalités dont ils n'avaient pas initialement fait état et qui ont été prises en compte par le pouvoir adjudicateur ».

Elle distingue aussi le cas d'espèce de celui ayant donné lieu à l'arrêt *Aubay*, invoqué par la partie requérante en relevant que « le critère valeur technique du service proposé sur base du “proof concept” [...] avait été jugé illégal dès lors qu'il ne visait pas à évaluer la valeur intrinsèque de l'offre, à savoir la qualité du logiciel faisant l'objet du marché, mais les capacités techniques des soumissionnaires ».

S'agissant de la seconde branche, la partie adverse reproduit la motivation des points attribués aux soumissionnaires pour le critère litigieux. Elle en déduit que « cette motivation permet à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a estimé que la machine proposée par l'attributaire du marché était, en chacun de ses aspects, plus efficace et de meilleure qualité que celle proposée par la requérante ».

Elle soutient qu'il est inexact d'affirmer que l'aspiration de déjections canines a été demandée. Selon elle, le lavage du sol a été demandé, mais il a été constaté qu'après un premier passage de la machine proposée par la requérante, il restait des traces, notamment de résidus de déjections canines. La partie adverse confirme que l'arroseuse a pour fonction de « décaper », ce qui exclut effectivement l'enlèvement des déchets mais inclut bel et bien le nettoyage des traces.

La partie adverse ne parvient pas à saisir en quoi la précision des manœuvres n'engloberait pas des éléments tels que le rayon de braquage, les quatre roues directrices ou la configuration de la machine.

Elle indique qu'elle n'a pas commis d'amalgame entre les premier et troisième sous-critères. Ayant égard à l'ergonomie des véhicules, elle a estimé que celle du véhicule proposé par EUROPE SERVICE est la meilleure, ajoutant, à titre surabondant, que cette bonne ergonomie contribue, notamment, à la bonne précision des manœuvres.

Surabondamment, la partie adverse constate que pour chacun des trois sous-critères, le pouvoir adjudicateur n'aurait donc pas respecté la règle qu'il s'était fixée. Elle relève que ni le cahier spécial des charges, ni le principe *patere legem quam ipse fecisti* ne figurent parmi les dispositions et principes dont la violation est alléguée et s'interroge donc sur la question de savoir « si cette branche du moyen ne devrait pas être déclarée irrecevable ou à tout le moins non fondée en raison de la seule circonstance que ce ne sont pas les principes et dispositions visés au moyen qui imposent au pouvoir adjudicateur de respecter la règle qu'il s'est fixée, mais un principe non visé au moyen ».

Enfin, à titre subsidiaire, la partie adverse s'interroge sur l'intérêt que présenterait pour la requérante la critique relative à la motivation formelle des points attribués aux soumissionnaires. Selon elle, « il apparaît de façon très claire, à la lecture du comparatif des deux démonstrations, que son auteur a jugé que l'engin proposé par EUROPE SERVICE était, en tous ses aspects, supérieur à celui proposé par la requérante ». Elle estime, en conséquence, que « le caractère prétendument succinct ou inadéquat de la motivation, à le supposer même avéré, n'a pas eu d'incidence sur le sens de la décision prise et n'a privé la requérante d'aucune garantie ». En application de l'article 14, § 1^{er}, 2^o, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la seconde branche du moyen serait irrecevable.

C. Le mémoire en réplique

Sur la première exception d'irrecevabilité, la partie requérante réplique que la décision finale d'attribution d'un marché public est le fruit d'une opération complexe, jalonnée de plusieurs étapes décisionnelles telle l'adoption d'un cahier spécial des charges et estime que, dans ce cas, les illégalités d'actes antérieurs peuvent être invoquées de manière incidente lors d'un recours dirigé contre la décision finale.

Selon elle, « l'enseignement de l'arrêt 125.173 du 2 décembre 2005, *LABONORM*, rendu en assemblée générale par le Conseil d'État, n'est pas infirmé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ». Elle se réfère, à cet

égard, à l'arrêt C.E. 232.078 du 26 août 2015, *S.P.R.L. SHS COMPUTER*, dans lequel le Conseil d'État a rejeté une exception similaire.

Sur la seconde exception d'irrecevabilité, la partie requérante réplique que le recours en annulation précise en quoi consiste la méconnaissance de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Sur le fond, la partie requérante réplique que le critère « qualité du matériel proposé » ne porte pas sur l'évaluation de l'offre elle-même, mais sur les prestations réalisées - certes avec le matériel proposé - lors de la séance de démonstration. Elle fait valoir qu'« un matériel de qualité, manipulé par un opérateur médiocre, engendre une cotation faible, alors qu'un matériel de moindre qualité, sous la conduite d'un opérateur habile, recueille un nombre supérieur de points ». Selon elle, le critère ne permet donc pas d'apprécier la qualité intrinsèque de l'offre.

Elle souligne que, la séance de démonstration étant postérieure à l'offre, la partie adverse a nécessairement pris en considération des éléments postérieurs, soit les prestations réalisées au cours de cette démonstration, en méconnaissance du principe de cristallisation des offres au jour de leur dépôt.

Enfin, elle estime avoir expliqué dans son recours en quoi les sous-critères sont vagues, imprécis et réservent à la partie adverse une liberté inconditionnée. Elle indique avoir notamment opéré un renvoi à la seconde branche et au défaut de motivation en la forme. Selon elle, sa critique reste sur ce point sans réponse.

Sur l'absence d'intérêt au moyen en tant qu'il est pris du défaut de motivation formelle, la partie requérante réplique, doctrine et jurisprudence à l'appui, que l'obligation de motivation formelle n'a pas pour seul but d'informer le destinataire de l'acte, mais aussi de contraindre l'administration à un travail rigoureux et de favoriser le contrôle juridictionnel des actes administratifs. Elle rappelle que « la Cour Constitutionnelle confirme l'importance de la motivation formelle tant pour le destinataire de la décision que pour la juridiction appelée à statuer sur ses mérites » et affirme que « le respect des formes interagit étroitement avec le fond même de la décision ». Elle estime avoir intérêt au moyen, « à l'instar des nombreuses parties recevables à invoquer quotidiennement la violation de la législation relative à la motivation formelle des actes administratifs ».

- Sur l'exception déduite du fait que la requérante n'invoque ni le principe *patere legem*, ni le cahier des charges, elle réplique qu'elle vise la violation des articles 5 et

25 de la loi du 15 juin 2006 qui contiennent notamment le principe de transparence et l'obligation de respecter les critères d'attribution. Elle note que le moyen « vise aussi le défaut de motivation en la forme, lequel induit un contrôle de légalité interne ».

- Sur le sous-critère « efficacité du nettoyage », la partie requérante note que la partie adverse admet que l'engin faisant l'objet du lot 3 n'est pas destiné à aspirer les déjections canines et qu'un test portant sur l'aspiration de tels déchets serait dès lors inadéquat, outre le fait qu'il n'était pas annoncé dans les documents du marché. La requérante en déduit que « la question se résume donc à une question de preuve ou de charge de la preuve ». La requérante estime que la distinction faite entre l'enlèvement de déjections canines et le nettoyage de leurs résidus est « spécieuse » et ne repose pas sur la motivation de l'acte attaqué.

Subsidiairement, elle estime qu'il appartient à la partie adverse de prouver la légalité de son action, et constate qu'aucune pièce du dossier administratif ne soutient les allégations de la partie adverse sur la nature exacte du test imposé.

Enfin, « pour autant que de besoin, la requérante prend un moyen nouveau, pris de la violation du principe de légalité et de motivation interne, en ce que le dossier administratif ne comporte aucune pièce établissant la réalité des faits invoqués par la partie adverse au numéro 17 de son mémoire en réponse ».

- Sur le sous-critère « précision des manœuvres », la requérante réplique que le rayon de braquage fait partie des caractéristiques évaluées à un autre titre et relève qu'une manœuvre « peut être tout aussi précise avec un rayon de braquage court ou long ». Elle formule les mêmes remarques à propos de la présence de quatre roues directrices.

- Sur le sous-critère « ergonomie des commandes », elle réplique que si l'appréciation relative aux manœuvres est surabondante, la motivation formelle se limite à affirmer que l'ergonomie de la machine de l'attributaire est meilleure, et celle de la requérante inférieure, sans indiquer en quoi consiste cette supériorité ou cette infériorité, ce qui induit un défaut de motivation. Elle ajoute que « rien dans l'acte attaqué n'accrédite ce caractère surabondant ».

- Sur le défaut de motivation formelle la partie requérante répète que la motivation relative au premier sous-critère se révèle inadéquate, de même que celle relative au deuxième sous-critère et que la motivation du troisième sous-critère est soit inexistante soit inadéquate.

D. Dernier mémoire de la requérante avant réouverture des débats

La requérante fait valoir ce qui suit :

« Première branche (illégalité du cahier spécial des charges)

4.- L'évaluation du critère "qualité du matériel proposé" a été annoncée comme "effectuée sur base d'une démonstration et d'un essai du véhicule proposé par le personnel du service propreté de la Ville de Charleroi".

5.- Le rapport sur l'affaire expose que "la démonstration n'a pas fait l'objet d'une évaluation, comme le prétend la requérante; la démonstration est une méthode d'évaluation du matériel proposé dans l'offre" et poursuit que "l'article 25 - ni aucune autre disposition - ne s'oppose à une telle méthode d'évaluation, qui est au demeurant assez fréquente".

6.- La partie requérante ne peut souscrire à la distinction ainsi opérée. En effet, quels que soient les mots utilisés, il n'en demeure pas moins que la partie adverse n'a pas apprécié la valeur intrinsèque des offres telles que déposées, mais les prestations accomplies lors d'un exercice réalisé après dépôt des offres, ce qui lui a permis de prendre en considération des éléments qui, nécessairement, n'étaient pas inclus dans l'offre.

7.- La lecture du rapport d'analyse des offres le confirme. Le rapport sur l'affaire également, lorsqu'il indique que : "Selon la méthode d'évaluation annoncée, le pouvoir adjudicateur devait attribuer □10 points pour la meilleure performance□ et □5 points pour la seconde meilleure performance□. Les performances se limitent aux observations faites lors de la démonstration".

8.- Non seulement la partie adverse a analysé ces performances, mais cette analyse a induit des conclusions opposées à l'analyse de l'offre proprement dite : ainsi, l'offre de la requérante renseignait une puissance de pompe supérieure à celle de l'autre candidat, ce qui aboutit à la conclusion que la fourniture proposée est supérieure, au point de vue de l'efficacité du nettoyage. Mais l'exercice réalisé a inversé ce constat, ce que le rapport sur l'affaire justifie comme suit : "Le fait que la pression de la pompe de la partie requérante soit théoriquement supérieure à celle de l'adjudicataire ne suffit pas à établir que le résultat du nettoyage après un premier passage était effectivement supérieur en fait. Le but de la démonstration étant, précisément, de vérifier les performances de chaque engin en conditions réelles". Il se démontre ainsi que la démonstration a bel et bien fait l'objet d'une évaluation.

9.- Partant, la première branche du moyen est fondée.

10.- Le critère n'est pas adéquat, en ce qu'un matériel de qualité, manipulé par un opérateur médiocre, engendre une cotation faible, alors qu'un matériel de moindre qualité, sous la conduite d'un opérateur habile, recueille un nombre supérieur de points. La notation ne porte pas sur le matériel proposé, mais sur la manière de s'en servir.

11.- Outre que l'habileté d'un opérateur n'est pas pertinente, les soumissionnaires n'ont aucune maîtrise sur cet opérateur et sur son aptitude plus ou moins grande à utiliser la machine proposée au mieux de ses potentialités, puisqu'il s'agit du personnel de la partie adverse elle-même.

12.- Le critère ne permet donc pas d'apprécier la qualité intrinsèque de l'offre.

13.- En sa première branche, le moyen est bien fondé.

Seconde branche (application illégale du cahier spécial des charges)

14.- En substance, la seconde branche porte sur le critère "qualité du matériel proposé" et ses trois sous-critères : l'efficacité du nettoyage a été jugée sur base d'un test non annoncé et inadéquat pour juger de ce sous-critère; la précision des manœuvres a été appréciée sur base d'éléments sans rapport avec la précision; l'ergonomie ne fait l'objet d'aucune appréciation.

15.- La requérante vise également un défaut de motivation sur ces trois éléments.

Remarques générales

16.- Pour chaque sous-critère, le rapport sur l'affaire considère que, les critiques en fait de la partie requérante ne permettent pas de remettre en cause les constats consignés dans le rapport d'analyse des offres, qui fait foi jusqu'à la preuve contraire. Mais le rapport expose également que, "le but de la motivation, qui consiste dans le relevé - succinct - des observations faites lors de la démonstration, permet de comprendre les mérites respectifs des deux offres. Elle est adéquate et suffisante. Le but de la motivation n'est pas de servir de preuve formelle des observations faites lors de la démonstration, mais de permettre aux soumissionnaires non retenus de connaître les motifs de leur éviction".

17.- Selon la requérante, ces deux propositions sont contradictoires.

À propos du premier sous-critère "qualité du nettoyage"

18.- Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que le test de nettoyage n'incluait pas l'aspiration de déjections canines. Pourtant :

- la décision attaquée note négativement l'offre de la requérante au motif qu'après un premier passage, elle a relevé des traces résiduelles de telles déjections, ce qui suppose nécessairement la présence de déjection avant passage;
- rien dans le dossier administratif, n'accrédite ce propos de la partie adverse qui n'existe que dans un écrit de procédure.

19.- Il est de jurisprudence constante que "Le contrôle du Conseil d'État sur la matérialité des faits et leur qualification est complet". Pour effectuer ce contrôle, le Conseil d'État dispose du dossier administratif. Or, ce dernier ne permet pas d'étayer le propos de la partie adverse.

20.- Dans la mesure où la partie adverse admet que l'engin de nettoyage visé par le marché n'est pas destiné à l'enlèvement des déchets, notamment des déjections canines, il se confirme ainsi :

- que ce test n'est pas adéquat pour apprécier l'efficacité du nettoyage;
- que ce test n'avait pas, comme tel, été annoncé dans les documents du marché, de manière telle que le grief de la requérante est bien fondé.

Sur le sous-critère "précision des manœuvres"

21.- La maniabilité d'un engin est une chose, la précision des manœuvres en est une autre.

22.- La motivation critiquée dispose que "la précision des manœuvres est bonne mais néanmoins pas meilleure", ce qui pourrait être la conclusion de l'analyse, mais nullement sa motivation, également critiquée par le moyen.

Sur le sous critère “ergonomie des commandes”

23.- Le rapport sur l’affaire estime que la motivation critiquée est une considération surabondante.

24.- Mais rien dans l’acte attaqué n’accrédite ce caractère surabondant. Lorsqu’une décision administrative se fonde sur plusieurs motifs, en l’absence de précision sur le caractère déterminant de chacun de ceux-ci, ces motifs apparaissent également nécessaires et l’illégalité de l’un d’entre eux suffit à entraîner celle de l’intégralité de l’acte attaqué

En outre, si ce motif est surabondant, il faut alors constater que la motivation sur l’ergonomie se borne à affirmer que l’ergonomie de la machine de l’attributaire est meilleure, et celle de la requérante inférieure, sans indiquer en quoi consiste cette supériorité ou cette infériorité : ce qui induit une absence totale de motivation.

26.- Le premier moyen est fondé »

E. Dernier mémoire de la partie adverse avant réouverture des débats

« -1. En ce qui concerne la recevabilité et le fondement des moyens soulevés par la partie requérante, la partie adverse se réfère au rapport de Madame le Premier Auditeur, sous réserve de son analyse relative à la recevabilité de la première branche du premier moyen.

-2. La partie requérante ne peut suivre Madame le Premier Auditeur, lorsqu’elle affirme que: “Conformément à la jurisprudence *Labonorm* d’assemblée générale, le moyen pris de l’illégalité des critères d’attribution peut être soulevé dans le cadre du recours dirigé contre la décision d’attribution. L’absence de recours introduit initialement contre les documents du marché ne peut être considérée comme un □acquiescement□ aux critères et méthodes d’évaluation annoncés, privant la partie requérante d’invoquer leur illégalité à l’appui d’un recours dirigé contre la décision d’attribution. Le moyen n’est pas tardif et la partie requérante a intérêt à la soulever. L’hypothèse précise ayant donné lieu à la jurisprudence *GROSSMAN* n’est pas rencontrée en l’espèce et la jurisprudence *eVIGILO* n’impose pas aux juridictions nationales de déclarer le moyen irrecevable. Le moyen est recevable dans sa première branche”.

En effet, la partie adverse rappelle que les enseignements de la jurisprudence *Labonorm* ne sont pas transposables au cas d’espèce, puisque la partie requérante a consenti par écrit et de manière expresse, inconditionnelle et non équivoque à la disposition litigieuse du cahier spécial des charges.

De plus, l’enseignement de la jurisprudence *eVIGILO* s’applique bien au cas d’espèce, contrairement à ce que soutient Madame le Premier Auditeur.

La Cour indique : “Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si le soumissionnaire concerné était effectivement incapable de comprendre les critères d’attribution en cause ou s’il aurait dû les comprendre en appliquant le standard d’un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent”.

La Cour conclut qu’un droit au recours doit être prévu par le droit national à un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent qui n’a pu comprendre les conditions de l’appel d’offre qu’au seul moment où le pouvoir adjudicateur, après avoir évalué les offres, a fourni des informations exhaustives sur les motifs de sa décision.

La partie requérante a été raisonnablement informée et a pu comprendre les conditions de l’appel d’offres. Elle n’expose pas les raisons pour lesquelles il lui aurait été impossible de comprendre la manière dont les offres ont été évaluées par le pouvoir adjudicateur. En tout état de cause, elle n’est plus recevable à critiquer la disposition du cahier spécial des charges visée.

En effet, vu l’enseignement de l’arrêt *eVIGILO*, la partie requérante ne peut plus

exercer un recours à l'encontre de cette disposition, puisqu'elle n'a formulé aucune interrogation ou objection quant à la disposition litigieuse du cahier spécial des charges lors du dépôt de son offre. Le rapport sur l'affaire ne peut donc être suivi sur ce point, de telle sorte que la première branche du premier moyen est irrecevable. Pour le surplus, il est renvoyé au mémoire en réponse et au rapport sur l'affaire, desquels il ressort que les moyens sont irrecevables, ou à tout le moins, non fondés. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Première branche

Le moyen dénonce l'illégalité du sous-critère « B. Qualité du matériel proposé : 30 points » du premier critère d'attribution, en tant que les documents du marché prescrivent que les offres doivent être évaluées, au regard de ce sous-critère, sur la base d'une démonstration et d'un essai du véhicule proposé, par le personnel du service propriété de la partie adverse.

Quant à la recevabilité du moyen en sa première branche

La partie adverse conteste avant tout la recevabilité du premier moyen, en sa première branche, faisant valoir, en fait, que la requérante s'était expressément engagée à effectuer la démonstration du matériel proposé prévue aux fins de l'évaluation de ce matériel et tirant argument de cet engagement pour soutenir qu'elle n'est plus recevable à critiquer la légalité de la prescription litigieuse dans le cadre du présent recours. Plus généralement, elle lie l'irrecevabilité du moyen au fait que la requérante n'avait formulé, au sujet de la prescription litigieuse, aucune interrogation ou objection lors du dépôt de son offre.

Un arrêt n° 152.173, prononcé par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif (alors dénommée section d'administration) du Conseil d'État le 2 décembre 2005 en cause de s.a. Labonorm c/ Province de Flandre orientale, retient notamment ce qui suit :

« Considérant qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief; que c'était le cas en l'espèce dès lors que la partie requérante, vu la prescription du cahier spécial des charges qui requérait la

possession d'un certificat ISO-9002 dont elle ne disposait pas, pouvait s'attendre à ce que son offre fût refusée et que le marché ne lui fût pas attribué;
Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges;
Considérant que l'exception d'irrecevabilité est dès lors rejetée ».

Il se déduit de cet arrêt – sauf à en priver de sens l'enseignement jurisprudentiel – que la partie requérante peut soulever un moyen dénonçant l'illégalité des documents du marché à l'appui d'un recours dirigé contre la décision d'attribution.

Sur ce point, cette jurisprudence garde toute son actualité dans le contentieux des marchés publics. Elle ne peut, en particulier, être remise en cause au regard de l'arrêt *eVigilo*, prononcé le 12 mars 2015 par la Cour de justice de l'Union européenne en la cause C-538/13, auquel la partie adverse se réfère à l'appui de l'exception d'irrecevabilité du moyen. Il ressort, en effet, de cet arrêt qu'un recours relatif à la légalité des conditions du marché doit être accessible, après l'expiration du délai prévu par le droit national, à un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent qui n'a pu comprendre les conditions de l'appel d'offres qu'au seul moment où le pouvoir adjudicateur, après avoir évalué les offres, a fourni des informations exhaustives sur les motifs de sa décision. Cet enseignement doit se comprendre en ce sens que la légalité des conditions du marché doit pouvoir être contestée – fût-ce incidemment – jusqu'à l'expiration du délai de recours contre la décision d'attribution du marché. Cet arrêt ne peut, en revanche, être compris en ce sens qu'il serait imposé aux juridictions nationales de limiter dans le temps la possibilité de dénoncer – même incidemment – l'illégalité des documents du marché.

La jurisprudence *Labonorm* précitée n'apparaît, par ailleurs, pas devoir être remise en cause – pour l'examen du présent recours et au vu du cas d'espèce qui est soumis au Conseil d'État – par celle – évoquée dans le cadre de la présente procédure – de l'arrêt *Grossman* prononcé par la Cour de justice de l'Union européenne le 12 février 2004 (affaire C-230/02), soit avant l'arrêt *Labonorm*. La réponse apportée aux questions préjudicielles par la Cour de justice dans son arrêt du 12 février 2004 se comprend en ce sens qu'elle permet – mais n'impose pas – de limiter la recevabilité du moyen pris de l'illégalité des documents du marché, soulevé dans le cadre d'un recours contre la décision d'attribution, dans les circonstances

précises – et cumulatives – où le requérant n’a pas participé à la procédure d’attribution et n’a pas introduit de recours contre la décision qui, à son estime, l’en excluait. Or, en l’espèce, cette hypothèse précise qui a donné lieu à la jurisprudence *Grossman* n’est pas rencontrée, puisque la requérante a participé à la procédure d’attribution du marché.

En toute hypothèse, la partie adverse ne remet pas en cause la jurisprudence *Labonorm*, en tant que telle : elle soutient que l’enseignement de celle-ci ne serait pas applicable en l’espèce, dès lors que la requérante avait « consenti par écrit et de façon expresse, inconditionnelle et inéquivoque à la disposition litigieuse du cahier spécial des charges, ce qui n’était pas le cas dans l’affaire *Labonorm* ».

En acceptant de se soumettre au test dont les documents du marché prévoyaient l’organisation, la requérante ne peut être présumée ni avoir accepté la légalité de la prescription relative à ce test, ni, *a fortiori*, avoir renoncé à critiquer cette prescription dans le cadre d’un recours à diriger, le cas échéant, contre la décision d’attribution du marché. Prétendre identifier dans l’engagement à se soumettre à un test imposé par la partie adverse un consentement inconditionnel à la disposition qui impose celui-ci et une renonciation à contester la légalité de celle-ci procède d’un postulat qui n’est pas vérifié en l’espèce : la partie adverse ne fait état d’aucun élément qui lui permettrait d’interpréter dans le sens plaidé, et autrement que par supputation, l’acceptation du test qu’elle invoque pour dénoncer l’irrecevabilité d’une critique qu’elle reproche à la requérante de n’avoir pas formulé dès qu’elle avait eu connaissance de la prescription litigieuse.

Outre que ne peut être admis cet argument factuel de l’engagement à accomplir le test prévu sur lequel la partie adverse entend fonder son exception d’irrecevabilité du moyen, la thèse qu’elle semble défendre plus largement et selon laquelle l’absence d’interrogation ou d’objection adressée à la partie adverse dès la prise connaissance de la prescription litigieuse empêcherait un requérant d’invoquer l’illégalité d’une prescription des documents du marché à l’appui du recours formé contre la décision d’attribution de celui-ci et justifierait qu’une telle critique soit déclarée irrecevable ne peut être suivie.

D’une part, la sanction qui – selon la partie adverse – devrait s’attacher à l’absence d’objection adressée au pouvoir adjudicateur porterait une atteinte excessive au droit reconnu au soumissionnaire d’exercer les recours juridictionnels prévus par la loi. C’est d’autant plus le cas lorsque la disposition du cahier spécial des

charges n'empêche pas celui-ci de participer utilement à la procédure de passation du marché en cause. Il convient de rappeler le contexte d'une telle procédure où le soumissionnaire se concentre avant tout sur la préparation de l'offre elle-même. Il ne peut, en principe, sauf le cas de la mauvaise foi, lui être reproché de ne pas passer au crible chaque disposition du cahier en vue d'éventuels litiges juridiques et de ne pas saisir immédiatement le pouvoir adjudicateur ou un juge.

D'autre part, la thèse de la partie adverse risque de compromettre le nécessaire équilibre entre les préoccupations respectives des opérateurs économiques et autorités adjudicatrices face à l'organisation des procédures de recours juridictionnels dans le contentieux de la passation des marchés publics et concessions. En effet, sanctionner par une décision d'irrecevabilité un moyen dénonçant l'illégalité de l'une des prescriptions du marché au seul motif que cette illégalité n'aurait pas été dénoncée à un stade de la procédure antérieur à l'adoption de la décision d'attribution du marché aurait pour effet de contraindre les opérateurs économiques à introduire des recours juridictionnels susceptibles d'entraver le bon déroulement des procédures de passation, et ce à un moment où ils ne seraient pas encore et nécessairement déterminés quant à l'opportunité de recourir à de telles procédures dans le cadre de la passation du marché qu'ils cherchent à obtenir. Telle ne peut avoir été l'intention des auteurs de la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. L'objectif d'organiser, en faveur des opérateurs économiques, un recours juridictionnel effectif et efficace n'autorise, en effet, pas à ignorer la nécessité pour les autorités adjudicatrices de mener leurs procédures à bonne fin : en ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, au point 51 de son arrêt *eVigilo* précité, que « la réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 serait compromise s'il était loisible aux candidats et aux soumissionnaires d'invoquer à tout moment de la procédure d'adjudication des infractions aux règles de passation des marchés, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions ». La même préoccupation de réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 précitée fait obstacle à ce que les autorités adjudicatrices soient inutilement exposées au risque de recours juridictionnels qui, sans être nécessairement dilatoires, seraient prématurés, en ce sens qu'ils ne seraient motivés, dans le chef des opérateurs économiques concernés, que par la seule crainte de voir déclarée irrecevable, au motif de sa tardiveté, une critique de légalité des prescriptions du marché qui ne serait formulée qu'après l'adoption de la décision d'attribution du marché, soit à un stade où, en connaissance suffisante de cause, ils peuvent apprécier l'opportunité de

recourir à une procédure juridictionnelle.

Dans ces circonstances, l'argument tiré de l'absence d'interrogation ou objection adressée à la partie adverse à un stade antérieur de la procédure, ne peut être admis. Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité opposée au premier moyen, en sa première branche, et ainsi argumentée par la partie adverse, ne peut être accueillie.

La partie adverse ne fait, par ailleurs, état d'aucun élément – et le Conseil d'État n'en aperçoit pas davantage – qui imposerait de considérer que le moyen doit, sous un autre aspect, être déclaré irrecevable, en particulier à défaut d'intérêt.

Quant au fondement du moyen en sa première branche

Le cahier spécial des charges contient les indications suivantes, à propos du sous-critère « B. Qualité du matériel proposé : 30 points » du premier critère d'attribution :

- « L'évaluation de la qualité du matériel proposé sera effectuée sur la base d'une démonstration ainsi que d'un essai du véhicule proposé par le personnel du service Propreté de la Ville de Charleroi.
Sous peine d'exclusion, les soumissionnaires dont les offres sont conformes et régulières seront tenus d'effectuer une démonstration d'essai du matériel proposé. Celle-ci se tiendra endéans le mois qui suit l'invitation envoyée par le Fonctionnaire dirigeant et aura lieu à Charleroi en un lieu qui sera communiqué au soumissionnaire.
Le résultat de l'essai entrera en ligne de compte dans l'établissement de la cotation relative au critère "valeur technique et qualité du matériel proposé".
Tous les frais liés à cette démonstration seront entièrement portés à la charge du soumissionnaire.
Les éléments qui seront analysés sont les suivants :
☐ efficacité du nettoyage (10 points pour la meilleure performance – 5 points pour la seconde meilleure performance – 3 points pour la troisième meilleure performance – 0 points pour les performances classées ensuite)
☐ précision des manœuvres (10 points pour la meilleure performance – 5 points pour la seconde meilleure performance – 3 points pour la troisième meilleure performance – 0 points pour les performances classées ensuite)
☐ ergonomie des commandes (10 points pour la meilleure performance – 5 points pour la seconde meilleure performance – 3 points pour la troisième meilleure performance – 0 points pour les performances classées ensuite) ».

Au vu de ces indications, il ne peut être raisonnablement soutenu qu'un tel sous-critère, ainsi défini, serait vague, aléatoire ou imprécis, ou laisserait à la partie adverse une liberté inconditionnée.

Aucune des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen ne fait obstacle à ce que les documents du marché prévoient que la qualité du matériel proposé soit évaluée sur la base d'une démonstration postérieure à la remise des

offres.

La requérante n'indique pas précisément en quoi seraient méconnues les dispositions visées des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relatives à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de l'article 4 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 ne le fait pas davantage à propos de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui traite des erreurs arithmétiques et des erreurs matérielles dans les offres, et le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi le grief formulé par le moyen, en sa première branche, impliquerait une violation de cette disposition.

L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services consacre les principes d'égalité et non-discrimination, de transparence et de concurrence dans les procédures d'attribution des marchés publics. Le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi ces principes auraient été violés en l'espèce. D'une part, le cahier des charges ne fait aucune différence entre les soumissionnaires : toutes les offres seront évaluées sur la base de la démonstration et de l'essai et la partie requérante n'indique pas en quoi certains opérateurs économiques seraient éventuellement favorisés ou discriminés par cette méthode d'évaluation. D'autre part, les documents du marché annoncent très clairement que « l'évaluation de la qualité du matériel proposé sera effectuée sur la base d'une démonstration ainsi que d'un essai du véhicule proposé par le personnel du service Propreté de la Ville de Charleroi » et que les éléments analysés seront l'efficacité du nettoyage, la précision des manœuvres et l'ergonomie des commandes. Le principe de transparence n'est donc pas méconnu.

L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services traite des critères d'attribution en appel d'offres. Il dispose, notamment, que « ces critères doivent être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur », avant d'énoncer quelques exemples de critères, parmi lesquels « la qualité, le prix, la valeur technique, [...] les garanties en matière de pièces de rechange [...] ».

Les trois critères d'attribution annoncés par le cahier des charges sont : « valeur technique et qualité du matériel proposé », « prix » et « garantie en mois ». Ces critères sont manifestement admissibles en tant que critères d'attribution. Le

premier d'entre eux comporte deux sous-critères : la « valeur technique de l'offre » et la « qualité du matériel proposé », cette dernière étant celle que critique le moyen. Le cahier des charges annonce que le premier sera évalué « sur la base des fiches techniques, des homologations, et de toute documentation technique utile que le soumissionnaire joindra à son offre » et le second « sur la base d'une démonstration ainsi que d'un essai du véhicule proposé par le personnel du service Voirie de la Ville de Charleroi ».

La démonstration prévue pour l'évaluation des offres au regard du sous-critère « qualité du matériel proposé » n'est pas l'objet de l'évaluation, comme le prétend la requérante, mais bien la méthode d'évaluation du matériel proposé dans l'offre. Elle doit permettre d'évaluer la valeur intrinsèque de l'offre à l'aune du sous-critère litigieux, particulièrement en ce qui concerne l'efficacité du nettoyage, la précision des manœuvres et l'ergonomie des commandes. Cette façon de procéder n'emporte donc pas de méconnaissance de la notion de critère d'attribution au regard des caractéristiques et exigences définies par l'article 25 précité. Elle n'implique pas davantage que la partie adverse ait égard à des éléments postérieurs au dépôt de l'offre, celle-ci portant, dès ce dépôt, sur un contenu et une valeur intrinsèques, correspondant au matériel proposé. Rendant compte d'un cas sensiblement différent de celui qui se présente en l'espèce, l'exemple jurisprudentiel cité par la requérante n'est pas transposable et ne peut, partant, passer pour pertinent.

Dans son dernier mémoire, la requérante conteste l'analyse selon laquelle la démonstration est une méthode d'évaluation, et non l'objet de celle-ci, au motif que la partie adverse n'aurait pas apprécié la valeur intrinsèque des offres, mais les prestations accomplies lors de la démonstration. Cet argument ne peut toutefois être accueilli, la manière dont la partie adverse a appliqué le critère étant étrangère à la légalité de celui-ci et ne pouvant être utilement invoquée pour interpréter le sens qui doit être reconnu à la démonstration. Il en va de même à propos de l'argument tiré par la requérante de l'extrait du rapport de l'auditeur rapporteur qu'il cite, cet extrait portant sur l'examen de la seconde branche du moyen qui met, quant à elle, en cause l'application du critère litigieux, et non sa définition.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré fondé en sa première branche.

B. Seconde branche

En sa seconde branche, le moyen critique l'application du critère

d'attribution « Valeur technique et qualité du matériel proposé » au regard du sous-critère « qualité du matériel proposé » et des sous-sous-critères « Efficacité du nettoyage », « Précision des manœuvres » et « Ergonomie des commandes ».

Si le moyen doit se comprendre comme critiquant notamment, et de manière générale, la motivation formelle de l'acte attaqué en tant que la partie adverse attribue les notes pour l'évaluation des offres au regard du sous-critère litigieux, la requérante y a bien intérêt: l'insuffisance de motivation qu'elle dénonce a, en effet, pu la léser en la privant de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de diriger un recours en annulation contre cet acte et d'organiser ce recours, également en connaissance de cause. Elle l'a, en outre, privée de la garantie contre l'arbitraire administratif que constitue l'obligation de motivation formelle des actes administratifs. L'exception d'irrecevabilité opposée à ce grief par la partie adverse ne peut donc être accueillie.

En ce qui concerne le fondement du moyen, il doit être relevé que la motivation critiquée consiste dans le relevé des observations faites lors de la démonstration. Certes succinct, ce relevé permet de comprendre les mérites respectifs des deux offres et il ne peut être question, à propos de l'attribution des notes pour les deux sous-sous-critères « Précision des manœuvres » et « Ergonomie des commandes », de qualifier de tautologique la motivation de l'acte attaqué, dès lors que la décision à motiver n'a pas pour objet la comparaison des deux offres au regard de chacun de ces sous-sous-critères, mais bien l'attribution des notes, fondée sur une comparaison effectuée à l'occasion du test. La motivation peut donc être tenue pour adéquate et suffisante. Le but de celle-ci n'est, par ailleurs, pas de servir de preuve formelle des observations faites lors de la démonstration, mais de permettre aux soumissionnaires non retenus de connaître les motifs de leur éviction.

S'agissant des critiques à propos desquelles la requérante déclare soulever un moyen nouveau dans son mémoire en réplique, elles reviennent à contester la matérialité des faits sur lesquels reposent les appréciations consignées dans la décision d'attribution. Il ressort de la décision d'attribution que, pour le sous-sous-critère de l'efficacité du nettoyage, l'offre de l'adjudicataire s'est démarquée favorablement, lors de la démonstration, pour le « résultat du nettoyage après premier passage ». La partie adverse a noté que l'engin de l'adjudicataire ne laisse « pas de trace résiduelle après le premier passage », tandis que la partie adverse a pu observer « quelques traces résiduelles (déjections canines et traces vertes) après le premier passage » de l'engin de la requérante. La requérante ne conteste pas ce résultat, mais critique les conditions dans lesquelles le test a été réalisé, faisant valoir

qu'en réalité, la partie adverse a testé l'aspiration des déchets – alors que ce test n'était pas annoncé – et non seulement le « décapage » de la chaussée – comme elle l'indique dans son mémoire en réponse. Cette critique, qui revient à dénoncer une erreur de fait, soulève une question de preuve ou de charge de la preuve de ce qu'allègue la requérante à propos des conditions dans lesquelles le test litigieux a été effectué. Or, compte tenu de la présomption de légalité qui est attachée aux actes administratifs, il appartient à toute partie requérante d'exposer de manière claire et étayée ses critiques de légalité. Il lui incombe plus particulièrement d'apporter la démonstration de l'erreur de fait qu'elle allègue. En l'espèce, la requérante n'apporte pas la preuve de ce qu'elle avance, c'est-à-dire que les conditions du test ne correspondent pas au « résultat du nettoyage après premier passage ». Au surplus, l'on observe que la décision note la persistance de « traces résiduelles » non seulement de déjections canines, mais aussi de « traces vertes », ce qui tend à conforter l'affirmation de la partie adverse selon laquelle c'est bien le « décapage » de la chaussée qui a été testé.

S'agissant des griefs plus précisément formulés à propos de l'application faite par la partie adverse de chacun des sous-sous-critères du sous-critère litigieux, l'auditeur rapporteur les examine dans son rapport rédigé sur la base de l'article 12 du Règlement général de procédure, dans les termes suivants :

« 1. Il ressort de la motivation de la décision que le résultat du nettoyage après un premier passage était meilleur avec le matériel de SAS EUROPE SERVICE qu'avec le matériel de GDA SA, puisque pour le premier il est relevé qu'il n'y a "pas de trace résiduelle après le premier passage", tandis que pour le second, on a pu observer "quelques traces résiduelles (déjections canines) après le premier passage". L'observation qui suit, relative à l'aspiration de l'eau ne paraît pas liée à ce constat.

Les critiques en fait de la partie requérante ne permettent pas de remettre en cause les constats consignés dans le rapport d'analyse des offres, qui fait foi jusqu'à preuve contraire.

Le fait que la pression de la pompe de la partie requérante soit théoriquement supérieure à celle de l'adjudicataire ne suffit pas à établir que le résultat du nettoyage après un premier passage était effectivement supérieur en fait. Le but de la démonstration étant, précisément, de vérifier les performances de chaque engin dans des conditions réelles.

2. La motivation de la décision fait état d'une "grande précision des manœuvres, notamment autour des potelets de cette place et à proximité des voitures présentes" pour le matériel de SAS EUROPE SERVICE et d'une "précision des manœuvres bonne mais néanmoins pas la meilleure" pour le matériel de GDA S.A.

Les critiques en fait de la partie requérante ne permettent pas de remettre en cause les constats consignés dans le rapport d'analyse des offres, qui fait foi jusqu'à preuve contraire.

Dans le cas de SAS EUROPE SERVICE, la partie adverse fait le lien entre ses constats et le rayon de braquage, les quatre roues directrices ainsi que la configuration de la machine. Le lien entre ces éléments et la maniabilité autour de potelets, ainsi qu'à proximité de voitures ne paraît pas aberrant. La partie requérante ne convainc en tous cas pas qu'il résulterait d'une erreur manifeste d'appréciation.

3. La motivation de la décision fait encore état d'une meilleure ergonomie des commandes pour l'engin de SAS EUROPE SERVICE et d'une ergonomie "bonne mais néanmoins pas la meilleure" pour l'engin de GDA S.A.

Les critiques en fait de la partie requérante ne permettent pas de remettre en cause les constats consignés dans le rapport d'analyse des offres, qui fait foi jusqu'à preuve contraire.

Selon la méthode d'évaluation annoncée, le pouvoir adjudicataire devait attribuer « 10 points pour la meilleure performance » et « 5 points pour la seconde meilleure performance ». Les « performances » se limitent aux observations faites lors de la démonstration. En l'occurrence, la méthode a été respectée puisque SAS EUROPE SERVICE a obtenu 10 points et S.A. G.D.A. 5 points.

Le motif – surabondant – selon lequel cela « explique notamment la bonne précision des manœuvres » n'a pas affecté la note attribuée aux soumissionnaires conformément à la méthode annoncée ».

Le Conseil d'État fait sienne cette analyse, dont les développements du dernier mémoire de la requérante ne le conduisent pas à se départir. À ce propos, il doit plus spécialement être observé ce qui suit :

- À propos du sous-sous-critère « efficacité du nettoyage », la requérante soutient, dans son dernier mémoire, que le dossier administratif n'appuie pas l'affirmation de la partie adverse, contenue dans le mémoire en réponse, selon laquelle le test de nettoyage n'incluait pas l'aspiration de déjections canines. Elle ne soutient et n'entreprend toutefois pas d'établir concrètement que la partie adverse aurait – contrairement à ce qu'elle affirme – pris en considération cette aspiration de déjections canines pour fonder l'évaluation des offres au regard du sous-sous-critère concerné. Dans ces circonstances, le grief relatif au caractère inadéquat du test et au fait qu'il n'aurait pas été annoncé dans les documents du marché ne peut être déclaré fondé. Pour le surplus, il n'apparaît pas – toujours dans ces circonstances – que le caractère incomplet du dossier administratif serait de nature à causer grief à la requérante. Les critiques portant sur l'application du sous-sous-critère « efficacité du nettoyage » ne peuvent être accueillies
- En ce qui concerne le sous-sous-critère « précision des manœuvres », la requérante semble considérer que la maniabilité d'un engin ne peut se confondre avec la précision des manœuvres, mais n'en tire aucune conséquence susceptible de révéler le caractère fondé de son grief. Par ailleurs, la mention selon laquelle « la précision des manœuvres est bonne mais néanmoins pas la meilleure » lue en combinaison avec l'appréciation portée sur l'offre du soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE permet de comprendre pourquoi la partie adverse a attribué dix points à celui-ci et cinq à la requérante. Cette mention rend donc bien compte de la motivation de la décision d'attribuer la note de cinq points, et non du sens de cette décision. L'arrêt n° 242.230 du Conseil d'État, prononcé le 28 août 2018 et

cité par extrait à la note infrapaginale 4 du dernier mémoire de la requérante est donc dénué de pertinence.

- S'agissant enfin de l'application du sous-sous-critère « ergonomie des commandes », la mention selon laquelle la meilleure ergonomie du poste de commande de la machine proposée par le soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE explique notamment la bonne précision des manœuvres ne constitue nullement un motif nécessaire de la décision d'attribuer les notes qu'appelle l'évaluation des offres au regard du sous-sous-critère litigieux; il s'agit d'une précision appuyant le motif d'attribution de la note maximale à ce soumissionnaire, à savoir que le poste de commande de la machine qu'il propose présente la meilleure ergonomie.

En conséquence des développements qui précèdent, le moyen ne peut être déclaré fondé en sa seconde branche.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse des parties

A. La requête

Le second moyen est pris de la violation « des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; des principes généraux d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution; de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

La requérante observe que le critère « prix » porte sur différents postes de l'inventaire, mais que ces postes ne sont pas évalués de la même manière. Ainsi, le prix du véhicule est évalué comme suit : 15 points pour le prix le moins élevé; 10 points pour le second prix moins élevé. Selon la requérante, « cette méthode de notation s'écarte de la règle de trois appliquée par la partie adverse pour les autres éléments constituant le critère "prix" ».

La requérante reproche à la partie adverse de méconnaître ainsi les principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, « en ce qu'une faible différence sur le prix total du véhicule aboutit à une notation sans proportion avec cette différence, en l'occurrence 10 points sur 15 alors que, pour les autres

composantes du prix, la différence est proportionnée au nombre de points ». La requérante en déduit qu' « un euro se trouve donc valorisé différemment selon qu'il figure, ou non, dans telle ou telle composante du prix proposé, alors que, par ailleurs, l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose une structure de prix identique pour les différents postes de l'inventaire ».

B. Le mémoire en réponse

La partie adverse soulève deux exceptions d'irrecevabilité du second moyen.

D'une part, elle considère que la requérante n'est plus recevable à contester la méthode de notation, qui était annoncée dans le cahier des charges et que la requérante n'a pas contestée au moment où elle en a eu connaissance. Elle se réfère, sur ce point, à ce qu'elle a exposé au sujet de la première branche du premier moyen.

D'autre part, elle expose qu' « il n'existe aucune hypothèse dans laquelle la démonstration du caractère illégal de la disposition litigieuse du cahier spécial des charges, à la supposer même avérée, procurerait un quelconque avantage à la requérante ». La partie adverse explique que « pour ce poste, l'attributaire du marché a obtenu 15 points et la requérante 10 » et indique que « si le poste avait été évalué selon une règle de trois, l'attributaire se serait également vu attribuer 15 points, tandis que la requérante en aurait obtenu 14, soit quatre de plus ». Elle démontre ensuite qu'il n'existe, selon elle « pas d'hypothèse dans laquelle cette différence de quatre points serait de nature à influencer de façon déterminante le classement final des offres ».

Sur le fondement du moyen, la partie adverse répond qu'aucune des dispositions ni aucun des principes visés au moyen n'impose au pouvoir adjudicateur d'appliquer la même méthode de notation à chacun des postes du critère « prix ». Elle rappelle les termes de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et indique l'avoir scrupuleusement respecté, tout en soulignant que « cette disposition ne dit [...] mot quant à la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'appliquer à l'un des postes une méthode de notation différente de celle des autres ». Elle « n'aperçoit pas plus en quoi le fait de ne pas évaluer le poste le plus important selon une règle de trois, à l'instar des autres postes, serait constitutif d'une violation du principe d'égalité des soumissionnaires ou du principe de proportionnalité, dès lors que chaque offre est évaluée selon une méthode strictement identique ». Elle cite enfin de la doctrine selon laquelle une autorité n'est pas tenue d'appliquer la même méthode d'évaluation pour

l'ensemble des critères d'attribution, et estime qu'il n'y a pas de raison de ne pas retenir le même enseignement pour les sous-critères d'attribution.

C. Le mémoire en réplique

Sur la première exception d'irrecevabilité, la requérante se réfère à sa réplique à propos de la même exception soulevée à l'encontre du premier moyen.

Sur la seconde exception d'irrecevabilité, la requérante réplique que « le grief est dirigé non pas directement contre la décision finale d'attribution du marché, où un raisonnement du type de celui opposé par la partie adverse est concevable, mais contre le cahier spécial des charges, soit un acte antérieur ». Elle estime avoir intérêt à contester la légalité de cet acte, qui est de nature à vicier l'ensemble de la procédure et elle souligne qu'en cas de réfection la partie adverse devrait exprimer à nouveau ses critères d'attribution. Elle se réfère, sur ce point, à l'arrêt n° 232.025 du 7 août 2015, société de droit canadien *POLLARD BANKNOTE LIMITED*.

La requérante soutient enfin que, même dans l'hypothèse où se place la partie adverse, il existe des possibilités que la critique s'avère déterminante sur le classement des offres.

Sur le bien-fondé du second moyen, la partie requérante insiste sur le fait que sa critique porte sur le seul critère du prix, contrairement à la doctrine citée. Elle répète que, dans le cas d'espèce, « un euro n' [est] pas valorisé de la même manière selon qu'il [concerne] différents postes de l'inventaire ». Elle en déduit que « la partie adverse traite donc de manière différente, sans justification admissible, des éléments qui doivent être traités de manière identique ».

D. Dernier mémoire de la requérante avant réouverture des débats

La requérante fait valoir ce qui suit :

« 29.- Sur la recevabilité du moyen, dans la mesure où ce dernier critique non pas les opérations finales d'analyse des offres, mais la légalité du cahier spécial des charges, la requérante considère que, si la critique est fondée, celle-ci vicie la procédure dans son ensemble et que nul ne peut préjuger du contenu de ce qu'aurait été un cahier spécial des charges exempt d'illégalité. Pour les mêmes raisons que celles relatives à la recevabilité du premier moyen, le second moyen est recevable.

30.- Certes, la partie adverse dispose d'un pouvoir d'appréciation largement discrétionnaire pour déterminer les critères d'attribution. Mais, précisément, ce pouvoir discrétionnaire s'arrête aux rives de la légalité.

31.- Il est non contesté et non contestable qu'à propos du critère "prix", un euro n'est pas valorisé de la même manière selon qu'il s'agit du prix de l'un ou de l'autre poste de l'inventaire, alors que chaque poste de l'inventaire doit, réglementairement, avoir une structure identique. En d'autres termes, la partie adverse traite de manière différente des éléments qui, fondamentalement, sont identiques et doivent dès lors être traités comme tels.

32.- Ce constat justifie l'accueil du moyen.

33.- Le second moyen est fondé ».

E. Dernier mémoire avant réouverture des débats

Dans son dernier mémoire, la partie adverse se réfère à son mémoire en réponse et au rapport de l'auditeur.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, la requérante fait grief à la partie adverse d'avoir, dans la définition du critère « prix », fixé plusieurs méthodes d'évaluation différentes selon les postes de l'inventaire.

La partie adverse oppose au moyen deux exceptions d'irrecevabilité.

Selon la première exception, la requérante ne serait plus recevable à critiquer une méthode annoncée dans le cahier des charges et à propos de laquelle elle n'aurait adressé à la partie adverse aucune interrogation ou objection au moment où elle a eu connaissance de la prescription litigieuse. Pour les raisons qui déterminent, par ailleurs, le Conseil d'État à ne pas suivre cet argument dans l'examen de l'exception opposée à la première branche du premier moyen, la première exception d'irrecevabilité opposée au second moyen de la requête ne peut être accueillie.

La deuxième exception d'irrecevabilité, qui revient à dénier l'intérêt de la requérante à son moyen, consiste, en substance, à soutenir que la démonstration de l'illégalité alléguée par le moyen ne pourrait, en aucun cas, procurer un quelconque avantage à la requérante, puisqu'en aucune des hypothèses de notations alternatives, le classement final des offres sur la base duquel a été prise la décision d'attribution litigieuse ne pourrait être modifié.

La référence à l'absence d'avantage qui résulterait, ou non, d'un constat de l'illégalité alléguée rappelle les conditions dans lesquelles était admis, non pas l'intérêt au moyen, mais bien l'intérêt au recours formé contre la décision

d'attribution d'un marché public, et ce antérieurement au régime aujourd'hui fixé par 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. La reconnaissance de l'intérêt à un tel recours était alors subordonnée à la probabilité que l'annulation sollicitée procurât un avantage au requérant, cet avantage s'identifiant notamment dans la nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité. Selon le régime fixé par la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité *ratione personae* du recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public ne se vérifie plus en considération d'une perspective d'avantage que procurerait l'annulation sollicitée, mais bien au regard des prescriptions de l'article 14 de cette loi, lequel se lit comme suit :

- « À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession ».

En tant que tel, l'argument de la partie adverse tiré de l'absence d'avantage que la requérante retirerait – en vue de l'obtention du marché convoité – du constat de l'illégalité alléguée ne peut être retenu à l'appui d'une exception d'irrecevabilité du moyen, prise du défaut d'intérêt à celui-ci.

Le rejet de l'exception ainsi formulée ne dispense toutefois pas le Conseil d'État de statuer sur l'intérêt contesté de la requérante à son moyen, intérêt dont la vérification suppose que les violations alléguées à l'appui du moyen aient lésé ou risqué de léser la requérante.

Selon l'enseignement de plusieurs arrêts du Conseil d'État relatif à la mise en œuvre des conditions de recevabilité du recours fixées par l'article 14 précité, et plus particulièrement de la deuxième de ces conditions, dès lors, d'une part, qu'il est satisfait à la condition d'intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, qu'un requérant soulève au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser, la recevabilité du recours peut être admise sans que son intérêt aux autres moyens et branches de moyen soulevés doive être examiné à ce stade de l'examen de la recevabilité du recours.

Puisque l'exigence de recevabilité du recours ne peut être confondue avec celle d'intérêt au moyen, la recevabilité de celui-ci doit être examinée au regard de cette condition d'intérêt. À ce propos, il se comprend, à la lecture du préambule et des dispositions de la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, que la volonté des auteurs de cette directive a été de veiller à ce que chaque État-membre organise un système de recours juridictionnels protégeant les opérateurs économiques à l'encontre des illégalités qui, dans le cours de la procédure de passation d'un marché public, les préjudicieraient, en les lésant ou en risquant de les léser. Il se déduit également de plusieurs modalités d'exercice ou de traitement des recours dont l'organisation est prévue par cette directive qu'a été prise en considération la nécessité de faire en sorte que l'exercice des recours juridictionnels n'ait pas pour effet de compromettre la bonne fin de la passation ou de l'exécution du marché concerné, en particulier au nom de l'intérêt public.

La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des autorités adjudicatrices qui sous-tend le système conçu par la directive précitée, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est utilement rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a causée ou risqué de causer au requérant l'illégalité alléguée par celui-ci.

S'agissant de vérifier si l'exigence d'intérêt au moyen, ainsi entendue, est rencontrée dans le cas d'espèce, l'auditeur rapporteur conclut au défaut d'intérêt, sur la base des éléments suivants, dont il fait état dans le rapport qu'il a déposé en cette affaire, en application de l'article 12 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État :

« En l'occurrence, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir retenu, pour l'évaluation du prix du véhicule, une méthode consistant à attribuer 15 points pour le prix le moins élevé et 10 points pour le second prix le moins élevé, alors que, d'une part, cette méthode a pour effet qu' "une faible différence sur le prix total du véhicule aboutit à une notation sans proportion avec cette différence" et alors que, d'autre part, elle a retenu une méthode différentes, par application de la règle de trois, pour les autres éléments du prix. Il se déduit de cette argumentation que la partie requérante estime que la méthode proportionnelle, par application de la règle de trois, aurait dû être choisie pour tous les éléments du prix.

La partie adverse démontre que l'application de la règle de trois, pour l'évaluation du prix du véhicule, n'aurait pas permis à la partie requérante de combler l'écart de

points qui sépare son offre de celle de l'adjudicataire. La partie requérante affirme – mais ne démontre pas – qu' "il existe des possibilités où la critique soulevée par la requérante pourrait se révéler déterminante sur le classement des offres".

Si la même méthode avait été appliquée pour le prix des véhicules que pour les autres éléments du prix, la partie requérante aurait obtenu 14,44 points sur 15 au lieu de 10 points sur 15. Dès lors que le premier moyen est non fondé, ces 4,44 points sont insuffisants pour combler l'écart entre l'offre de la requérante et l'offre de l'adjudicataire ».

Le Conseil d'État n'aperçoit pas de raison de se départir de cette analyse, que les développements du dernier mémoire de la requérante ne permettent pas de remettre en cause. Il ne peut, en particulier, suivre l'argument selon lequel, la critique du moyen mettant en cause la légalité du cahier spécial des charges, elle vicierait – si elle était déclarée fondée – la procédure dans son ensemble et nul ne pourrait préjuger de ce qu'aurait été un cahier spécial des charges exempt d'illégalité. La perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution et de la faire recommencer *ab initio* ne suffit pas à justifier d'un intérêt au moyen. Un tel argument, qui revient à évoquer une nouvelle chance d'obtenir le marché litigieux, ne permet pas, en soi, de démontrer concrètement les lésions qu'auraient causées à la requérante ou risqué de lui causer les violations alléguées au titre du second moyen. Celui-ci doit, en conséquence, être déclaré irrecevable.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Note de la requérante

Dans une note déposée après l'arrêt de réouverture des débats, la requérante soulève un troisième moyen qu'elle formule comme suit :

- « 1.- Le troisième moyen est pris de la violation :
- des articles 5 et 20 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
 - des articles 15, 51, 61 § 1^{er} et § 2, 82, 95, 96 § 4 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
 - des dispositions du cahier spécial des charges déterminant l'objet du marché (art.2), les délais d'exécution (art. 4) les droits d'accès au marché (art. 15.1 et 15.4), les documents à joindre à l'offre (art. 16) et du principe général "*patere legem quam ipse fecisti*";
 - du devoir de minutie, du principe selon lequel une décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et être exempte d'une erreur manifeste d'appréciation;
 - du principe selon lequel une décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et être exempte d'une erreur manifeste

d'appréciation;

- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Première branche (droit d'accès)

2.- Le cahier spécial des charges aborde la situation spécifique des soumissionnaires étrangers, le pouvoir adjudicateur n'ayant "pas d'accès gratuitement par des moyens électroniques à des renseignements ou des documents émanant d'autorités publiques lui permettant de vérifier l'absence des causes d'exclusion visées dans la déclaration implicite sur l'honneur". Le cahier spécial des charges poursuit : "Par conséquent, il est demandé aux soumissionnaires étrangers de joindre à leur offre les éléments suivants". [...] "Afin de vérifier qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visé à l'article 61 § 1^{er} et le § 2, 1^o, 2^o ou 3^o de l'A.R. du 15 juillet 2011 (condamnations, faillite, liquidation, cessation d'activités, réorganisation judiciaire ou toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales), le soumissionnaire joint à son offre un extrait du casier judiciaire ou un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites" (art. 15.1.3). Lorsqu'un tel document n'est pas délivré dans le pays concerné, il peut être remplacé par une attestation répondant à certaines conditions, à savoir "une déclaration sous serment" ou, si un tel serment n'existe pas, "une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire, administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance".

3.- L'offre de l'attributaire fait apparaître que celui-ci a joint à l'offre un document rédigé comme suit : "... j'atteste sur l'honneur que je n'ai pas fait l'objet, au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions visées aux articles L.8221-1, L.8331-1, L.8241-1, L.8251-1 du Code du travail".

4.- Ce document révèle que le casier judiciaire est un document qui peut être délivré par les autorités françaises. Une attestation sur l'honneur ne pouvait donc se substituer à un extrait du casier judiciaire.

En outre, l'attestation ne répond pas aux conditions prévues, en ce qu'elle ne comporte aucun serment et n'a pas été réalisée devant les autorités renseignées au cahier spécial des charges. Enfin, elle ne concerne que certaines infractions, toutes liées au Code du travail, alors que les cas d'exclusion visés à l'article 61 § 1^{er} et § 2, 1^o, 2^o ou 3^o de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne se réduisent pas à ces infractions concernant d'autres situations, telle l'absence de faillite.

A ce stade, SAS EUROPE SERVICE ne pouvait donc avoir accès au marché sans méconnaître les dispositions visées ci-avant.

5.- Le rapport d'analyse des offres ne fait état d'aucun de ces manquements, se bornant à indiquer que la partie adverse avait opté pour la procédure décrite par l'article 61 § 4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Mais une disposition spécifique du cahier spécial des charges imposait à SAS EUROPE SERVICE de joindre d'emblée un extrait de son casier judiciaire ou un document équivalent dont il résulte que les exigences sont satisfaites, ce qui n'a pas été fait.

6.- Le rapport d'analyse expose, dans sa partie finale, qu'une demande de casier judiciaire a été adressée aux autorités françaises le 24 novembre 2011 mais que, cette demande ayant été laissée sans suite, SAS EUROPE a été invitée, le 5 décembre 2016, à réaliser une démarche auprès du SPF Justice de Belgique et qu'à la suite de cette démarche, "un extrait de casier judiciaire vierge, daté du 9 décembre 2016", a été communiqué.

7.- Mais le dossier administratif déposé devant le Conseil d'État ne comporte pas les échanges de correspondances renseignés dans le rapport d'analyse des offres, pas plus que l'extrait du casier judiciaire. Le 27 janvier 2020, à la demande de la requérante, les conseils de la partie adverse ont communiqué deux pièces complémentaires.

8.- Il résulte de ces pièces complémentaires que le 24 novembre 2016, la partie adverse s'est adressée à SAS EUROPE SERVICE "Pourriez-vous me faire parvenir une attestation de non-faillite, ainsi qu'un extrait de casier judiciaire établi au nom de la société svp (celui établi au nom de monsieur Lafon ne suffit pas) ?"

9.- Le même jour, SAS EUROPE SERVICE répond :

" Afin de répondre à votre demande, nous vous prions de bien vouloir trouver en pièce jointe du présent mail une attestation sur l'honneur de non faillite, cependant en ce qui concerne l'extrait de casier judiciaire de notre société EUROPE SERVICE, en France le casier judiciaire d'une personne morale est uniquement disponible pour les administrations, aussi nous ne pouvons en faire la demande directement. Toutefois, votre administration peut faire cette demande de Bulletin n° 2 à notre place auprès du casier judiciaire national français".

10.- La pièce jointe annoncée par ce message ne figure pas au dossier administratif complémentaire. La copie du message ne renseigne pas qu'une pièce était effectivement jointe. Une "attestation sur l'honneur" ne correspond pas à la demande adressée à SAS EUROPE SERVICE et ne correspond pas davantage à l'exigence du cahier spécial des charges (*supra* à propos de l'attestation ne remplaçant pas le casier judiciaire). Enfin, la motivation de l'acte attaqué ne renseigne en aucune façon ces différents éléments.

11.- Selon le dossier administratif déposé initialement par la partie adverse, SAS EUROPE SERVICE ne pouvait avoir accès au marché. La conclusion est identique selon le dossier administratif complémentaire

12.- Ne reposant pas sur les pièces du dossier administratif, l'acte attaqué ne se fonde pas sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles. Sa motivation formelle n'est en outre pas adéquate.

Deuxième branche (absence des statuts)

13.- Outre le casier judiciaire et l'attestation de non faillite, le cahier spécial des charges imposait de joindre à l'offre divers documents, notamment les statuts (art. 16.3). En cas de manquement, la partie adverse précisait : "À l'exception des points frappés de nullité absolue, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'exclure tout soumissionnaire qui ne remettrait pas l'un ou l'autre des documents mentionnés ci-avant".

14.- La partie adverse se réservait ainsi un pouvoir d'appréciation par rapport aux éventuels manquements.

15.- En l'espèce, SAS EUROPE SERVICE n'a pas communiqué ses statuts. Son offre était donc affectée d'une irrégularité, laquelle pouvait soit donner lieu à une décision écartant l'offre pour ce motif, soit à une décision d'admissibilité de l'offre.

16.- Dans le rapport d'analyse des offres, sous le titre "Statuts de la société et preuve des pouvoirs du signataire de l'offre" la partie adverse expose que "cette exigence est traitée au point 6.1. Vérification de la régularité formelle des offres".

17.- Mais le point 6.1. du rapport ne traite que des pouvoirs du signataire et non des conséquences du défaut de statuts.

18.- L'examen du dossier administratif initial, ainsi que l'échange de correspondance communiqué le 27 janvier 2020 confirme que les statuts étaient manquants, ont été demandés mais n'ont jamais été fournis.

19.- Dans la mesure où la partie adverse s'est réservée le droit d'exclure, ou non, tout soumissionnaire qui n'aurait pas joint les documents requis, le devoir de motivation pesant elle lui imposait de révéler formellement les raisons de son choix.

20.- Sa motivation sur ce point ne peut donc être tenue pour adéquate.

troisième branche

21.- Outre la fourniture d'un véhicule nettoyeur haute pression à eau chaude, le marché vise également la maintenance que le cahier spécial des charges décrit comme suit :

" Pour le lot 3 :

- Prestations de main d'œuvre en agence pour assurer les entretiens et

- réparations de la machine (à commandes partielles);
- Fourniture de pièces détachées (à commandes partielles);
- Déplacement d'un technicien (service mobile).

Le délai d'exécution de chaque commande de réparation sera :

- de 2 jours ouvrables, commençant à courir dès l'émission du bon de commande pour les réparations classiques;
- de maximum 8 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande, en cas de réparation exceptionnelle (pièces qui ne sont pas en stock, grosse panne, etc.)”.

22.- Le cahier spécial des charges distingue donc la maintenance qui peut être réalisée sur place, soit le “service mobile” et la maintenance et les réparations qui concernent des travaux plus lourds, lesquelles requièrent une intervention “en agence”.

23.- La dernière page de l'offre de SAS EUROPE SERVICE comporte un titre : “Prix, formation et service après-vente”. L'attributaire y expose : “SAV Assuré par nos soins par véhicules atelier. Intervention sous 24 à 48 h maxi. 18 véhicules ateliers répartis sur tout le territoire France (dont 2 basés à proximité de la frontière Belge” 24.- Il s'ensuit que SAS EUROPE SERVICE n'est pas en mesure d'assurer la maintenance et la réparation en agence, puisque cette maintenance est assurée exclusivement par des véhicules ateliers répartis sur le territoire français.

25.- Certes, SAS EUROPE SERVICE a justifié sa capacité technique en indiquant disposer d'un atelier de 5.500 m² muni d'équipements lourds :

- pont roulant 5 T.
- soudure semi auto Castellin
- presse hydraulique 100 T.
- poinçonneuse hydraulique

L'existence de cet atelier et de ses équipements confirme que certaines opérations de réparation ne peuvent pas être réalisées en intervention mobile.

26.- Dans la mesure où cet atelier est situé à AURILLAC, soit à près de 800 kilomètres des installations de la partie adverse, SAS EUROPE SERVICE n'en a pas proposé l'usage pour réaliser les opérations de maintenance et de réparation “en agence”. Mais ce faisant, SAS EUROPE SERVICE ne s'engageait pas sur certaines des prestations de services objet du marché public considéré ou, à tout le moins, exprimait une réserve au sujet de ces prestations. *A fortiori*, le délai d'exécution - et non d'intervention - pour des réparations lourdes ne pouvait être respecté.

27.- Constitue une irrégularité substantielle d'une offre celle qui est de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Partant, l'offre de SAS EUROPE SERVICE ne pouvait être tenue pour régulière par la partie adverse, qui n'a pas examiné celle-ci de manière minutieuse et n'a pas apprécié sa régularité aux termes d'une motivation adéquate.

28.- Le troisième moyen est fondé. »

B. Note de la partie adverse

Dans une note déposée après l'arrêt de réouverture des débats, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 1.2. Réfutation de la première branche du moyen

-2. Le cahier spécial des charges prévoit que:

“ Le pouvoir adjudicateur n'a pas accès gratuitement par des moyens électroniques à des renseignements ou des documents émanant d'autorités publics lui permettant de vérifier l'absence des causes d'exclusion visées dans

la déclaration implicite sur l'honneur. Par conséquent, il est demandé aux soumissionnaires étrangers de joindre à leur offre les éléments suivants :
(...)

3) Afin de vérifier qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visé à l'article 61 § 1^{er} et le § 2, 1^o, 2^o ou 3^o de l'A.R. du 15 juillet 2011 (condamnations, faillite, liquidation, cessation d'activités, réorganisation judiciaire ou toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales), le soumissionnaire joint à son offre un extrait du casier judiciaire ou un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites (...)"

Contrairement à ce qu'avance la requérante, le cahier spécial des charges n'imposait pas, sous peine de nullité, que l'extrait de casier judiciaire ou un document équivalent soit joint d'emblée avec l'offre. L'absence d'extrait de casier judiciaire lors du dépôt initial de l'offre ne pas eu pour effet de rendre l'offre de SAS EUROPE SERVICE irrégulière substantiellement.

La partie adverse pouvait inviter le soumissionnaire à compléter son offre sur ce point, conformément à l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Le 24 novembre 2016, la partie adverse formule une première demande à ce sujet. SAS EUROPE SERVICE répond, qu'en France, l'extrait de casier judiciaire d'une personne morale est uniquement disponible pour les administrations et qu'ils ne peuvent donc pas faire eux-mêmes la demande de l'obtenir (Pièce 2C).

Le 5 décembre 2016, la partie adverse écrit à nouveau à SAS EUROPE SERVICE : "Malgré la demande envoyée aux autorités françaises compétentes en date du 24/11/2016, je n'ai pas encore reçu l'extrait de casier judiciaire relatif à votre société. Un accord existe entre les autorités belges et françaises, pourriez-vous dès lors introduire une demande d'extrait de casier judiciaire au Service Public Fédéral Justice à l'adresse suivante (...)"

Le 9 décembre 2016, SAS EUROPE SERVICE communique l'extrait de casier judiciaire de leur société (Pièce 2C). Cet extrait est bien versé au dossier administratif complémentaire. SAS EUROPE SERVICE pouvait donc avoir accès au marché.

-3. Le rapport d'analyse des offres ne manque pas de faire état de ces éléments :
" Enfin, conformément aux dispositions du CSC, l'application DIGIFLOW ne permettant pas d'avoir connaissance du casier judiciaire, le pouvoir adjudicateur a demandé aux autorités françaises compétentes en la matière de lui communiquer un extrait du casier judiciaire central par *mail* du 24/11/2016. Le CSC dispose que ce document devra être communiqué au pouvoir adjudicateur dans les 5 jours ouvrables à compter de la demande fait au soumissionnaire, toutefois ce délai n'a pas pu être respecté car la société est française et nous n'avons pas eu de réponse à la demande introduite par nos soins auprès des autorités françaises. De ce fait, en date du 5/12/2016, nous avons invité le soumissionnaire par *E-mail* à contacter lui-même le Service Public Fédéral Justice en Belgique car un accord existe entre la France et la Belgique en ce qui concerne la délivrance des extraits de casiers judiciaires. Suite à ces démarches, un extrait de casier judiciaire vierge daté du 09/12/2016 nous est communiqué. Conclusion : SAS EUROPE SERVICE, adjudicataire pressenti du lot 3 du marché (véhicule nettoyeur haute pression à eau chaude), ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion définis à l'article 61 § 1^{er} et 2 de l'A.R. du 15 juillet 2011" (Pièce 7).

Partant, la motivation de l'acte attaqué est donc adéquate et repose sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

La première branche du troisième moyen n'est pas fondée.

1.3. Réfutation de la deuxième branche du moyen

- 4. La requérante soutient que la motivation de l'acte attaqué n'est pas adéquate en

ce que la partie adverse n'aurait pas formellement révélé les raisons de son choix de ne pas exclure la société SAS EUROPE SERVICE qui n'aurait pas remis les statuts de sa société. Cela n'est pas exact. Tel que le reconnaît elle-même la requérante, l'absence de statuts dans l'offre n'était pas prescrite à peine de nullité. En l'absence de ce document, il revenait donc à la partie adverse de motiver les raisons pour lesquelles elle décidait soit que cette irrégularité était substantielle, soit qu'elle ne l'était pas. La motivation du rapport d'analyse des offres est adéquate et suffisante. Il y est mentionné que :

“ L'offre est déposée par écrit. Le formulaire de soumission et l'inventaire sont signés par M. Guy LAFON (PDG). Sur base des documents joints à l'offre, les pouvoirs du signataire ne sont pas confirmés.

Mesure prise par le pouvoir adjudicateur :

Nous adressons un *E-mail* au soumissionnaire en date du 18/11/2016 lui réclamant les statuts de la société ou tout autre document permettant de confirmer le pouvoir de signature de Monsieur LAFON. Résultat de la démarche entreprise par le pouvoir adjudicateur :

En réponse à notre demande, le soumissionnaire nous envoie la copie du document intitulé □ Extrait Kbis Extrait d'immatriculation principale au registre de commerce et des sociétés □ émis par le Greffe du Tribunal de Commerce d'Aurillac dont il ressort que Monsieur LAFON Guy est président de la SAS EUROPE SERVICE. Elle précise en outre que de ce fait, il a tout pouvoir selon la loi française d'engager la société.

En effet, selon les dispositions de l'Article L227-6 du Code de Commerce français : □ La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve □.

Sur cette base, nous pouvons donc considérer que les pouvoirs de Monsieur LAFON sont établis” (Pièce 7).

Le dossier administratif complété comporte effectivement bien l'extrait Kbis susmentionné (Pièce 1C).

La partie adverse a exposé que la réclamation des statuts servait à confirmer le pouvoir de signature de Monsieur LAFON. Elle a ensuite démontré que l'absence de ces statuts ne l'empêchait pas d'apprécier l'établissement des pouvoirs de signature.

En procédant de la sorte, la partie adverse n'a commis aucune erreur d'appréciation et fait reposer la motivation de l'acte attaqué sur des motifs adéquats, pertinents et légalement admissibles.

La deuxième branche du troisième moyen n'est pas fondée.

1.4. Réfutation de la troisième branche du moyen

-5. S'agissant de la maintenance des véhicules pour le lot 3, le cahier spécial des charges prévoit que:

“ - Prestations de main d'œuvre en agence pour assurer les entretiens et réparations de la machine (à commandes partielles).
- Fourniture de pièces détachées d'origine (à commandes partielles).
Déplacement d'un technicien (service mobile)”.

Les délais d'exécution de chaque commande de réparation sont de 2 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande, pour les réparations classiques, et de maximum 8 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande, en cas de réparation exceptionnelle (Pièce 4).

L'offre de SAS EUROPE SERVICE expose que :

“ Garantie et service après-vente :

(...)

- SAV :

Assuré par nos soins par véhicules atelier. Intervention sous 24 à 48h maxi
18 véhicules ateliers répartis sur tout le territoire France (dont 2 basés à la
proximité de la frontière Belge)

- Magasin : Pour toute commande de pièces détachées avant 15h30, nous
livrons en express sous 48h Une remise spéciale sur les pièces de rechanges
de la laveuse vous sera accordée : 25 %” (Pièce C - p.163).

SAS EUROPE SERVICE s’engage donc à exécuter le marché endéans les délais
fixés.

Ce faisant, la partie adverse a valablement pu considérer que l’offre de SAS
EUROPE SERVICE répondait aux exigences du cahier spécial des charges.

En affirmant que l’adjudicataire n’est pas en mesure d’assurer la maintenance
selon les délais d’exécution requis, la requérante interprète l’offre du
soumissionnaire dans un sens qui lui convient.

Il est évident que l’attributaire s’engage sur les prestations de main d’œuvre ainsi
que sur les délais d’exécution. Il est à même d’exécuter le marché. Son offre
correspond aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

Pour le surplus, il est à noter que si les prestations de maintenance ne pouvaient pas
être assurées par SAS EUROPE SERVICE endéans le délai requis - *quod non* -
cela relève de l’exécution du marché, qui ne concerne pas la requérante.

La troisième branche du troisième moyen n’est pas fondée. »

C. Dernier mémoire de la partie adverse après rapport complémentaire

La partie adverse expose ce qui suit :

« -1. Dans la première branche de son troisième moyen, la partie requérante soutient
que la décision querellée violerait les dispositions et principes qu’elle énonce pour
le motif, notamment, que l’adjudicataire du marché n’a pas prouvé qu’il se trouvait
dans une situation de non-faillite après que la partie adverse l’ait invité à
communiquer les documents probants utiles. Dans son rapport, Madame le Premier
Auditeur observe que: “Le dossier administratif complémentaire comporte les
courriers échangés avec la société SAS EUROPE SERVICE à ce sujet. Toutefois,
aucune annexe à ces courriers ne concerne la situation de non-faillite de la société.
L’ □ attestation sur l’honneur de non-faillite □ annoncée dans le texte de l’un des
courriels n’y est pas annexé et l’en-tête du courriel ne mentionne pas de pièce
jointe. En conséquence, le dossier administratif, même complété, ne permet pas de
vérifier que la partie adverse a fondé le constat selon lequel □ la société SAS
EUROPE SERVICE est en ordre en matière de faillite □ sur des pièces admissibles
et pertinentes au regard des exigences du cahier des charges”.

-2. Le constat posé par Madame le Premier Auditeur dans son rapport est exact.
Les pièces complémentaires du dossier administratif communiquées par la partie
adverse en cours de procédure ne contiennent pas la preuve que l’adjudicataire du
marché a bien communiqué à la partie adverse la preuve qu’il ne se trouvait pas
dans une situation de faillite.

Cependant, il s’avère que l’ensemble des pièces du dossier administratif n’ont pas
été communiquées, notamment, celles relatives à la vérification de la situation de
non-faillite de l’attributaire du marché.

La partie adverse joint à son dernier mémoire l’ensemble des échanges entre elle,
les autorités et l’attributaire du marché dans le cadre des vérifications auxquelles
elle a procédé avant d’attribuer le marché litigieux à SAS EUROPE SERVICE,
ainsi que leurs annexes.

Ainsi que vous le constaterez (en page 9 du document joint en Annexe 1),
l’attributaire du marché a adressé le certificat de non-faillite à la partie adverse par
mail le vendredi 2 décembre 2016. Ce certificat de non-faillite est versé en

Annexe 2 au présent dernier mémoire. Cela correspond à ce qui figure dans le rapport d'analyse des offres : "La vérification relative à la non-faillite a eu lieu le 2/12/2016 et il en ressort que le soumissionnaire pressenti, la société SAS EUROPE SERVICE est en ordre en matière de faillite".

-3. Il est bien évidemment regrettable que l'ensemble des échanges dans le cadre de la vérification que l'attributaire pressenti ne se trouvait pas dans un cas d'exclusion visé à l'article 61, § 1^{er} et § 2, 1^o, 2^o ou 3^o de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'aient pas été communiqués plus tôt au Conseil d'État. La partie adverse le reconnaît et s'en excuse, spécialement auprès de Madame le Premier Auditeur et de la partie requérante. Il n'en demeure pas moins qu'elle a bien vérifié que l'attributaire du marché ne se trouvait pas dans une situation de faillite et qu'elle a bien obtenu la preuve qu'il était dans une situation non-faillite, comme elle l'a mentionné dans le rapport d'analyse des offres.

Il en résulte que la première branche du troisième moyen n'est pas fondée. Dès lors que selon le rapport de Madame le Premier Auditeur auquel la partie adverse se rallie, les autres moyens ne sont pas fondés, il faut conclure au rejet de la requête en annulation ».

D. Dernier mémoire de la partie requérante après rapport complémentaire

La requérante expose ce qui suit :

« Première branche (droit d'accès)

2.- Dans son dernier mémoire, la partie adverse expose

“ Le constat posé par Madame le Premier Auditeur dans son rapport est exact. Les pièces complémentaires du dossier administratif communiquées par la partie adverse en cours de procédure ne contiennent pas la preuve que l'adjudicataire du marché a bien communiqué à la partie adverse la preuve qu'il ne se trouvait pas dans une situation de faillite. Cependant, il s'avère que l'ensemble des pièces du dossier administratif n'ont pas été communiquées, notamment, celles relatives à la vérification de la situation de non-faillite de l'attributaire du marché”.

3.- Sur base des pièces communiquées en annexe à son dernier mémoire, la partie adverse conclut au non fondement du moyen.

4.- Il apparaît que le dossier administratif, tel que communiqué initialement au Conseil d'État, était incomplet. A la demande de la requérante, la partie adverse a opéré un complément le 27 janvier 2020. Mais à cette date, le dossier était toujours lacunaire la partie adverse attendant le dépôt d'un rapport complémentaire avant de communiquer de nouvelles pièces. Au jour d'aujourd'hui, le dossier administratif n'est toujours pas complet, dès lors que, selon le dernier mémoire de la partie adverse : "l'ensemble des pièces du dossier administratif n'ont pas été communiquées, notamment, celles relatives à la vérification de la situation de non-faillite de l'attributaire du marché" : par l'emploi de l'adverbe "notamment", la partie adverse confirme l'incomplétude actuelle du dossier administratif.

5.- Un dossier administratif se dépose et ne se compose. Il apparaît que la partie adverse distille les pièces qu'elle estime convenable de communiquer et retient par devers elle les autres pièces, ce qui ne se peut.

6.- Dans ces circonstances, la question se pose de savoir si le Conseil d'État peut avoir égard aux pièces communiquées en annexes au dernier mémoire. Pour la requérante, la réponse est négative.

7.- Selon le dossier administratif déposé initialement par la partie adverse, SAS EUROPE SERVICE ne pouvait avoir accès au marché. La conclusion est identique selon le dossier administratif complémentaire

8.- Ne reposant pas sur les pièces du dossier administratif, l'acte attaqué ne se fonde pas sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles. Sa

motivation formelle n'est en outre pas adéquate.

Deuxième branche (absence des statuts)

9.- Selon le rapport, le moyen en cette branche n'est pas fondé :

“ 1. L'obligation de joindre □ les statuts de la société et la preuve des pouvoirs d'engager la société du signataire de l'offre □ est prescrite par le cahier des charges aux fins de vérification de la validité de la signature. Il ne s'agit pas d'une obligation sanctionnée par l'irrégularité absolue de l'offre.

2. Après avoir constaté que □ sur base des documents joints à l'offre, les pouvoirs du signataire ne sont pas confirmés □, la partie adverse a réclamé à SAS EUROPE SERVICE □ les statuts de la société ou tout autre document permettant de confirmer le pouvoir de signature de Monsieur LAFON □. En réponse à cette demande, SAS EUROPE SERVICE a adressé un extrait Kbis émis par le Greffe du Tribunal de Commerce d'Aurillac, dont il ressort que Monsieur LAFON Guy est président de la SAS EUROPE SERVICE. La partie adverse a ainsi pu valablement constater que Monsieur LAFON Guy avait, de ce fait, tout pouvoir d'engager la société, selon l'article L227-6 du Code de Commerce français.

3. La partie adverse a minutieusement examiné la régularité formelle de l'offre. Elle a valablement pu considérer que l'extrait Kbis palliait l'absence des statuts. Elle a exprimé son raisonnement dans une motivation formelle complète et adéquate, qui se lit comme suit : ...”

10.- Ce raisonnement repose sur le constat que l'extrait Kbis palliait l'absence des statuts. Or, la partie adverse exigeait deux éléments :

- les statuts;
- la preuve que le signataire de l'offre pouvait valablement engager le soumissionnaire.

Si l'extrait Kbis permet de répondre à la seconde exigence, il ne se substitue pas à la première. Au point de vue formel, l'acte attaqué révèle pour quel motif les pouvoirs du signataire de l'offre ont été confirmés. Mais rien dans la motivation n'indique que l'extrait K bis pallie l'absence des statuts, dès lors qu'il s'agit d'une exigence distincte des pouvoirs du signataire.

11.- L'examen du dossier administratif initial, ainsi que l'échange de correspondance communiqué le 27 janvier 2020 confirme que les statuts étaient manquants, ont été demandés mais n'ont jamais été fournis.

12.- Dans la mesure où la partie adverse s'est réservée le droit d'exclure, ou non, tout soumissionnaire qui n'aurait pas joint les documents requis, le devoir de motivation pesant[sur] elle lui imposait de révéler formellement les raisons de son choix. Sa motivation sur ce point ne peut donc être tenue pour adéquate.

troisième branche

13.- Le rapport sur l'affaire juge cette branche du moyen infondée : “Dans son offre, SAS EUROPE SERVICE s'engage clairement sur l'intervention des véhicules atelier □ sous 24 à 48 h maxi □. Le respect du délai prescrit de □ 2 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande □ pour les réparations classiques est donc expressément confirmé.

À supposer, comme le suggère la partie requérante, que les réparations exceptionnelles ne puissent pas être assurées par les véhicules ateliers, mais doivent être effectuées □ en agence □ à 800 km des installations de la partie adverse, rien ne permet d'affirmer qu'il serait impossible de respecter le délai de □ maximum 8 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande □. La troisième branche du troisième moyen manque en fait”.

14.- Pourtant, l'offre même de l'attributaire confirme que les travaux de maintenance seront assurés par son service mobile de camions ateliers, alors que les travaux de maintenance lourds - et le cahier spécial des charges - supposent une intervention “en agence”. Dans la mesure où cet atelier est situé à AURILLAC, soit

à près de 800 kilomètres des installations de la partie adverse, SAS EUROPE SERVICE n'en a pas proposé l'usage pour réaliser les opérations de maintenance et de réparation "en agence".

15.- Mais ce faisant, SAS EUROPE SERVICE ne s'engageait pas sur certaines des prestations de services objet du marché public considéré ou, à tout le moins, exprimait une réserve au sujet de ces prestations. *A fortiori*, le délai d'exécution - et non d'intervention - pour des réparations lourdes ne pouvait être respecté.

16.- Constitue une irrégularité substantielle d'une offre celle qui est de nature à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Partant, l'offre de SAS EUROPE SERVICE ne pouvait être tenue pour régulière par la partie adverse, qui n'a pas examiné celle-ci de manière minutieuse et n'a pas apprécié sa régularité aux termes d'une motivation adéquate.

17.- Une intervention lourde en agence à AURILLAC suppose :

- de trouver un transporteur et un moyen de chargement sur le camion;
- un temps de transport considérable en raison de pauses obligatoires pour les camions, qui ne peuvent pas rouler le samedi à partir de 16h et le dimanche.

Au vu de ces contraintes, il reste un jour pour réaliser l'intervention en espérant que EUROPE SERVICE a toutes les pièces pour faire la réparation.

Un tel délai est tout à fait illusoire.

18.- A supposer que le Conseil d'État éprouve un doute sur cette question technique, il est loisible de faire trancher cette question par voie d'expertise, laquelle aurait pour objet de vérifier si, avec un atelier de réparation situé à AURILLAC, le respect des délais imposé par le cahier spécial des charges est ou n'est pas possible.

19.- Le troisième moyen est fondé. »

VI.2 Appréciation du Conseil d'État

Soulevé dans la note d'observations déposée par la requérante dans le cadre de la réouverture des débats et sur la base de la levée de confidentialité de l'offre du soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE décidée par l'arrêt n° 246.374 du 11 décembre 2019, le troisième moyen met en cause, au travers de chacune de ses trois branches, la manière dont la partie adverse a traité l'offre de ce soumissionnaire.

Sa recevabilité n'a pas été contestée et n'apparaît pas devoir être mise en cause.

A. Quant à la première branche

En sa première branche, le moyen fait valoir que le constat de l'acte attaqué relatif à la situation de non-faillite de l'attributaire du marché litigieux ne repose pas sur les pièces du dossier administratif, de sorte que cet acte ne se fonde pas sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

À l'appui du dernier mémoire établi à la suite du dépôt du rapport complémentaire de l'auditeur rapporteur, la partie adverse a déposé le certificat

attestant la non-faillite du soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE, certificat qu'elle avait annexé à un courriel adressé à la partie adverse le 9 décembre 2016 et sur lequel celle-ci s'est fondée pour effectuer la vérification de la situation de ce soumissionnaire.

Ni la communication de ce certificat dans le courant de la procédure de passation du marché litigieux, ni le fait que la partie adverse se soit fondée sur cette pièce pour vérifier la situation de non-faillite du soumissionnaire concerné ne sont contestés par la requérante et n'apparaissent devoir être mis en cause. Dans ces circonstances, le dossier administratif, ainsi complété, permet de vérifier que la partie adverse a fondé le constat selon lequel le soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE est en ordre en matière de faillite sur des pièces admissibles et pertinentes au regard des exigences du cahier des charges.

Dans son dernier mémoire après dépôt du rapport complémentaire de l'auditeur rapporteur, la requérante met en cause les effets du dépôt de la pièce litigieuse à ce stade de la présente procédure devant le Conseil d'État. Il n'apparaît toutefois pas – et n'a d'ailleurs pas été soutenu, en particulier dans le dernier mémoire – que le manque de diligence – certes regrettable – de la partie adverse dans la communication de la pièce litigieuse aurait porté atteinte à des garanties procédurales, au préjudice de la requérante. Par ailleurs, celle-ci semble suggérer – au travers des développements de son dernier mémoire après rapport complémentaire – que – la pièce litigieuse n'ayant été versée ni au dossier administratif déposé initialement, ni au dossier complémentaire, mais *in extremis* – le Conseil d'État ne pourrait y avoir égard et l'acte attaqué ne reposerait pas sur les pièces du dossier administratif. Cette thèse de la requérante appelle les deux éléments de réponse suivants, qui imposent de la rejeter : d'une part, la circonstance que la pièce n'a été déposée qu'avec le dernier mémoire après réouverture des débats n'autorise à considérer ni qu'elle ne figure pas au dossier administratif, ni que l'acte attaqué ne repose pas, s'agissant du constat de non-faillite, sur une pièce du dossier administratif; d'autre part, ce que la requérante estime être un dépôt tardif de pièce n'appelle pas la sanction qui, selon elle, s'imposerait, dès lors – en particulier – qu'au moment où il statue sur le recours, le Conseil d'État est bien en mesure d'examiner la critique de légalité de l'acte attaqué au regard des pièces qui figurent alors au dossier administratif.

Le moyen ne peut être déclaré fondé en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

En sa deuxième branche, le moyen reproche à la partie adverse un manquement à son obligation de motivation formelle qui, selon la requérante, lui aurait imposé, en l'espèce, de révéler les raisons de ne pas exclure l'attributaire du marché, alors qu'il n'avait pas communiqué ses statuts, en méconnaissance des prescriptions des documents du marché et en dépit de la demande qui lui avait été adressée à cette fin par la partie adverse.

Dans son rapport rédigé sur la base de l'article 13 du Règlement général de procédure, l'auditeur rapporteur examine, dans les termes suivants, la deuxième branche du moyen :

- « 1. L'obligation de joindre "les statuts de la société et la preuve des pouvoirs d'engager la société du signataire de l'offre" est prescrite par le cahier des charges aux fins de vérification de la validité de la signature.
Il ne s'agit pas d'une obligation sanctionnée par l'irrégularité absolue de l'offre.
2. Après avoir constaté que "sur base des documents joints à l'offre, les pouvoirs du signataire ne sont pas confirmés", la partie adverse a réclamé à SAS EUROPE SERVICE "les statuts de la société ou tout autre document permettant de confirmer le pouvoir de signature de Monsieur LAFON".
En réponse à cette demande, SAS EUROPE SERVICE a adressé un extrait Kbis émis par le Greffe du Tribunal de Commerce d'Aurillac, dont il ressort que Monsieur LAFON Guy est président de la SAS EUROPE SERVICE.
La partie adverse a ainsi pu valablement constater que Monsieur LAFON Guy avait, de ce fait, tout pouvoir d'engager la société, selon l'article L227-6 du Code de Commerce français.
3. La partie adverse a minutieusement examiné la régularité formelle de l'offre. Elle a valablement pu considérer que l'extrait Kbis palliait l'absence des statuts. Elle a exprimé son raisonnement dans une motivation formelle complète et adéquate, qui se lit comme suit :

SAS EUROPE SERVICE :

L'offre est déposée par écrit.

Le formulaire de soumission et l'inventaire sont signés par M. Guy LAFON (PDG).

Sur base des documents joints à l'offre, les pouvoirs du signataire ne sont pas confirmés.

Mesure prise par le pouvoir adjudicateur :

Nous adressons un E-mail au soumissionnaire en date du 18/11/2016 lui réclamant les statuts de la société ou tout autre document permettant de confirmer le pouvoir de signature de Monsieur LAFON.

Résultat de la démarche entreprise par le pouvoir adjudicateur :

En réponse à notre demande, le soumissionnaire nous envoie la copie du document intitulé « Extrait Kbis Extrait d'immatriculation principale au registre de commerce et des sociétés » émis par le Greffe du Tribunal de Commerce d'Aurillac dont il ressort que Monsieur LAFON Guy est président de la SAS EUROPE SERVICE. Elle précise en outre que de ce fait, il a tout pouvoir selon la loi française d'engager la société.

En effet, selon les dispositions de l'Article L227-6 du Code de Commerce français : « La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. »

».

Le Conseil d'État fait sienne cette analyse, dont les développements du dernier mémoire ne le conduisent pas à se départir, mais à observer ce qui suit : dans son rapport complémentaire, l'auditeur rapporteur relève – sans être contesté à ce sujet dans le dernier mémoire de la requérante – que l'obligation de joindre les statuts du soumissionnaire ainsi que la preuve des pouvoirs d'engager celui-ci, dans le chef du signataire de l'offre, était prescrite aux fins de vérification de la validité de la signature. Par ailleurs, sur la base des informations contenues dans l'extrait Kbis émis par le greffe du tribunal de commerce d'Aurillac, lues en combinaison avec l'article L227-6 du Code de commerce français, la partie adverse a estimé – sans être contestée, sur ce point, par la requérante – qu'elle disposait des informations lui garantissant la validité de la signature de l'offre du soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE. Dans ces circonstances où les informations communiquées lui sont apparues suffisantes pour vérifier la validité des pouvoirs de signature, la partie adverse a pu considérer que la production de l'extrait Kbis palliait l'absence de communication des statuts, de sorte que, à son estime, ce défaut n'entachait pas d'irrégularité l'offre de ce soumissionnaire. Ce raisonnement se comprend suffisamment à la lecture du rapport d'analyse des offres, dont la motivation formelle apparaît ainsi complète et adéquate.

Le moyen ne peut être déclaré fondé en sa deuxième branche.

C. Quant à la troisième branche

En sa troisième branche, le moyen reproche, en substance, à la partie adverse de n'avoir pas tenu pour être entachée d'irrégularité substantielle l'offre du soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE, celui-ci n'ayant pu, selon la requérante, s'engager sur certaines des prestations faisant l'objet du marché, à savoir les réparations lourdes devant être assurées en agence, dans un délai de maximum huit jours ouvrables à courir dès l'émission du bon de commande. Pour établir que l'attributaire du marché n'a pas pu s'engager sur ces prestations, la requérante fait valoir en particulier que ces prestations ne pouvaient être assurées, dans le délai prescrit, dans l'atelier d'Aurillac (France) dont se prévaut ce soumissionnaire pour justifier sa capacité technique.

Dans son rapport rédigé sur la base de l'article 13 du Règlement général de procédure, l'auditeur rapporteur examine, dans les termes suivants, la troisième branche du moyen :

« 1. Au sujet des délais d'exécution, le cahier des charges dispose comme suit:

4. DELAI D'EXECUTION DU MARCHE

La fourniture doit être livrée dans un délai à exprimer en jours calendrier que le soumissionnaire est tenu de mentionner dans son offre. Ce délai commence à courir à partir du troisième jour ouvrable qui suit la date d'envoi du bon de commande.

Pour la partie « services », le présent marché prend cours le premier jour de calendrier qui suit le jour de la notification de la conclusion du marché et est conclu pour une période de 10 ans. Il n'est pas prévu de prolongation de la durée du marché.

La livraison des fournitures prévues au présent cahier spécial des charges doit, dans tous les cas, être terminée dans les délais prévus.

Le délai d'exécution de chaque commande de réparation sera :

- de 2 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande, pour les réparations classiques.
- de maximum 8 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande, en cas de réparation exceptionnelle (pièces qui ne sont pas en stock, grosse panne, etc.).

En ce qui concerne la fourniture, le délai doit être exprimé dans l'offre en jours calendrier.

En ce qui concerne les services, le cahier spécial fixe précisément les délais d'exécution qui devront être respectés.

2. En l'espèce, les délais d'exécution des services de réparation ne constituent pas un critère d'attribution, mais une condition d'exécution du marché.

En déposant son offre, le soumissionnaire s'engage à respecter les délais prescrits. Le respect de ces délais est une question relative à l'exécution du marché.

3. Dans son offre, SAS EUROPE SERVICE s'engage clairement sur l'intervention des véhicules atelier "sous 24 à 48 h maxi". Le respect du délai prescrit de "2 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande" pour les réparations classiques est donc expressément confirmé.

À supposer, comme le suggère la partie requérante, que les réparations exceptionnelles ne puissent pas être assurées par les véhicules ateliers, mais doivent être effectuées "en agence" à 800 km des installations de la partie adverse, rien ne permet d'affirmer qu'il serait impossible de respecter le délai de "maximum 8 jours ouvrables commençant à courir dès l'émission du bon de commande" ».

Le Conseil d'État fait sienne cette analyse, dont les développements du dernier mémoire ne le conduisent pas à se départir. À ce propos, il doit plus spécialement être observé ce qui suit :

- Aux points 13 à 16 de son dernier mémoire, la requérante réitère, en substance, son argumentation de l'exposé du moyen dans la note déposée dans le cadre de la réouverture des débats. Elle y tient notamment pour acquis que les travaux de maintenance « lourds » ne pourraient être exécutés qu'en agence, soit – pour le soumissionnaire SAS EUROPE SERVICE – dans l'atelier dont dispose celui-ci à Aurillac. Ce postulat relève davantage de la supputation que du constat d'une réalité dûment établie. Par ailleurs, rien dans le cahier spécial des charges du marché litigieux n'exige que les réparations exceptionnelles soient nécessairement assurées en agence et non par les véhicules ateliers, tels que ceux dont le soumissionnaire concerné a déclaré disposer, en particulier à proximité de la frontière belge. Il s'ensuit que le postulat en fait sur lequel repose le moyen ne peut être vérifié.
- Aux points 17 et 18 de son dernier mémoire, la requérante fait notamment état des contraintes pratiques qu'imposerait une intervention à assurer dans l'atelier d'Aurillac et en raison desquelles le respect du délai prescrit s'avère illusoire. Ces considérations sont vaines, compte tenu de ce que le postulat en fait duquel elles procèdent ne peut, comme cela vient d'être observé, être vérifié. Pour la même raison, il ne s'indique pas de donner suite à la mesure d'expertise suggérée par la requérante.

Le moyen ne peut être déclaré fondé en sa troisième branche.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement

de l'indemnité de procédure, fixée à son montant de base.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

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

Le rejet de la requête justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante.

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 24 octobre 2022 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky