

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

n° 254.887 du 25 octobre 2022

A. 237.331/VI-22.424

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
unipersonnelle PROVITEC,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Éric BALATE et
Alexandra DRUITTE, avocats,
rue du Gouvernement 50
7000 Mons,

contre :

la Zone de Secours Hainaut-Est,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe DUBOIS, Sophie JACQUES et
Thomas DERIDDER, avocat,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 septembre 2022, la SPRLU Provitec demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par le Collège zonal, en date du 9 septembre 2022 d'approuver les conclusions du rapport d'analyse technique de la direction de la Logistique du 1^{er} juillet 2022 et du rapport d'analyse des offres du 22 août 2022 ayant pour conséquence d'écarter l'offre de la SPRLU Provitec pour les lots 1 – 7 – 8 – 9 – 12 et 14 et de les attribuer :

- pour les lots 7, 8, 9 à CondorSafety BV;
- pour le lot 1 à Dräger Safety Belgium ;
- pour les lots 12 et 14 à Vandeputte Safety SA ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 septembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 octobre 2022.

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

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

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

M^e Alexandra Druitte, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Thomas Deridder, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« La SPRLU Provitec est une société active dans la fabrication et la distribution d'équipements pour sapeurs-pompiers et services d'urgence.

En date du 1^{er} avril 2022, la Zone de secours a publié un marché public d'achat de fournitures portant sur l'acquisition d'équipements de protection individuelle pour la zone de secours Hainaut-Est et ce, sur pied de l'article 36 § 1^{er} et 2.22° de la loi du 17 juin 2016.

Ce marché fait l'objet d'un cahier spécial des charges numéro ZOHE 001/2022 qui précise en son article 2 que ledit marché est divisé en 14 lots. (...)

L'ouverture des offres était prévue le 30 mai 2022.

La partie requérante a déposé offre pour les lots 1, 7, 8, 9, 12 et 14.

Le CSC prévoit en son article 17 que le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse en se fondant sur le meilleur rapport qualité / prix tenant compte des critères d'attribution suivants :

Lot 1 :

Le prix : 300 points

Les capacités techniques : 200 points

Le délai de livraison : 50 points

Lot 7 :
Le prix : 300 points
La technique : 200 points :
Le délai de livraison : 20 points

Lot 8 :
Le prix : 300 points
La technique : 200 points
Le délai de livraison : 20 points

Lot 9 :
Le prix : 300 points
La technique : 200 points
Le délai de livraison : 20 points

Lot 12 :
Le prix : 80 points
Le délai de livraison : 20 points

Lot 14 :
Le prix : 80 points
Le délai de livraison moyen : 20 points

L'ensemble des offres déposées par la partie requérante ont été écartées pour cause d'irrégularité.

Dans le cadre des offres qu'elle a remises, la partie requérante a systématiquement stipulé un délai de livraison exprimé en "jours calendrier" comme le demandait le CSC mais a également systématiquement précisé que le délai devait s'entendre "hors congés".

Le pouvoir adjudicateur a estimé que cette mention constituait une réserve, de nature à rendre l'engagement du soumissionnaire incertain et d'ajouter que dans la mesure où le délai est un critère d'attribution, cette remarque (ndlr "hors congés") constitue une irrégularité substantielle de nature à entacher de nullité des offres déposées et à contraindre le pouvoir adjudicateur à les écarter.

Il s'agit de la décision attaquée. »

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de « la violation des articles 4, 36, 81, 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative au marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, 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, des articles 1 à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs,

du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination, de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Première branche

En une première branche, elle fait valoir qu'en qualifiant la mention « hors congés » de réserve rendant l'engagement du soumissionnaire incertain d'une part et constitutif d'une irrégularité substantielle d'autre part, la partie adverse a méconnu l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi que son obligation de motiver formellement ses décisions selon les dispositions visées au moyen et qu'elle a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Elle expose que l'article 4 du cahier spécial des charges prévoit que le délai de livraison (l'un des critères d'attribution) doit s'exprimer en jours calendrier et que, dans la mesure où le délai est un critère d'attribution, le fait de ne pas le mentionner aura pour conséquence l'irrégularité substantielle de l'offre pour le lot concerné. Elle fait valoir qu'il ressort de la décision attaquée que la partie requérante a bel et bien mentionné, pour chacun des lots pour lequel elle a remis une offre, un délai de livraison exprimé en « jours calendrier » en précisant que ce délai devait s'entendre « hors congés ». Elle estime que, dès lors qu'elle a mentionné, dans son offre, un délai d'exécution en jours calendrier, il appert que la partie adverse ne pouvait automatiquement considérer que l'offre était entachée d'une irrégularité substantielle sans motiver sa décision et exercer valablement son pouvoir d'appréciation. Selon elle, en considérant purement et simplement que l'offre de la partie requérante était irrégulière, la partie adverse n'a donc pas motivé correctement sa décision.

Elle fait valoir également que, contrairement à ce que soutient la partie adverse dans sa décision, la précision de la mention « hors congés » ne rend pas incertain l'engagement du soumissionnaire, dès lors qu'elle permet au pouvoir adjudicateur d'être informé de ce que le délai de livraison peut être impacté par les périodes de congés, ce dont les autres soumissionnaires n'ont manifestement pas tenu compte. Elle allègue que l'ajout de la mention « hors congés » se justifie par les pénalités de retard qui sont prévues dans le cahier spécial des charges en cas de dépassement du délai. Elle expose à cet égard que l'article 123 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établit des pénalités à 0,1 % par jour de retard avec un maximum de 7,5 % de la valeur des fournitures et que le total des lots 7 à 9, pour lesquels le soumissionnaire a remis offre s'élevait, pour une livraison globale, à 463.300 € HTVA de sorte que le montant maximal des pénalités se serait élevé à 34.734, 50 €. Elle en conclut que c'est bien parce que le critère du délai de livraison est imprécis et soumis à plusieurs aléas que le soumissionnaire n'a eu d'autres choix que de

préciser que celui-ci devait s'entendre « hors congés ». Selon elle, il ne s'agit pas d'une « réserve » mais d'une précision quant à l'engagement du soumissionnaire.

La requérante souligne qu'elle n'est pas la seule à avoir émis des observations quant au critère du délai de livraison, le soumissionnaire Art & Voltige ayant également précisé un délai exprimé en « jours ouvrables » sous réserve, notamment pour le lot 2, de la disponibilité des tailles souhaitées, des stocks disponibles ou des délais de fabrication.

Elle considère que, le critère n'étant ni clair, ni univoque, elle n'avait pas d'autre choix que de préciser que le délai de livraison devait s'entendre « hors congés » sans quoi elle risquait, en cas de non-respect du délai si le marché lui était attribué, de se voir infliger de lourdes pénalités de retard. Elle fait valoir que la non-conformité d'une offre (à considérer que celle-ci soit établie, *quod non* en l'espèce) qui résulte de l'impossibilité de respecter certaines prescriptions des documents du marché dans laquelle l'adjudicateur a lui-même placé le soumissionnaire ne peut être constitutive d'une irrégularité substantielle sans méconnaître les dispositions visées au moyen.

Seconde branche

En une seconde branche, après avoir reproduit l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la partie requérante fait valoir ce qui suit :

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

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

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

Par conséquent, le soumissionnaire qui obtient la note la plus élevée se voit attribuer le lot visé.

Le pouvoir adjudicateur a choisi, pour chacun des lots concernés par la présente procédure, le prix comme premier critère d'attribution dont la cotation varie entre 300 et 80 points.

En second lieu, pour certains lots, le pouvoir adjudicateur a choisi les capacités techniques, lesquelles sont notées sur 200 points.

Dans tous les lots, le pouvoir adjudicateur a également prévu un critère relatif au délai de livraison.

Si l'on considère que le critère du délai de livraison est pertinent pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, - ce qui, à l'estime de la partie requérante n'est pas le cas - force est de constater qu'il existe, pour les lots dans lesquels les capacités techniques du soumissionnaire devaient être évaluées (lot 1, lot 5, lot 7, lot 8 et lot 9) un déséquilibre important entre le critère du prix (300 points), de la capacité technique (200 points) et du délai de livraison (10 à 20 points) ce qui revient à neutraliser ce critère.

Par conséquent, les offres ne peuvent être différenciées qu'au regard des critères du prix et de la capacité technique de sorte que les critères, tels que prévus, et singulièrement le critère relatif au délai de livraison, tel que pondéré, n'est pas de nature à permettre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Partant, l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 est violé.

Dans le même ordre d'idée, pour les lots pour lesquels la partie requérante a déposé une offre dans le cadre de laquelle seuls le prix et le délai de livraison devaient être analysés comme critère d'attribution, à savoir les lots 12 et 14, la partie requérante considère que la pondération des critères d'attribution ne permet pas non plus au pouvoir adjudicateur de déterminer quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse.

Etant donné que les lots 12 et 14 ont été attribués à la Vandeputte Safety SA qui est la seule firme à avoir remis, selon le pouvoir adjudicateur, une offre régulière, aucun classement n'a été opéré pour ces lots.

Toutefois, la partie requérante constate, sur base du rapport d'analyse des offres (...), que s'agissant du lot n° 6, celui-ci a été attribué à la même firme (Vandeputte Safety SA) qui obtient la cotation finale la plus élevée alors même que le montant de son offre est **supérieure** au montant de l'offre déposée par la SA MATISEC.

Il ne peut donc être exclu que si une telle analyse avait été réalisée pour les lots 12 et 14, elle aurait abouti au même résultat.

Ainsi, s'agissant du lot n° 6, l'analyse des critères d'attribution se présente comme suit :

Le prix – 80 points

FIRMES	Prix unitaire € HTVA	Points obtenus 80 points
Matisec SAS	102,05	80,00
Vandeputte Safety SA	115,50	70,68

Le délai de livraison- 20 points

FIRMES	Délai de livraison en jours de calendrier	Points obtenus 20 points
Matise SAS	30	9,33
Vandeputte Safety SA	14	20

Cotation finale :

FIRMES	Prix	Délai	Total des points obtenus 100 points
Matise SAS	80	9,33	89,33
Vandeputte Safety SA	70,68	20	90,68

Il ressort des tableaux reproduits ci-dessus que le marché a été attribué à l'adjudicataire qui a remis une offre dont le prix était plus élevé que celui de son concurrent.

À l'estime de la partie requérante, une offre présentant un prix plus élevé ne peut, sans autre motivation, être considérée comme l'offre économiquement la plus avantageuse sauf à méconnaître les dispositions visées au moyen.

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

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

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

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

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

Il n'est pas évident, à la lecture du Cahier Spécial des Charges, d'identifier le critère sur base duquel la partie adverse a entendu déterminer quelle était l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il ressort toutefois du Cahier Spécial des Charges, eu égard à la valeur de celui-ci, que le critère du prix était déterminant. (80 points ou 300 points).

Partant de ce constat, le critère relatif au délai de livraison est irrégulier puisqu'il ne permet pas, à l'estime de la partie requérante, d'apprécier valablement et véritablement que l'offre qui obtient le meilleur classement au score final est bien l'offre économiquement la plus avantageuse et ce, en méconnaissance de l'article 81 précité.

En effet, "dans l'appréciation de la légalité d'un critère d'attribution, il y a lieu d'avoir égard non seulement à son énoncé et à son contenu, mais aussi aux résultats que donne son application" or, il apparaît qu'en procédant comme cela est imposé dans le cahier spécial des charges et en additionnant le score obtenu pour le prix de l'offre (80 points ou 300 points) et pour le délai de livraison (20 points), le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse puisqu'une telle addition permet qu'une offre plus onéreuse soit finalement sélectionnée comme cela a été le cas pour le lot n° 6.

Cela peut donc aboutir à favoriser des pratiques qui consistent, pour un soumissionnaire, à indiquer des délais de livraison très courts et irréalisables en ayant la garantie d'obtenir la note maximale pour le critère y relatif et d'augmenter son résultat final même si son prix est, *in fine*, plus élevé avec la conséquence que le marché peut être attribué à un soumissionnaire qui n'a pas remis l'offre économiquement la plus avantageuse mais qui obtient le meilleur score sur base de l'addition des points obtenus lorsque les critères d'attribution sont examinés conjointement.

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

Enfin, la partie requérante constate, à la lecture du rapport d'analyse des offres, s'agissant des lots pour lesquels elle a remis offre, que la partie adverse n'a retenu, pour chacun de ces lots, qu'un soumissionnaire ayant remis une offre régulière de sorte qu'elle a précisé qu'il n'y avait pas lieu d'établir un tableau des cotations en fonction des critères d'attribution qui figurent dans le cahier spécial des charges, précisant avoir vérifié que l'offre était parfaitement conforme aux attentes et besoins du pouvoir adjudicateur.

Dans l'hypothèse où un seul soumissionnaire a répondu à un marché, le pouvoir adjudicateur a malgré tout l'obligation d'analyser l'offre au regard des critères d'attribution.

Il en va de même lorsqu'une seule offre est retenue.

Ainsi, "La simple attribution de points ou une affirmation de portée générale, non étayée, ne constitue pas de ce point de vue une motivation suffisante.

Des motifs doivent fonder l'attribution des points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre."

Dans le cas d'espèce, la partie adverse se devait d'analyser les offres au regard des critères d'attribution ce que manifestement, elle est restée en défaut de faire.

À tout le moins, un tel examen ne ressort pas de la décision querellée dont la motivation ne permet même pas de s'assurer que les éléments relatifs à la capacité technique des soumissionnaires retenus ont été analysés.

Par conséquent, la décision d'attribution n'est pas adéquatement motivée et méconnaît l'article 81 de la loi du 17 juin 2016. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Pour chacun des lots pour lesquels la requérante dépose une offre, le rapport d'examen des offres, qui fait partie intégrante de la décision attaquée, constate que l'inventaire mentionne chacun des délais en l'assortissant de la réserve « hors congés ». Le rapport poursuit en ces termes :

« Une réserve est émise au niveau du délai de livraison, ce qui rend l'engagement du soumissionnaire incertain.
Attendu que le délai est un critère d'attribution, cette remarque pour ce lot constitue une irrégularité substantielle.
Effectivement, en l'absence de cette information essentielle, il n'est pas possible d'évaluer l'offre du soumissionnaire ni de la comparer à celle des autres soumissionnaires qui ont remis pour ce marché.
En conclusion :
La comparaison des offres n'étant plus possible, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle conformément à l'article 76 de l'AR du 18.04.2017. Par conséquent, l'offre de la firme Provitec SPRLU, pour le lot [...] est déclarée nulle et est écartée à ce stade de l'analyse des offres ».

A. Sur la première branche

Le point 4 du cahier spécial des charges, relatif au délai d'exécution du marché mentionne ce qui suit :

« Le présent marché prend cours le premier jour de calendrier qui suit le jour de la notification du marché et est conclu pour une période de 48 mois.
Le délai de livraison est à exprimer en jours de calendrier que le soumissionnaire est tenu de mentionner dans son offre (c'est-à-dire que tous les jours seront indistinctement comptés dans le délai).
Vu que le délai de livraison est un critère d'attribution : le fait de ne pas mentionner ce délai aura pour conséquence l'irrégularité substantielle de l'offre pour le lot concerné. Tous les jours sont indistinctement comptés dans le délai.
Tous les jours sont indistinctement comptés dans le délai. Ce délai commence à courir 3 jours ouvrables après la date du bon de commande.
La livraison des fournitures prévues au présent cahier spécial des charges doit, dans tous les cas, être terminée dans les délais prévus. »

La requérante soutient que, dès lors qu'elle a mentionné un délai d'exécution en jours calendrier, ainsi que le prescrit le cahier spécial des charges, la partie adverse ne pouvait considérer automatiquement que son offre était entachée d'une irrégularité substantielle et exercer valablement son pouvoir d'appréciation.

Selon elle, la mention indiquant que les délais en cause devaient s'entendre « hors congés » ne constitue qu'une précision quant à l'engagement du soumissionnaire.

Le cahier spécial des charges mentionne, en son point 4, que les délais de livraison devaient être exprimés en jours de calendrier, en précisant, à plusieurs reprises d'ailleurs, que « tous les jours sont indistinctement comptés dans le délai ». Il indique que l'absence de mention du délai de livraison dans l'offre constitue une irrégularité substantielle, ce délai constituant un critère d'attribution. La partie adverse a pu considérer que, dès lors que l'offre propose des délais excluant les jours de congés alors que les documents du marché imposent de compter indistinctement tous les jours, celle-ci est affectée d'une irrégularité substantielle. C'est apparemment à juste titre que le pouvoir adjudicateur considère que la réserve assortissant l'indication des délais rend impossible la comparaison des offres. Vainement la requérante soutient-elle que la précision « hors congé », figurant dans son offre, permet au pouvoir adjudicateur d'être informé sur le fait que le délai de livraison est impacté par les périodes de congé. En effet, ces périodes n'étant pas précisées dans l'offre, leur incidence exacte sur les délais de livraison n'était pas connue, de sorte que la partie adverse n'était pas en mesure de comparer son offre à celle des autres soumissionnaires, ce que tendait précisément à éviter l'obligation de compter indistinctement tous les jours dans le délai. Il peut d'ailleurs être relevé que l'article 116, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics prévoit que si le délai de livraison est fixé en jours, semaines ou mois de calendrier, il est suspendu pendant la fermeture de l'entreprise pour vacances annuelles, sauf si, comme tel est le cas en l'espèce, le délai constitue un critère d'attribution.

La requérante ne peut être suivie en ce que, pour justifier la présence de réserves à propos des périodes de congé, elle fait valoir que le critère du délai de livraison est imprécis et soumis à plusieurs aléas. Elle n'expose pas en quoi ce critère serait imprécis. Si elle fait état de ce qu'un autre soumissionnaire a également fait une réserve à propos du délai, cette circonstance n'est pas de nature à étayer sa thèse dès lors que l'offre en question a également été déclarée irrégulière.

En sa première branche, le moyen n'est pas sérieux.

B. Sur la seconde branche

La requérante conteste le choix du délai de livraison comme critère d'attribution ainsi que la pondération retenue pour ce critère. Par ailleurs, elle critique la motivation de l'acte attaqué, qui, s'agissant des lots pour lesquels elle a

remis offre, ne comporte, selon elle, aucune analyse au regard des critères d'attribution.

Aux termes de l'article 81, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

- 1° sur la base du prix ;
- 2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;
- 3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :
 - a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué ;
 - b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ;
 - c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité ».

Il ressort de la disposition précitée qu'est laissée aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Les choix opérés doivent leur permettre d'apprécier la qualité ou la valeur des offres et d'identifier celle qui est l'« offre économiquement la plus avantageuse » sur la base du prix, du coût ou du meilleur rapport qualité/prix, conformément aux prévisions de l'article 81 susvisé. Le contrôle exercé par le Conseil d'État sur le choix de ces critères et leur pondération est marginal et limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Force est de constater que, conformément à l'article 81, § 2, , 3°, c), de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur peut choisir le délai de livraison comme critère d'attribution. Il n'est pas démontré qu'en choisissant ce critère, dont la requérante n'allègue pas qu'il serait sans lien avec l'objet du marché, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation. Le délai dans lequel des équipements de protection sont susceptibles d'être livrés peut en effet ne pas être indifférent pour les services de secours. Il paraît donc pouvoir être pris en considération pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse fondée

sur le meilleur rapport qualité/prix. En conséquence, les critiques de la requérante du choix du délai de livraison comme critère d'attribution ne semblent pas pouvoir être retenues.

S'agissant des critiques relatives à la pondération de ce critère, il convient de distinguer deux catégories de lots : d'une part, les lots 1, 5, 7, 8 et 9, pour lesquels sont prévus trois critères d'attribution (le prix, les aspects techniques et le délai de livraison) et, d'autre part, les lots 12 et 14, pour lesquels sont prévus deux critères d'attribution (le prix et le délai de livraison).

En ce qui concerne les lots 1, 5, 7, 8 et 9, la requérante soutient qu'à supposer que le critère relatif au délai de livraison soit pertinent pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, la pondération qui lui est reconnue par rapport à celle attribuée aux deux autres critères est si faible qu'il est neutralisé et qu'il ne peut donc pas jouer le rôle qui devrait être le sien. Rapporté à une valeur de 100, le critère relatif au délai de livraison représente 9,09 points pour le lot 1 ; 6,25 points pour le lot 5 et 3,85 points pour les lots 7, 8 et 9. Il n'est pas exceptionnel que l'écart entre les points attribués aux soumissionnaires soit infime, de sorte qu'il n'apparaît pas impossible, en principe, que même l'attribution de 3,85 points puisse faire la différence. Au demeurant, il n'y a pas lieu d'avoir égard au lot 5, la partie requérante n'ayant pas déposé offre pour ce lot. Les pondérations du critère concerné ne paraissent pas, au terme d'un examen *prima facie* en référé d'extrême urgence, procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.

En ce qui concerne les lots 12 et 14, tout en relevant qu'aucun classement n'a été effectué dès lors que l'attributaire est la seule firme qui, selon le pouvoir adjudicateur, a remis une offre régulière, la requérante soutient que la pondération entre les deux critères d'attribution retenus, à savoir le prix (80 points) et le délai (20 points) peut aboutir à attribuer le marché au soumissionnaire ayant fait une offre dont le prix est le plus élevé, ce qui a été le cas, par exemple, pour le lot 6. Elle estime qu'une offre présentant un prix plus élevé ne peut, sans autre motivation, être considérée comme l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette thèse ne peut être suivie. En effet, le critère relatif au prix n'est pas le seul critère d'attribution choisi par la partie adverse. Si la pondération du critère prix est plus importante que la pondération du critère relatif au délai de livraison, il n'en résulte pas que le pouvoir adjudicateur aurait été tenu d'attribuer les lots concernés au soumissionnaire ayant remis l'offre la moins chère. Si la partie adverse avait eu l'intention d'attribuer les lots du marché au soumissionnaire ayant déposé l'offre la moins chère, elle aurait choisi le prix comme seul critère d'attribution. Rien n'interdit au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus

avantageuse en privilégiant le critère relatif au prix tout en prévoyant d'autres critères permettant de départager des offres dont le prix est voisin.

Enfin, s'agissant de la critique relative à la motivation, il convient de relever que, pour chacun des lots pour lesquels la requérante a déposé offre, le rapport d'analyse des offres, qui est considéré comme faisant intégralement partie de l'acte attaqué, indique qu'une seule offre régulière a été remise et qu'il n'y a dès lors pas lieu d'établir un tableau des cotations en fonction des critères d'attribution, tout en précisant que « le pouvoir adjudicateur a toutefois vérifié que cette offre était parfaitement conforme à ses attentes et besoins et que les prix pratiqués étaient bien conformes aux prix usuellement pratiqués dans ce domaine d'activité, ce qui est effectivement bien le cas ». Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur n'a pas le choix de l'adjudicateur et la cotation de l'offre ne présente aucune utilité, sauf si les documents du marché fixent un seuil minimum de points à atteindre au regard de l'un ou l'autre critère d'attribution, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

En sa seconde branche, le moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit besoin de se prononcer, au stade actuel de la procédure, sur l'exception d'irrecevabilité soulevée à propos de cette branche par la partie adverse.

V. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre soit déposée à titre confidentiel. Il s'agit de la pièce 5 annexée à la requête.

La partie adverse dépose les pièces 13 à 18 du dossier administratif à titre confidentiel.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 5 annexée à la requête et 13 à 18 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 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 siégeant en référé, le 25 octobre 2022, par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky