CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.905 du 21 décembre 2012

G./A.207.091/VI-19.788

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée TRANSGEM,**
2. la société anonyme VANHEEDE ENVIRONNEMENTAL LOGISTIC,
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Me Louis DEHIN, avocat,
Mont Saint-Martin, n° 68,
4000 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée intercommunale de traitement des déchets liégeois,
en abrégé INTRADEL,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 22 novembre 2012, la société privée à responsabilité limitée TRANSGEM et la société anonyme VANHEEDE ENVIRONNEMENTAL LOGISTIC, ayant formé une société momentanée, sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "de la décision prise le 25 octobre 2012 dans le cadre du «Marché public de services de transport et de vidange de conteneurs grands volumes disposés dans les parcs à conteneurs Intradel» (CSCh. 12/01/INT) en ce que pour le lot 2 :

- Cette décision retient les cotations 96.47 pour l'association VANHEEDE-TRANSGEM et 97.11 pour SITA Wallonie, et classe par voie de conséquence seconde l'offre déposée par les parties requérantes en société momentanée;
- Et en ce qu'elle retient l'offre de base de la société SITA Wallonie SA et lui attribue le lot 2 ainsi que les deux options complémentaires".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 23 novembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 17 décembre 2012 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Louis DEHIN, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis contraire.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 14 mai 2012 est publié, dans le Bulletin des adjudications, l'avis de marché suivant :

" Section I : Pouvoir adjudicateur :
I.1) Nom, adresse et point(s) de contact
intercommunale INTRADEL, Port de Herstal, Pré Wigi,
A l'attention de Monsieur Luc JOINE, Directeur Général, 4040 HERSTAL, Belgique
[…]
Type de marché : Procédure ouverte, critères d'attributions : offre économiquement la plus avantageuse, appréciée en fonction des critères énoncés dans le cahier de charge, dans l'invitation à soumissionner ou à négocier, ou dans le document descriptif.

Section II : Objet du marché
[…]
Service de transport et de vidange de conteneurs grands volumes disposés dans les parcs à conteneurs - CSC12/01/INT.
II.1.2) Type de marché et lieu d'exécution, de livraison ou de prestations
Services
Catégorie de services numéro 16: Services de voirie d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues
Lieu principal d'exécution des travaux, de livraison des fournitures ou de prestation des services : Province de Liège

[...]
II.1.5) Description succincte du marché ou de l'acquisition/des acquisitions:
Le présent marché a pour objet des services de transport et de vidange de conteneurs appartenant à l'intercommunale INTRADEL et disposés dans ses parcs à conteneurs répartis dans la province de Liège.
[...]
II.1.8) Lots
Division en lots : oui
[…]
II. 2) Quantité ou étendue du marché
II.2.1) Quantité ou étendue globale:
les quantités estimées sont les suivantes:
- Lot 1 Condroz: 40 782 enlèvements et 1 147 368 km parcourus,
- Lot 2 Hesbaye : 47 534 enlèvements et 1 314 143 km parcourus,
- Lot 3 Liège-nord: 60 772 enlèvements et 816 855 km parcourus,
- Lot 4 Liège-sud: 41 844 enlèvements et 669 629 km parcourus,
- Lot 5 Vesdre : 41 514 enlèvements et 992 032 km parcourus.
Total lots 1 à 5 : 232 446 enlèvements et 4 940 027 km parcourus.
Option facultative n° 1 - nettoyage des conteneurs : 800 nettoyages.
Option facultative n° 2- réparation des conteneurs : 800 réparations.
- Lot 6 toutes zones 9 056 levées de conteneurs.
[…]".

III. 2. Le marché était divisé en 6 lots à savoir :

Lot 1 : Condroz : 40.782 enlèvements et 1.147.368 kilomètres parcourus,

Lot 2 : Hesbaye : 47.534 enlèvements et 1.314.143 kilomètres parcourus,

Lot 3 : Liège Nord : 60.772 enlèvements et 816.855 kilomètres parcourus,

Lot 4 : Liège Sud : 41.844 enlèvements et 669.629 kilomètres parcourus,

Lot 5 : Vesdre : 41.514 enlèvements et 992.032 kilomètres parcourus,

Total lots 1 à 5 : 232.446 enlèvements et 4.940.027 kilomètres parcourus.

III. 3. Le cahier spécial des charges applicable au marché en cause contient, dans sa première partie, un point III "Objet du marché", qui dispose :

" A. Généralités
Le présent marché a pour objet des services de transport et de vidange de conteneurs appartenant à l'intercommunale INTRADEL et disposés dans ses parcs à conteneurs répartis dans la province de LIEGE.
Le présent marché est un marché de services au sens de la catégorie A16 (9402) de l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993.
La durée du marché est de quatre ans.
L'adjudicateur devra être en mesure de démarrer l'exécution de ce marché au 1er janvier 2013.
Les modalités d'exécution de ce marché (délais d'enlèvements, fréquence des vidanges, quantités estimées, description des conteneurs etc...) sont plus amplement détaillées dans les quatrième et cinquième parties du présent cahier spécial des charges.
INTRADEL pourra recourir à la procédure négociée sans publicité pour attribuer à l'adjudicataire du présent marché des services nouveaux et similaires conformément à l'article 17 § 2 – 2° b de la loi du 24 décembre 1993.

B. Le marché est subdivisé en 6 lots :

Voir l'article 101 de la 2ème partie du présent cahier spécial des charges pour de plus amples informations.
[...]
Lot 2 : Zone Hesbaye - transport et vidange de conteneurs grands volumes dans les parcs à conteneurs de : Amay, Burdinne, Flemalle, Hannut, Huy, Remicourt, Saint-Georges, Wanze, Waremme et Wasseiges - Quantités présumées : 47.534 enlèvements et 1.314.143 kilomètres à parcourir.
[...]
Le soumissionnaire peut remettre offre pour un ou plusieurs lots qu'il a choisis.
Les lots 1 à 5 portent sur des prestations de services de transport de conteneurs grands volumes (à l'heure actuelle de 10 et 30 m³).
Ces conteneurs sont utilisés pour la collecte de différentes matières déposées par les usagers. Une fois remplis, ces conteneurs doivent être remplacés par des conteneurs vides dans les délais fixés par le pouvoir adjudicateur. Les conteneurs pleins doivent être transportés et vidangés dans les centres de versage désignés par le pouvoir adjudicateur.
Sont également concernés par ce marché, les prestations de service de transport des conteneurs grands volumes vers le(s) ateliers(s) de nettoyage et/ou réparation.
En cas de soumission pour un ou plusieurs des lots 1 à 5, le soumissionnaire sera tenu de mettre à disposition du pouvoir adjudicateur, par lot soumissionné, au moins un site clôturé et sécurisé pour y stocker des conteneurs. Ce site se situera à une distance moyenne inférieure à 35 kilomètres des parcs à conteneurs du lot considéré.
Le lot 6 porte sur des prestations de services de vidange de conteneurs d'une capacité de 5.000 litres et de transport des matières vers les centres de versage désignés par le pouvoir adjudicateur.
Ces conteneurs sont utilisés pour la collecte de différentes matières déposées par les usagers des parcs à conteneurs. Ces conteneurs doivent être vidangés sur place à une fréquence imposée par le pouvoir adjudicateur et selon des tournées hebdomadaires proposées par le prestataire. Le contenu de ces conteneurs doit ensuite être évacué vers les centres de versage désignés par le pouvoir adjudicateur.

C. Options facultatives
Pour les lots 1 à 5, le soumissionnaire qui le souhaite peut remettre une offre pour les services suivants :
• le nettoyage des conteneurs;
• la réparation des conteneurs.
[…]".

III. 3. Les offres devaient être déposées au plus tard le 6 août 2012.

III. 4. Les requérantes ont déposé une offre pour le lot 2 en société momentanée par pli daté du 3 août 2012.

Elles relèvent en termes de requête que précédemment, elles étaient en charge de ce service pour la Hesbaye.

III. 5. Par une décision du 25 octobre 2012, notifiée aux requérantes par pli recommandé du 7 novembre 2012, le conseil d'administration d'INTRADEL a, concernant le lot 2, préféré l'offre de la société anonyme SITA WALLONIE, celle-ci ayant obtenu 97,11 points sur 100, contre 96,47 pour les requérantes.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. EXTREME URGENCE

Les requérantes affirment avoir pris connaissance de la décision du 25 octobre 2012 par un courrier recommandé daté du 7 novembre 2012, reçu le 8 novembre 2012.

La requête a été introduite le 22 novembre 2012, soit dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

Les requérantes prennent un moyen unique, qu'elles qualifient de "Premier moyen", "de l'art. 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'art. 115 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics […] de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dont son art. 3, de l'art. 65/4 de la loi du 23 décembre 1993 (citée ci-avant) [sic], de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de la violation du principe d'égalité et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elles font valoir que, par l'acte attaqué, le pouvoir adjudicateur considère que l'offre de SITA WALLONIE est la plus intéressante, qu'elle l'a donc désignée comme "lauréate" du marché (lot 2) par un total de 97,11 points, qu'elle a rejeté leur offre, en la classant seconde avec un total de 96,47 points, que "la seule motivation de cette décision est un renvoi pur et simple à un document de comparaison réalisé par un directeur d'INTRADEL", que le rapport de comparaison des offres contient une explication du principe des notations qui ont été adoptées ainsi qu'un rappel des critères de notation contenus dans le cahier spécial des charges et dans l'avis de marché et que le même rapport contient un développement du critère de notation du point 3 en deux sous-critères, divisés chacun en trois sous-sous-critères, alors que cela n'était pas annoncé par le cahier spécial des charges.

Les requérantes affirment que l'avis de marché mentionnait les critères de comparaison suivants :

" Offre économiquement la plus avantageuse, appréciée en fonction des critères suivants des critères énoncés dans le cahier des charges, dans l'invitation à soumissionner ou à négocier, ou dans le document descriptif",

et que le cahier spécial des charges prévoyait trois critères dans les termes suivants :

" Article 115 - Critères de cotation

Le marché sera attribué à l'offre régulière jugée la plus intéressante sur base des critères pondérés suivants :

Pour les lots 1 à 5 :
1°) Le prix : 55 points
2°) Les coûts énergétiques et environnementaux des véhicules affectés à l'exécution du présent marché : 30 points
3°) Plan d'organisation : 15 points".

Elle mentionne que dans le cadre de l'organisation, seuls les deux sous-critères suivants étaient retenus, à savoir :

" […]

Afin de permettre la cotation du point 3, le soumissionnaire joindra à son offre une note détaillant son organisation pour l'exécution du présent marché. Cette note doit permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier l'adéquation technique de l'offre sur les points suivants :
- L'organisation du soumissionnaire entre le moment où il reçoit la demande d'enlèvement et l'exécution complète de cette dernière (vidange du conteneur au centre de traitement), en détaillant chaque étape d'exécution de la demande (moyens techniques mis en oeuvre, nombre de personnes impliquées dans le suivi de la demande à chaque étape, ...);
- La manière dont le soumissionnaire organisera son planning d'enlèvement, tenant compte de la description des services faite dans les quatrième et cinquième parties du présent cahier spécial des charges (établissement des priorités d'intervention en fonction notamment des délais imposés, anticipation à court et moyen termes des demandes à venir, prise en compte des variations hebdomadaires et saisonnières de la charge de travail, distances de transports, principes d'affectation de la flotte, ...)
[…]."

Les requérantes soutiennent qu'elles ont obtenu le maximum pour le premier critère "prix", soit 55 points sur 55, qu'il en est de même pour le critère coûts énergétiques, soit 30 points sur 30, qu'en ce qui concerne le troisième critère, le pouvoir adjudicateur a divisé, dans le cadre du rapport de comparaison des offres signé par un fonctionnaire d'INTRADEL, chacun des deux sous-critères énoncés ci-avant en trois "sous-sous-critères".

Elles relèvent que, pour le premier sous-critère relatif à l'adéquation technique entre le moment de la commande et sa réalisation, le rapport de comparaison l'a divisé en trois "sous-postes", à savoir :

- Description de la prise en charge et de l'exécution d'une demande d'enlèvement (1.1)
- Camions et chauffeurs de réserve en cas d'indisponibilité, suivi des camions (entretien, réparations, leasing, remplacement,...), formation des chauffeurs (1.2)
- Personnel administratif mis à disposition, personnel de remplacement en cas d'indisponibilité, formation du personnel administratif (1.3),

que le deuxième sous-critère a été divisé par les postes suivants :

- Analyse logistique soutenant l'offre sur base des données d'exploitation communiquées, organisation proposée en vue d'anticiper la charge de travail, référence aux délais imposés, aux différents types de conteneurs, aux fluctuations d'activités sur la semaine et sur l'année, ... (2.1)
- Analyse des priorités d'exécution de demandes d'enlèvements en fonction des délais continus et discontinus et du taux d'exécution déterminé par le cahier spécial des charges (2.2)
- Soutien du service de dispatch via un ou plusieurs logiciels spécialisés.(2.3).

Les requérantes relèvent que, dans le cadre du sous-critère 1.1, la société SITA WALLONIE et elles-mêmes sont à égalité (4 points : maximum).

Qu'en ce qui concerne le point 1.2, elles ont obtenu 3 points et SITA WALLONIE 4 points, que, dans les notes de commentaires, les éléments développés pour chacun des candidats sont identiques, à savoir le nombre minimum de camions prévus respecté, un nombre supérieur chez VANHEEDE que chez SITA WALLONIE, chauffeurs de réserve ainsi qu'appel à du personnel formé par intérim tant pour les sociétés VANHEEDE et TRANSGEM que pour la société SITA WALLONIE, que seul un point semble faire la différence sans que cela soit motivé réellement, qu'il s'agirait du "bâchage et débâchage depuis le sol" pour la société SITA WALLONIE, que "reste un service qualité IS09001vanté par SITA mais aussi mentionné pour VANHEEDE", et que force est donc de constater à la lecture du rapport de comparaison des offres que la différence permettant d'obtenir un point complémentaire pour la société SITA WALLONIE, soit le point nécessaire pour remporter le marché, serait une question de bâchage et de débâchage depuis le sol.

Qu'en ce qui concerne le point 1.3, les deux offres sont comparées de manière identique et justifieraient toutes deux 3 points.

Les requérantes indiquent que, quant à ce sous-critère 1., ce qui semble faire la différence entre les deux candidats et donc entre les requérantes et le lauréat,

serait un bâchage et débâchage depuis le sol et éventuellement une évaluation 9001 alors que ces critères n'étaient ni mentionnés dans le cahier de charges, ni dans l'avis de marché et qu'en outre un des deux membres de l'association momentanée VANHEEDE - TRANSGEM disposait de cette certification.

Les requérantes relèvent ensuite que

" si l'on analyse le deuxième sous critère, on constate qu'alors qu'une simple organisation de planning d'enlèvement devait être donnée, laquelle devait démontrer une possibilité d'analyser les priorités et d'anticiper les variations de quantité ainsi que la prise en charge, on constate que sur le «sous sous critère 2.1», il a été considéré pour l'organisation et l'analyse logistique que la société momentanée ne pouvait obtenir qu'1 point mais que SITA en méritait 2. Or, d'après la motivation cela sera justifié par la possibilité d'utiliser «du personnel intérimaire formé pour le pic de travail, dispatcheurs formés et habitués aux prestations pour INTRADEL (pic d'activité, changement de lieux de vidange, ...)», Or, rien que la lecture du rapport de comparaison relative au sous sous-critère 1.2 démontre que le personnel intérimaire existait aussi pour la société momentanée requérante mais qu'en outre, elle disposait de personnel de réserve. La motivation de ce sous-critère est donc inadéquate (non conforme à la loi du 29 juillet 1991 et à l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1994 [sic]) et méconnait donc les dispositions visées au moyen mais aussi procède d'une erreur manifeste d'appréciation".

Qu'en ce qui concerne le point 2.2, les requérantes constatent qu'aucun point n'est attribué aux deux candidats en raison du fait qu'il n'y aurait pas d'analyse des priorités.

Qu'en ce qui concerne le point 2.3, chacun des candidats dispose d'ordinateurs de bord intégrés mais SITA WALLONIE disposerait d'un logiciel particulier, dit Ordigor, qui permettrait le suivi des véhicules en temps réel, une plateforme de communication entre les chauffeurs et le dispatch ainsi qu'une équipe d'informatique de développement de l'outil.

Selon les requérantes, des deux côtés, les systèmes sont identiques ou, à tout le moins, l'autorité aurait dû démontrer en quoi les systèmes n'auraient pas été identiques ou moins performants, qu'à défaut, les obligations de motivation visées au moyen ont été méconnues et qu'il s'agit d'un sous-sous-critère complémentaire par rapport à l'objectif déclaré dans le sous-critère prévu dans l'appel d'offre ainsi que dans le cahier spécial des charges.

Elles soutiennent que l'auteur du rapport de comparaison, soit un préposé d'INTRADEL, a induit des sous-sous-critères qui n'étaient contenus ni dans l'avis de marché ni dans le cahier spécial des charges, que le conseil d'administration a entériné ce rapport sans motiver et donc discuter les raisons pour lesquelles ces sous-sous-critères devaient être adoptés a posteriori, qu'ainsi, les conditions de comparaison des offres (sous et sous-sous-critères de comparaison) ont été décidées

par un fonctionnaire incompétent, seul le conseil d'administration pouvant prendre ce type de décision en application des articles 16 et 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 et 115 de son arrêté d'exécution visé au moyen.

Les requérantes se réfèrent aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 novembre 2005, ATIEAC et du 24 janvier 2008, LIANAKIS selon lesquels :

" afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative soient connues des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre".

Elles soutiennent que ces principes s'opposent à ce que, dans une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement les coefficients de pondération des sous-critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché.

Elles font valoir qu'en l'espèce, il a été fait appel dans l'analyse du troisième critère de comparaison prévu par le cahier spécial des charges à trois sous-sous-critères dans le cadre des deux sous-critères prévus, qu'elles auraient pu les rencontrer de manière différente s'ils avaient été explicités dans l'avis de marché ou à tout le moins dans le cahier spécial des charges, qu'il en est ainsi du "soutien du service de dispatch via un ou plusieurs logiciels spécialisés : cela n'était pas exprimé dans le cadre du cahier de charges et donc il n'y avait pas de possibilité d'imaginer que cela serait déterminant dans le cadre de la sélection du candidat (4 points à la place de 2)", de même que "pour l'analyse des priorités d'exécution des demandes d'enlèvement en fonction des délais continus et discontinus du taux d'exécution déterminé par le cahier spécial des charges", qu'il est de même pour le sous-critère 1.3 ou encore sous-critère 1.2. En outre, les requérantes soutiennent que ces nouveaux sous-sous-critères ont dépassé largement les objectifs fixés par les premiers sous-critères du point 3 de comparaison, qu'"ainsi, à titre d'exemple, en ce qui concerne le sous-sous-critère 1.1, il correspond totalement à l'avis de marché et au cahier spécial des charges et 4 points ont été octroyés à la partie requérante, cependant la correspondance de l'offre des requérantes à ce dernier est diminuée par les autres qui ne correspondent pas à ce dernier".

Les requérantes font valoir, "de surcroît" que la mise en oeuvre de ces sous-sous-critères fait apparaître des contradictions manifestes et donc une erreur manifeste d'appréciation et une fausse motivation au sens des dispositions visées au moyen.

Elles citent, à titre d'exemple, la mention de personnel intérimaire dans la comparaison du sous-sous-critère 2.2 qui serait un avantage pour SITA WALLONIE alors que, dans le sous-sous-critère 1.2, cette caractéristique est constatée pour les deux candidats.

Elles concluent que "la comparaison des offres n'a pas été faite conformément à l'art. 16 de la loi et l'art. 115 de l'Arrêté d'exécution", que, même s'il fallait, à titre subsidiaire, considérer que ces sous-sous-critères étaient admissibles, il faudrait constater qu'ils sont utilisés de manière inégale "puisque en fonction des points d'analyse, il est fait état d'un avantage ou d'un autre en oubliant que cet avantage avait été mentionné antérieurement (voir notamment travailleurs intérimaires et formation de personnel supplémentaire, logiciels de gestion, ...) mais en outre ce faisant induise des erreurs manifestes d'appréciation et une motivation non conforme aux dispositions visées au moyen".

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse affirme que le moyen se subdivise en deux branches.

A la première branche du moyen, tirée du "prétendu ajout de «sous-sous-critères d'attribution» non prévus par le cahier spécial des charges", la partie adverse oppose, en substance, que "les «sous-sous-critères d'attribution» pointés par les requérantes ne sont en réalité que des éléments d'appréciation. Ces éléments ne doivent pas être précisés dans le cahier spécial des charges", que "le rapport d'analyse des offres ne fait que reprendre le troisième critère d'attribution et ses deux sous-critères tels qu'ils sont mentionnés dans le cahier spécial des charges" la seule différence provenant de la présentation des éléments d'appréciation utilisés pour chacun des deux sous-critères sous la forme d'une liste numérotée, que ces éléments d'appréciation ne sont pas des données nouvelles ou inconnues des soumissionnaires, mais qu'ils "sont clairement et objectivement contenus dans le cahier spécial des charges".

La partie adverse soutient que le troisième critère d'attribution intitulé "Plan d'organisation" a une valeur de 15 points et précise à cet égard deux sous-critères, ce qui n'a pas été modifié dans le rapport d'analyse des offres.

Elle fait valoir, à propos du sous-critère 1, que l'élément 1.1. "Description de la prise en charge et de l'exécution d'une demande d'enlèvement (réception-traitement-exécution-clôture)" n'est qu'une reformulation du segment de phrase "organisation du soumissionnaire entre le moment où il reçoit la demande

d'enlèvement et l'exécution complète de cette dernière" figurant dans le sous-critère 1 et que cet élément indique que l'offre est appréciée sous l'angle d'une description générale des prestations proposées par chaque soumissionnaire, que l'élément 1.2. "Camions et chauffeurs de réserve en cas d'indisponibilité. Suivi des camions (entretien, réparation, leasing, remplacement,…). Formation des chauffeurs" n'est qu'une reformulation du segment de phrase "moyens techniques mis en œuvre, nombre de personnes impliquées dans le suivi de la demande à chaque étape" figurant dans le sous-critère 1 et que cet élément indique que l'offre est appréciée sous l'angle des moyens techniques et humains disponibles sur le terrain pour chaque soumissionnaire et que l'élément 1.3. "Personnel administratif mis à disposition. Personnel de remplacement en cas d'indisponibilité. Formation du personnel administratif" n'est qu'une reformulation du segment de phrase "moyens techniques mis en œuvre, nombre de personnes impliquées dans le suivi de la demande à chaque étape" figurant dans le sous-critère 1 et que cet élément indique que l'offre est appréciée sous l'angle des moyens techniques et humains disponibles dans les bureaux pour chaque soumissionnaire.

La partie adverse énonce, pour le sous-critère 2, que l'élément 2.1. "Analyse logistique soutenant l'offre sur base des données d'exploitation communiquées. Organisation proposée en vue d'anticiper la charge de travail. Référence dans l'organisation aux délais imposés, aux différents types de conteneurs, aux fluctuations d'activité sur la semaine et sur l'année" n'est qu'une reformulation du segment de phrase "La manière dont le soumissionnaire organisera son planning d'enlèvement … établissement des priorités d'interventions en fonction notamment des délais imposés, anticipation à court et moyen termes des demandes à venir, prise en compte des variations hebdomadaires et saisonnières de la charge de travail" figurant dans le sous-critère 2, élément qui indique que l'offre est appréciée sous l'angle d'une description générale du planning d'enlèvement proposé par chaque soumissionnaire, que l'élément 2.2. "Analyse des priorités d'exécution des demandes d'enlèvements en fonctions des délais continus et discontinus et du taux d'exécution déterminés par le cahier spécial des charges" n'est qu'une reformulation du segment de phrase "établissement des priorités d'interventions en fonction notamment des délais imposés" figurant dans le sous-critère 2, élément qui indique que l'offre est appréciée sous l'angle de l'adéquation entre les priorités d'enlèvement proposées par le soumissionnaire, d'une part, et les délais et le taux d'exécution imposés par le cahier spécial des charges, d'autre part, et que l'élément 2.3. "Soutien du dispatch via un ou plusieurs logiciel(s) spécialisé(s)" n'est pas une reformulation du sous-critère 2, mais que les moyens informatiques relèvent d'un élément à apprécier dans l'organisation du planning d'enlèvement par chaque soumissionnaire compris dans le sous-critère 2.

La partie adverse affirme encore que si la pondération des éléments d'appréciation retenue dans l'analyse des offres n'était pas prévue par le cahier spécial des charges, il s'agit du seul élément introduit à posteriori, lequel a "uniquement eu pour effet d'affiner la cotation du critère d'attribution concerné et non de modifier le classement".

A la deuxième branche du moyen, tirée de "prétendues erreurs manifestes d'appréciation ou manques de motivation", la partie adverse oppose que, contrairement aux requérantes, l'attributaire propose un système de "bâchage-débâchage" depuis le sol, qu'elle y a vu un avantage en termes d'efficacité, de rapidité et de sécurité dans le cadre des nombreuses manipulations de conteneurs dans les recyparcs et les sites de versage, qu'il n'y a là aucune erreur manifeste d'appréciation, que le rapport d'analyse des offres contenait une motivation qui n'avait pas à être développée davantage, à peine d'exiger une motivation de la motivation et que le libellé du moyen montre que les requérantes ont compris l'élément ayant été considéré comme déterminant pour départager leur offre et celle de l'attributaire au regard du sous-critère d'attribution concerné.

La partie adverse soutient encore que tant l'offre des requérantes que celle de l'attributaire du marché mentionnent un équipement informatique embarqué dans les camions et l'usage de logiciels spécialisés, que, cependant, l'offre des requérantes ne fournissait pas d'éléments suffisants pour permettre à INTRADEL d'appréhender le fonctionnement et les performances de leur système informatique, alors que la société SITA WALLONIE a fourni le mode d'emploi, des exemples d'usages courants et une invitation à venir assister à une démonstration du système en ses locaux, que la société SITA WALLONIE renseigne une équipe informatique chargée de la maintenance et du développement du système informatique qui fait partie d'un système intégré E.R.P. (Entreprise Ressource Planning) que seule propose l'une des deux requérantes (VANHEEDE).

Selon la partie adverse, cette appréciation n'est affectée d'aucune erreur manifeste et elle est motivée à suffisance de droit.

La partie adverse soutient enfin que son appréciation a porté sur la formation du personnel et non sur la présence de personnel intérimaire, que le point fort que constitue la formation du personnel a été constaté tant chez SITA WALLONIE que chez VANHEEDE, mais non chez TRANSGEM ce que confirme le rapport d'analyse des offres.

La partie adverse conclut que, de manière générale, l'offre des requérantes est scindée en deux parties, que les avantages mis en avant par l'une ne se

retrouvent pas forcément chez l'autre, ce qui implique que l'exécution du marché litigieux n'aurait pas été uniforme géographiquement et explique le léger désavantage de l'offre des requérantes par rapport à celle de SITA WALLONIE.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ramené à ses éléments principaux, autant qu'il est possible, le moyen soulevé par les requérantes paraît se diviser en deux branches, ainsi que l'observe la partie adverse.

En une première branche, les requérantes critiquent la décision attaquée en ce qu'elle a fait sien le rapport d'analyse des offres du 28 septembre 2012, lequel aurait introduit, particulièrement dans le troisième critère "Plan d'organisation", des "sous-sous-critères" qui n'étaient contenus ni dans l'avis de marché ni dans le cahier spécial des charges.

En une seconde branche, les requérantes critiquent l'application qui a été faite dans le même rapport d'analyse des offres du troisième critère "Plan d'organisation", par le biais d'un premier sous-critère relatif à l'adéquation technique entre le moment de la commande et sa réalisation et d'un "sous-poste" 1.2 "Camions et chauffeurs de réserve en cas d'indisponibilité, suivi des camions (entretien, réparations, leasing, remplacement, ...), formation des chauffeurs", par le biais d'un deuxième sous-critère et d'un "sous-sous-critère 2.1", "Analyse logistique soutenant l'offre sur base des données d'exploitation communiquées, organisation proposée en vue d'anticiper la charge de travail, référence aux délais imposés, aux différents types de conteneurs, aux fluctuations d'activités sur la semaine et sur l'année, ...", et par le biais d'un "point 2.3" "soutien du service de dispatch via un ou plusieurs logiciels spécialisés".

Elles mettent en cause la notation de l'offre de l'attributaire du marché et celle de leur propre offre sur ces différents points et affirment que la motivation de ces notations est inadéquate.

Quant à la première branche du moyen, il apparaît que l'objet du marché est défini par l'avis de marché publié dans le bulletin des adjudications comme portant sur le "Service de transport et de vidange de conteneurs grands volumes disposés dans les parcs à conteneurs".

Cette définition est reproduite en termes analogues dans le point "III. Objet du marché A. Généralités" du cahier spécial des charges, étant précisé que :

" Les modalités d'exécution de ce marché (délais d'enlèvement, fréquence des vidanges, quantités estimées, description des conteneurs, etc ...) sont plus amplement détaillées dans les quatrième et cinquième parties du présent cahier spécial des charges".

L'article 115 du cahier spécial des charges porte sur les "Critères de cotation".

Il y est énoncé, en particulier, s'agissant des lots 1 à 5, que :

" Le marché sera attribué à l'offre régulière jugée la plus intéressante sur base des critères pondérés suivants :
[…]
3°) Plan d'organisation : 15 points
[…]
Afin de permettre la cotation du point 3, le soumissionnaire joindra à son offre une note détaillant son organisation pour l'exécution du marché. Cette note doit permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier l'adéquation technique de l'offre sur les points suivants :
- L'organisation du soumissionnaire entre le moment où il reçoit la demande d'enlèvement et l'exécution complète de cette dernière (vidange du conteneur au centre de traitement), en détaillant chaque étape d'exécution de la demande (moyens techniques mis en oeuvre, nombre de personnes impliquées dans le suivi de la demande à chaque étape, ...);
- La manière dont le soumissionnaire organisera son planning d'enlèvement, tenant compte de la description des services faite dans les quatrième et cinquième parties du présent cahier spécial des charges (établissement des priorités d'intervention en fonction notamment des délais imposés, anticipation à court et moyen termes des demandes à venir, prise en compte des variations hebdomadaires et saisonnières de la charge de travail, distances de transports, principes d'affectation de la flotte, ...)
[…]".

Les prestations sont décrites plus amplement dans la cinquième partie du cahier spécial des charges: "Description du service et clauses techniques".

Le "Bâchage" y est formellement visé au point 8.3, page 44, dans les termes suivants :

" Lors de chaque transport de conteneur contenant des matériaux, le transporteur sera tenu de poser une bâche ou un filet, fourni par ses soins, sur les conteneurs de 10 m³ et 30 m³ ouverts, afin d'éviter toute perte de matière en cours de route.
Des pénalités spéciales sont prévues à l'article 20, § 4, de la quatrième partie du présent cahier spécial des charges si cela venait à ne pas être le cas".

Le point 13 a trait aux "Véhicules et chauffeurs".

Il en ressort notamment que :

" Les chauffeurs disposeront toujours d'une quantité suffisante de produit absorbant pour intervenir en cas de pollution de leur fait (fuite hydraulique, …). Si le chauffeur ne dispose pas de produit absorbant en suffisance, l'adjudicataire sera

tenu de fournir dans les 24 heures, une quantité équivalente du produit absorbant fourni par le parc à conteneur. Ce produit absorbant sera restitué au parc à conteneurs concerné.

Selon l'importance de l'épanchement constaté, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de demander au prestataire de prendre en charge le nettoyage de la zone concernée, au besoin par une entreprise spécialisée.

Les chauffeurs seront capables de s'exprimer en français et adopteront un comportement convivial vis-à-vis du personnel responsable de la gestion des parcs à conteneurs. Ils veilleront à effectuer leurs prestations en évitant au maximum de gêner le reste de l'activité du parc à conteneurs".

Sur l'obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur en appel d'offres, la Cour de Justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 24 janvier 2008, C-532/06, s'est prononcée notamment dans les termes suivants :

" 35 En outre, il ressort de l'article 36, paragraphe 2, de la directive 92/50 que, lorsque le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur doit indiquer, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, les critères d'attribution dont il prévoit l'application, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée.

36 Selon la jurisprudence, cette dernière disposition, lue à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques, énoncé à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50, et de l'obligation de transparence qui en découle, exige que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative soient connus aux soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres […].

37 En effet, les soumissionnaires potentiels doivent être mis en mesure d'avoir connaissance, au moment de la préparation de leurs offres, de l'existence et de la portée de ces éléments […].

38 Partant, un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires […].

Il s'impose de rechercher si, en l'espèce, "tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative [étaient] connus [des] soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres".

Dans cette recherche, l'exigence de transparence doit être interprétée de manière raisonnable.

Prima facie, on ne peut exiger d'un pouvoir adjudicateur qu'il établisse, dans le cahier spécial des charges et ses annexes, l'inventaire en tout point exhaustif et complet des travaux, fournitures ou services attendus des soumissionnaires.

Il paraît lui appartenir, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui est le sien dans le cadre de l'appel d'offres, d'analyser et de pondérer les offres en tenant compte des implications des critères tels qu'énoncés dans le cahier spécial des charges et ses annexes.

En l'espèce, il se vérifie que les subdivisions du tableau figurant dans le rapport d'analyse des offres, dans lesquelles les requérantes entendent découvrir des sous-sous-critères, sont énoncées dans les termes suivants :

" Eléments 1.1 Description de la prise en charge et de l'exécution d'une demande d'enlèvement (réception - traitement-exécution-clôture)",

" Eléments 1.2 Camions et chauffeurs de réserve en cas d'indisponibilité. Suivi des camions (entretien, réparation, leasing, remplacement, ...) Formation des chauffeurs",

" Eléments 1.3 Personnel administratif mis à disposition. Personnel de remplacement en cas d'indisponibilité. Formation du personnel administratif",

" Eléments 2.1 Analyse logistique soutenant l'offre sur base des données d'exploitation communiquées. Organisation proposée en vue d'anticiper la charge de travail. Référence aux délais imposés, aux différents types de conteneurs, aux fluctuations d'activité sur la semaine et sur l'année",

" Eléments 2.2 Analyse des priorités d'exécution des demande d'enlèvements en fonction des délais continus et discontinus et du taux d'exécution déterminés par le cahier spécial des charges",

" Eléments 2.3 Soutien du service de dispatch via un ou plusieurs logiciels spécialisés".

Prima facie, même si la méthode d'analyse suivie par le pouvoir adjudicateur prête à discussion, les requérantes ne peuvent être suivies en ce qu'elles soutiennent que la partie adverse a fait appel "dans l'analyse du troisième critère de comparaisons prévu par le cahier spécial des charges à trois sous-sous-critères dans le cadre des deux sous-critères prévus", lesquels auraient "dépassé largement les objectifs fixés par les premiers sous-critères du point 3 de comparaison".

Les éléments formulés dans le rapport d'analyse des offres apparaissent en effet, prima facie, moins comme des "sous-sous-critères" qui n'auraient été annoncés ni par l'avis de marché ni par le cahier spécial des charges, que comme des subdivisions correspondant à des implications des critères et sous-critères annoncés par l'autorité compétente dans le cahier spécial des charges, subdivisions qui pouvaient lui paraître utiles sinon nécessaires à son analyse et, partant, à sa notation.

En se référant à ces subdivisions, la partie adverse ne paraît pas s'être à ce point éloignée des critères et sous-critères énoncés par le cahier spécial des charges

qu'il soit permis de lui imputer un manquement à l'obligation de transparence ou au principe d'égalité.

Le moyen n'apparaît pas sérieux en sa première branche.

Quant à la seconde branche du moyen, elle oblige à rechercher tout d'abord si, dans l'application du troisième critère "Plan d'organisation", "Elément 1.2 Camions et chauffeurs de réserve en cas d'indisponibilité, suivi des camions (entretien, réparations, leasing, remplacement, ...). Formation des chauffeurs", c'est à juste titre que la partie adverse a attribué 3 points à l'offre des requérantes et 4 points à celle de la société SITA WALLONIE.

Prima facie, on n'aperçoit pas ce qui permet aux requérantes d'affirmer que "Seul un point semble avoir été pris pour faire la différence, sans que cela soit motivé réellement : il s'agirait du «bâchage et débâchage depuis le sol» pour SITA Wallonie", les autres éléments étant identiques.

Il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur ait manqué à l'obligation de motivation ni commis une erreur manifeste d'appréciation en accordant un avantage à la société SITA WALLONIE sur la seule considération de ce qu'elle précisait dans son offre que le bâchage et le débâchage se feraient depuis le sol.

Considérée isolément, la formule du rapport d'analyse des offres est certes très laconique, et la justification qu'en donne la partie adverse dans sa note d'observations en affirmant que le bâchage depuis le sol est plus rapide et plus sûr, aussi plausible soit-elle, ne peut suppléer à l'éventuelle carence de motivation de la décision attaquée elle-même sur ce point.

Il ressort toutefois du rapport d'analyse des offres, s'agissant de l'élément 1.2, que le pouvoir adjudicateur a retenu, de surcroît, au bénéfice de la même société SITA WALLONIE, "Stock de pièces de rechange suffisant et gestion informatisée. Entretiens fréquents par du personnel qualifié dans des sites équipés. Entretien et réparation des pneumatiques par des firmes spécialisées", alors que ces mentions ne se retrouvent pas comme telles dans l'analyse de l'offre des requérantes.

Dans ces conditions, la partie adverse ne paraît pas avoir manqué à l'obligation de motivation ni commis d'erreur manifeste d'appréciation en accordant, en fonction de l'"Elément 1.2.", la mention "Très bon" et dès lors 4 points à la société SITA, et la mention "Bon" et dès lors 3 points aux requérantes.

Il faut rechercher encore si c'est sans justification suffisante que le pouvoir adjudicateur a, dans l'application du troisième critère "Plan d'organisation", "Elément 2.1 Analyse logistique soutenant l'offre sur base des données d'exploitation communiquées. Organisation proposée en vue d'anticiper la charge de travail. Référence aux délais imposés, aux différents type de conteneurs, aux fluctuations d'activité sur la semaine et sur l'année ...", accordé 1 point à l'offre des requérantes et 2 points à celle de la société SITA WALLONIE.

Les requérantes affirment que "d'après la motivation, cela sera justifié par la possibilité d'utiliser «du personnel intérimaire formé pour le pic de travail, dispatcheurs formé[s] et habitués aux prestations pour INTRADEL (pics d'activités, changement de lieu de vidange ...)»" alors que "la lecture du rapport de comparaison relative au sous sous critère 1.2 démontre que le personnel intérimaire existait aussi pour la société momentanée requérante mais qu'en outre elle disposait de personnel de réserve".

S'il ressort du rapport d'analyse des offres que, quant à l'"Elément 1.2" l'offre de la société TRANSGEM mentionne "3 chauffeurs de réserve qui sont régulièrement formés" et celle de VANHEEDE présente "2 chauffeurs de réserve qui sont régulièrement formés et appel à du personnel formé via l'intérim", on ne voit pas qu'y figure, comme dans l'analyse de l'offre de la société SITA WALLONIE, un "Personnel intérimaire formé pour les pics de travail".

En attachant, dans l'analyse de l'élément 2.1, un avantage à cette précision relative à la formation du personnel pour les pics de travail, au bénéfice de la société SITA WALLONIE, en lui accordant la mention satisfaisante et dès lors 2 points, en qualifiant l'offre des requérantes qui ne comportait pas cette précision d'incomplète et en lui attribuant dès lors 1 point, la partie adverse ne paraît pas avoir commis d'erreur d'appréciation qualifiable de manifeste ni, en dépit du laconisme de ses mentions, manqué à l'obligation de motivation.

Il convient de rechercher enfin si les requérantes sont fondées à reprocher à la partie adverse d'avoir, dans l'application qu'elle a faite du troisième critère "Plan d'organisation", "Eléments 2.3", "Soutien du service de dispatch via un ou plusieurs logiciel(s) spécialisés", avantagé l'offre de la société SITA WALLONIE en ce qu'elle comporte un logiciel particulier dit Ordigor, alors que, selon les requérantes, "des deux côtés, les systèmes sont identiques ou à tout le moins, l'autorité aurait dû démontrer en quoi les systèmes n'auraient pas été identiques ou moins performant[s]".

Il ressort du rapport d'analyse des offres que celle de la société TRANSGEM comporte un "Ordinateur de bord Transics", celle de la société

VANHEEDE comporte des "Plateforme software intégrée (Microsoft Dynamics) pour «Tracking & Tracing» et plateforme de communication, ordinateur de bord (Carecube), système ERP", tandis que celle de SITA WALLONIE comporte un " « Logiciel Ordibord» (applicatifs chauffeurs et personnel administratif), suivi des véhicules en temps réel (localisation et planification itinéraire), plateforme de communication entre les chauffeurs et le dispatch. Equipe informatique de développement de l'outil. Lien avec le système ERP. Ordinateurs embarqués".

La partie adverse soutient dans sa note d'observations que l'offre des requérantes ne fournissait pas d'éléments suffisants pour permettre à INTRADEL d'appréhender le fonctionnement et les performances de leur système informatique, alors que la société SITA WALLONIE a fourni le mode d'emploi, des exemples d'usages courants et une invitation à venir assister à une démonstration du système en leurs locaux.

Les requérantes restent en défaut d'établir que, dans ces conditions, cette appréciation serait manifestement erronée.

Prima facie, il n'apparaît pas qu'en attribuant sur la base de ces constatations, la mention "Satisfaisante" et dès lors 2 points à leur offre, alors qu'elle attachait la mention "Très détaillée" et dès lors 4 points à l'offre de la société SITA WALLONIE, la partie adverse aurait insuffisamment motivé sa décision.

Le moyen ne peut être considéré comme sérieux en aucune de ses branches.

VI. BALANCE DES INTERETS

Compte tenu de ce que le moyen ne peut être considéré comme sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner les arguments des parties relatifs à la balance des intérêts.

VII. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Dans l'inventaire du dossier administratif, la partie adverse présente l'offre de l'adjudicataire comme confidentielle.

Rien ne s'oppose, à ce stade de la procédure, à ce que la confidentialité des offres soit sauvegardée.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 3.

Les documents constitutifs de l'offre de la société privée à responsabilité limitée TRANSGEM et de la société anonyme VANHEEDE ENVIRONNEMENTAL LOGISTIC, ayant formé une société momentanée, ainsi que les documents constitutifs de l'offre de la société anonyme SITA WALLONIE demeureront confidentiels à ce stade de la procédure.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt et un décembre deux mille douze par :

M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Paul LEWALLE.