CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. CARL OTTO LENZ

présentées le 12 septembre 1995 *

A — Introduction

1. La présente procédure en manquement a pour objet d'apprécier la validité de l'attribution d'un marché public de fourniture d'autobus de transport public entrant dans le champ d'application de la directive 90/531/CEE (ci-après la « directive » [1].

2. Le litige repose sur les faits suivants. La Société régionale wallonne du transport (ci-après la « SRWT ») a, par la publication d'un appel d'offres au supplément du *Journal officiel des Communautés européennes* du 22 avril 1993 [2], lancé une procédure de mise en concurrence visant à la passation d'un marché portant sur la fourniture d'un total de 307 autobus standards. Ce marché, d'un montant estimé à 2 022 918 000 BFR (hors TVA), et réparti en huit lots, devait être exécuté sur une durée de trois ans.

3. Le 7 juin 1993, qui était à la fois la date limite fixée pour la réception des offres et la date de leur ouverture, cinq sociétés avaient déposé des offres: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes Belgique (Bruxelles), Berkhof (Roselaere) et Jonckheere (Roselaere).

4. Au cours des mois de juin et juillet, la SRWT a procédé à l'analyse des offres. Une note du 24 août 1993, qui avait été établie en vue de la réunion du conseil d'administration du 2 septembre 1993, a recommandé d'attribuer le lot n° 1 à la société Jonckheere et les lots n^{os} 2 à 6 à la société Van Hool.

5. Les 3, 23 et 24 août 1993, la société EMI a fait parvenir à l'entité adjudicatrice trois notes complémentaires dans lesquelles elle commentait certains points de son offre, notamment la consommation de combustible et la fréquence de remplacement des moteurs et boîtes de vitesses.

6. Après analyse de ces trois notes complémentaires, le service technique de l'entité adjudicatrice a rédigé une note non signée, datée du 31 août 1993, dans laquelle il considérait que lesdites notes constituaient des

* Langue originale: l'allemand.

1 — Directive du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 297, p. 1).

2 — JO S 78, p. 76.

modifications de l'offre initiale et qu'elles ne pouvaient donc être prises en compte. La note maintenait par conséquent la proposition faite en vue de la réunion du conseil d'administration du 2 septembre 1993.

7. Lors de la réunion du 2 septembre 1993, le conseil d'administration a estimé ne pas disposer d'informations suffisantes pour être en mesure d'arrêter une décision définitive. Il s'est notamment interrogé sur le degré d'admissibilité juridique de la prise en compte du contenu des trois notes complémentaires. Il a donc été décidé de demander l'avis juridique du ministre des Transports wallon, dans le cabinet duquel on savait qu'un spécialiste reconnu des marchés publics travaillait.

8. Le ministre des Transports wallon a répondu à la demande d'avis dans une lettre du 14 septembre 1993. Selon celle-ci, la prise en compte des notes complémentaires dans l'appréciation ne soulève, pour la plupart des points, aucun problème juridique. En conclusion, la lettre invitait donc le conseil d'administration à procéder à un nouvel examen, en tenant compte des observations faites par le ministre des Transports.

9. Le 28 septembre 1993, la SRWT a demandé à EMI de lui confirmer les consommations de combustible indiquées dans la note du 24 août, ainsi que la fréquence de remplacement du moteur et de la boîte de vitesses mentionnée dans la note du 23 août. EMI a confirmé ces éléments par courrier du 29 septembre 1993.

10. Une nouvelle note, ayant pour objet de comparer les offres en vue de la réunion du conseil d'administration du 6 octobre 1993, a pris en compte les indications supplémentaires d'EMI. La proposition qui y était faite visait à attribuer le lot n° 1 à la société Jonckheere et les lots n^{os} 2 à 6 à EMI.

11. Le 6 octobre 1993, le conseil d'administration de la SRWT a suivi la proposition. Il a décidé d'attribuer le marché portant sur le lot n° 1 (37 véhicules) à Jonckheere, et les lots n^{os} 2 à 6 (278 véhicules) à EMI. Il a reporté à 1996 la commande de 30 autobus supplémentaires.

12. Le même jour, Van Hool a introduit devant le Conseil d'État de Belgique une procédure d'extrême urgence visant à la suspension de la décision. La demande a été rejetée par arrêt du 17 novembre 1993.

13. Van Hool a également saisi d'une plainte la Commission des Communautés européennes, qui a adressé le 30 novembre 1993 au gouvernement belge une mise en demeure au sens de l'article 169 du traité CE. Dans sa réponse du 15 décembre 1993, le gouvernement belge a soutenu qu'un manquement

n'était pas constitué. Le 8 février 1994, la Commission a alors adressé un avis motivé au gouvernement belge l'invitant à intervenir auprès des autorités compétentes afin de suspendre les effets juridiques du contrat conclu entre la SRWT et EMI. La Commission a estimé que la réponse du gouvernement belge n'était pas de nature à effacer le manquement allégué. Elle a donc introduit une requête devant la Cour le 11 mars 1994. Le même jour, la Commission a déposé une demande en référé visant à obtenir que la décision d'attribution prise par la SRWT le 6 octobre 1993, d'une part, et les liens contractuels établis entre la SRWT et la société attributaire du marché, d'autre part, soient suspendus jusqu'à ce qu'un arrêt définitif soit rendu. Par ordonnance du 22 avril 1994, la demande en référé a été rejetée.

14. Le 17 mai 1995, le juge rapporteur, l'avocat général et les parties ont, dans le cadre de la présente procédure devant la Cour, participé à une réunion informelle en vue de discuter la portée du litige et, le cas échéant, la nécessité d'ordonner des mesures d'instruction.

15. La Commission conclut dans sa requête à ce qu'il plaise à la Cour:

1) constater que le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, ainsi qu'au principe d'égalité de traitement qui est à la base de toute réglementation des procédures d'adjudication des marchés publics,

— en prenant en compte, dans le cadre d'un marché public lancé par la « Société Régionale Wallonne du Transport », des modifications faites à l'une des offres postérieurement à l'ouverture de celles-ci,

— en admettant dans la procédure d'adjudication un soumissionnaire qui ne répondait pas aux critères de sélection du cahier des charges,

— et en retenant une offre qui ne répondait pas aux critères d'attribution du cahier des charges,

2) condamner le Royaume de Belgique aux dépens de l'instance.

16. Le royaume de Belgique conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

1) rejeter le recours,

2) condamner la Commission aux dépens, en ce compris ceux du référé.

17. A la suite des débats de la réunion informelle du 17 mai 1995, la Commission a renoncé à son premier grief, selon lequel l'entité adjudicatrice aurait admis un soumissionnaire ne répondant pas aux critères de sélection du cahier des charges. La Commission a fait part de cette renonciation par mémoire du 9 juin 1995 et l'a une nouvelle fois confirmée lors de la procédure orale. Deux moyens restent donc litigieux, à savoir, d'une part, que l'entité adjudicatrice a pris en compte des modifications apportées à l'offre postérieurement à l'ouverture des offres, et, d'autre part, qu'elle a retenu une offre en tenant compte de critères d'attribution différents de ceux indiqués au cahier des charges. Chaque moyen peut être subdivisé en deux branches, qui serviront également de base à l'analyse suivante.

— pris en compte des modifications faites à l'une des offres postérieurement à l'ouverture de celles-ci,

— retenu une offre qui ne répondait pas aux critères d'attribution du cahier des charges.

B — Analyse

I. Questions préliminaires

18. Il convient d'adapter les conclusions aux changements affectant la situation initiale. Elle se présente donc comme suit.

a) Le champ d'application de la directive

19. L'article 2, paragraphe 1, de la directive définit le champ d'application personnel de la directive comme suit:

La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

« La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

constater que le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 90/531/CEE, ainsi qu'au principe d'égalité de traitement qui est à la base de toute réglementation des procédures d'adjudication des marchés publics, en ce qu'il a, dans le cadre d'un marché public lancé par la « Société Régionale Wallonne du Transport »,

a) qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées au paragraphe 2;

b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs publics ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, une des activités visées au paragraphe 2, ou plusieurs de ces activités et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre. »

En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service;

L'article 2, paragraphe 2, définit le champ d'application matériel de la directive, lequel, dans son passage déterminant pour le présent litige, a le contenu suivant:

d) (...) »

« Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes:

a) (...)

b) (...)

c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble.

20. Il est incontesté que la SRWT est une entreprise publique ayant pour activité de fournir un service au public dans le secteur du transport par bus. En sa qualité d'entité adjudicatrice, la SRWT relève par conséquent du champ d'application de la directive. Ainsi, il n'y a guère que l'absence de la SRWT à l'annexe VII de la directive, laquelle renferme une liste des « entités adjudicatrices dans le domaine des services de chemin de fer urbains, de tramway, de trolley ou d'autobus », qui pourrait faire surgir des doutes au sujet de cette constatation.

21. La Commission a exposé de façon convaincante que la liste n'était que déclaratoire. Des modifications de fait entraîneraient un risque constant de divergences entre le contenu de la liste et la réalité. Elle estime donc que seul l'article 2 de la directive serait, en définitive, déterminant.

22. Les dispositions de la directive relatives à l'établissement des annexes I à X viennent étayer cette thèse. Ainsi lit-on par exemple à l'article 2, paragraphe 6, que:

« Les entités adjudicatrices énumérées aux annexes I à X répondent aux critères énoncés ci-avant. En vue de s'assurer que les listes sont *aussi complètes que possible* [3], les États membres notifient à la Commission les modifications intervenues dans leurs listes. La Commission révise les annexes I à X selon la procédure prévue à l'article 32. »

L'article 32 prévoit ensuite que:

« Les annexes I à X sont révisées conformément à la procédure prévue aux paragraphes 3 à 7 *de façon qu'elles répondent aux critères de l'article 2* » [4].

Il y a donc lieu de considérer que le champ d'application de la directive est ouvert.

b) Situation interne

23. Au cours de la procédure, le gouvernement belge a objecté qu'il s'agirait d'une situation purement interne à laquelle le droit communautaire ne s'appliquerait pas. L'attribution d'un marché par une entreprise publique belge ne mettrait en concurrence que des sociétés belges.

24. On répliquera d'abord à cette objection que les réglementations communautaires sont d'application générale une fois qu'elles sont entrées en vigueur. Il est par ailleurs tout à fait possible que des entreprises d'autres États membres soient concernées par la passation du marché. Si l'on se limite aux seules entreprises concernées par le litige, à savoir EMI et Van Hool, il apparaît clairement que l'attribution du marché produit des effets internationaux concrets. C'est par exemple Renault, une entreprise française, qui fabrique et fournit les moteurs équipant les véhicules d'EMI.

c) Sur le choix de la procédure de passation du marché

25. Au cours de la procédure, le gouvernement belge a fait valoir que l'entité adjudicatrice n'était pas obligée d'attribuer le marché par le biais d'une procédure ouverte et que son comportement eût été également conforme à la directive si elle avait choisi une

3 — Souligné par nous.
4 — Souligné par nous.

procédure négociée. Cet argument vise à confirmer la légalité d'éventuelles négociations engagées avec un soumissionnaire.

26. Il est indiqué au paragraphe 1 de l'article 15 de la directive, sous le titre III « Procédures de passation de marchés », que:

« Les entités adjudicatrices peuvent choisir l'une des procédures définies à l'article 1er, paragraphe 6, pour autant que (...) une mise en concurrence ait été effectuée (...) »

En vertu de l'article 1er, paragraphe 6, on entend, aux fins de la présente directive, par « 'procédures ouvertes, restreintes ou négociées': les procédures de passation appliquées par les entités adjudicatrices et dans lesquelles:

a) en ce qui concerne les procédures ouvertes, tout fournisseur ou tout entrepreneur intéressé peut soumissionner;

b) en ce qui concerne les procédures restreintes, seuls les candidats invités par l'entité adjudicatrice peuvent soumissionner;

c) en ce qui concerne les procédures négociées, l'entité adjudicatrice consulte les fournisseurs ou les entrepreneurs de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ».

27. On doit admettre avec le gouvernement belge que l'entité adjudicatrice avait le choix de la procédure qu'elle voulait engager parmi celles qui ont été décrites. Mais après avoir opté pour l'une d'elles, elle avait l'obligation, jusqu'à l'attribution définitive du marché, d'observer les règles qui s'y appliquent. En soi, la réglementation communautaire a pour objet d'établir, pour chacun des trois types de procédure, une concurrence qui s'étende à l'ensemble de la Communauté. Cet objectif suppose le respect inconditionnel de l'interdiction de discrimination — nous reviendrons ci-après sur ce point. Les dispositions en matière de publication, par exemple, applicables à chacun des types de procédure [5], constituent un moyen de poursuivre cet objectif. On ne saurait donc déroger aux dispositions de la procédure une fois qu'elle est engagée.

II — *Sur le grief de la modification de l'une des offres postérieurement à l'ouverture de celles-ci*

28. Ce grief est double. Il vise, d'une part, les données relatives à la consommation de carburant et, d'autre part, la fréquence indi-

5 — Voir, par exemple, les articles 16 et 17 de la directive.

quée de remplacement du moteur et de la boîte de vitesses des véhicules offerts.

29. Il convient d'abord de partir du fait qu'il est interdit de modifier les offres après la date fixée pour le dépôt ou l'ouverture de celles-ci. Cette interdiction constitue un principe élémentaire des procédures de passation de marchés publics. Elle découle du principe d'égalité de traitement, dont il est de règle qu'il s'applique à toutes les procédures de passation de marchés publics [6], et qui est en outre expressément affirmé par la directive. L'article 4, paragraphe 2, prévoit que:

« Les entités adjudicatrices veillent à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre fournisseurs ou entrepreneurs. »

30. La coordination des procédures de passation de marchés contribue finalement à l'objectif consistant en une concurrence s'exerçant dans toute la Communauté et en la réalisation pleine et entière de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation de services [7]. Cet objectif suppose de traiter les soumissionnaires potentiels de manière égale. L'interdiction de discrimination trouve donc à s'exprimer [8] en plusieurs endroits. Un autre élément attestant de l'interdiction, dans l'intérêt de l'égalité de traitement, d'apporter des modifications a posteriori, est fourni par la déclaration commune du Conseil et de la Commission ad article 15, qui indique:

« *Le Conseil et la Commission* déclarent que, dans les procédures ouvertes ou restreintes, est exclue toute négociation avec les candidats ou les soumissionnaires portant sur des éléments fondamentaux des marchés dont la variation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence, et notamment sur les prix; cependant, il peut y avoir des discussions avec les candidats ou les soumissionnaires seulement pour faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres, ainsi que les exigences des entités adjudicatrices, pour autant que ceci n'ait pas un effet discriminatoire. »

31. Il convient, dans ce contexte, d'examiner si un soumissionnaire a apporté a posteriori des modifications à son offre, dont l'entité adjudicatrice aurait illégalement tenu compte.

6 — Voir l'arrêt du 22 juin 1993, Commission/Danemark (C-243/89, Rec. p. I-3353, spécialement p. I-3395, point 39).

7 — Voir les troisième, cinquième et sixième considérants de la directive, ainsi que les onzième, douzième et treizième considérants.

8 — Voir l'article 4, paragraphe 2 de la directive, le vingt-cinquième considérant de la directive et la déclaration commune du Conseil et de la Commission ad article 15 de la directive.

a) Sur la consommation de carburant des véhicules proposés

32. Dans son offre initiale portant sur les lots n^{os} 2 à 6, le soumissionnaire EMI avait indiqué une consommation de 54 l/100 km. Dans cette offre, les données respectives de chaque lot étaient accompagnées d'une note dans laquelle l'entreprise attirait l'attention sur une possible réduction de la consommation de carburant. Selon cette note, la consommation indiquée était fondée sur des résultats de tests effectués par une société indépendante sur un véhicule non encore rodé. Avec un véhicule rodé, et dans des conditions optimisées, il fallait s'attendre à une économie de carburant de 5 à 8 %.

33. Dans la note du 3 août 1993, la première des trois notes litigieuses, l'entreprise signale à nouveau que, dans les conditions indiquées, il y a lieu de réduire de 8 % [9] la consommation de carburant. Dans la note du 24 août 1993, la troisième des notes litigieuses, qualifiée de « note explicative », l'entreprise fait état de contrôles permettant désormais de conclure à une consommation de 45 l/100 km [10] en cycle urbain.

34. *La Commission* estime que ces éléments constituent une modification a posteriori de l'offre initiale. Selon elle, il aurait donc fallu ne pas tenir compte de ces données.

35. *Le gouvernement belge* soutient à l'inverse que ces indications n'ont fait que préciser celles déjà fournies dans l'offre. Selon lui, la possible réduction de la consommation de carburant avait été annoncée dès l'origine, et seuls les résultats concrets ont été fournis postérieurement. Le fait de préciser ou de compléter les données figurant dans l'offre serait conforme à la déclaration commune du Conseil et de la Commission ad article 15 de la directive.

36. Il estime que si l'on refusait de qualifier de précisions les indications postérieures, ces dernières seraient en tout état de cause licites à titre de rectification d'une erreur matérielle. Il ajoute que la Commission avait d'ailleurs, dans un autre contexte, admis la correction d'indications inexactes défavorables au soumissionnaire. Il conviendrait, selon lui, d'appliquer des critères équivalents lorsque la correction s'avère favorable à celui-ci.

37. Le litige se résume donc, tant sur le plan terminologique que matériel, à la question de savoir si les indications litigieuses *précisent* ou *modifient* l'offre. Du point de vue sémantique, nous pensons qu'il faut entendre le terme « préciser », utilisé dans la déclaration commune du Conseil et de la Commission, dans le sens de communiquer des détails permettant de décrire plus clairement l'objet en question, ou de le définir avec une plus grande exactitude. Quant au second terme employé dans la déclaration commune, celui de « compléter », nous y voyons l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles. Les deux termes ont ceci de commun qu'ils ne s'agit pas de remplacer des indications fournies anté-

9 — Note d'EMI du 3 août 1993, p. 5.

10 — Ce chiffre s'applique aux lots n^{os} 2 à 6.

rieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre.

38. Cette réflexion, selon laquelle ni le fait de préciser ni celui de compléter n'ont pour effet de remplacer par de nouvelles données des indications fournies antérieurement, est corroborée par la réflexion objective au terme de laquelle la possibilité de changer certains éléments désavantage potentiellement d'autres soumissionnaires.

39. Dans ce contexte, par « préciser », nous entendons, par exemple, l'hypothèse où une entreprise, qui a fait état d'une diminution de la consommation pouvant aller jusqu'à 8 %, s'engage sur un chiffre compris dans ces limites et communique la valeur finale en litres.

40. Dans la note du 3 août 1993, en s'engageant sur une diminution de 8 % de la consommation de carburant, EMI a justement procédé de cette façon. Ainsi, en ce qui concerne la consommation, cette note vient bien préciser l'offre, et non la modifier.

41. A l'inverse, le chiffre de 45 l/100 km, communiqué dans la note du 24 août 1993, revient à réduire la consommation indiquée de 17,5 %. Cette diminution équivaut à plus du double de la marge antérieurement signalée. Nous estimons que, sur un plan purement terminologique, il faut y voir, non pas une précision, mais au contraire une modification.

42. Au terme de la déclaration commune du Conseil et de la Commission, la question de l'effet discriminatoire des indications postérieures fournit le véritable critère du caractère licite ou non d'une précision. Nous estimons donc qu'il est important d'examiner, par rapport aux autres soumissionnaires, les effets causés par les chiffres communiqués à la fin du mois d'août. Il convient à cet égard de tenir compte du fait qu'un système d'évaluation de la consommation de carburant des véhicules offerts a été prévu dans le cadre des critères d'attribution énumérés au cahier des charges. Dans le cadre de l'évaluation des critères techniques d'appréciation, le point 20.2.2.1 établit un calcul comparatif visant à déterminer les coûts d'utilisation. Selon ce système, le véhicule présentant la consommation la plus élevée parmi ceux proposés par les offres admises a valeur de référence. Lorsque la consommation est inférieure à cette valeur, les autres véhicules sont crédités d'un montant exprimé en argent (« franc fictif ») [11].

43. En indiquant une consommation de 54,5 l/100 km, EMI arrivait en première position pour l'ensemble des lots considérés. Ses véhicules ne pouvaient donc bénéficier

11 — Voir le point 20.2.2 du cahier des charges particulier.

d'aucune bonification. Cette valeur servait en outre également de référence pour la valorisation des véhicules de soumissionnaires concurrents. Il convient de souligner que, même si la consommation indiquée des véhicules EMI avait été diminuée de 8 %, le chiffre obtenu, égal à 50,14 litres, aurait encore été le plus élevé. Même dans cette hypothèse, les véhicules n'auraient bénéficié d'aucune bonification. L'avantage pour les autres véhicules se serait seulement réduit. La situation est radicalement différente lorsqu'on se fonde sur une consommation diminuée de 17,5 %, c'est-à-dire s'élevant à 45 l/100 km. Avec un tel chiffre, la consommation devient inférieure à celle indiquée par un concurrent, de sorte que les véhicules d'EMI bénéficient alors d'un avantage, qui prend la forme d'une bonification.

44. Une comparaison des chiffres concrets [12] révèle que la bonification du concurrent direct, Van Hool, s'est réduite de 2,5 fois pour les lots n^{os} 2 et 3, et même de 2,8 fois pour les lots n^{os} 4, 5 et 6. Alors que la bonification applicable aux lots n^{os} 2 et 3 s'élevait initialement à moins 1 875 600, et à moins 1 750 560 pour les lots n^{os} 4 et 6, elle est passée à 750 240 pour les lots n^{os} 2 et 3, et à moins 625 200 pour les lots n^{os} 4 et 6. Dans le même temps, la prise en compte des chiffres modifiés a permis à EMI d'obtenir une bonification de plus 125 040 pour tous les lots en question.

12 — Note pour la réunion du conseil d'administration du 2 septembre 1993, annexe 6, p. 2 à 6, et note pour la réunion du conseil d'administration du 6 octobre 1993, annexe 6, p. 2 à 6.

45. Nous estimons par conséquent que, même au regard de leurs effets sur les offres des concurrents, les nouveaux chiffres doivent être vus comme modifiant les indications initiales, et que l'entité adjudicatrice n'aurait pas dû en tenir compte.

46. Il convient enfin d'examiner l'argument soutenu par le gouvernement belge, selon lequel les nouveaux chiffres n'auraient fait que rectifier une erreur matérielle. Les seuls faits suffisent, selon nous, à plaider contre cette thèse, puisqu'il est incontestable que les résultats optimisés ne pouvaient être obtenus que sur la base d'essais postérieurs. Les chiffres ne pouvaient donc être établis que sur la base de faits s'étant produits après la date limite. Il est donc selon nous erroné de parler de la correction d'une erreur.

b) Sur la fréquence de remplacement du moteur et de la boîte de vitesses des véhicules offerts

47. L'annexe 23 du cahier spécial des charges [13] fournit le point de départ pour les données relatives au remplacement de divers ensembles des véhicules. Elle constitue la base pour le calcul des temps de travail et des frais de matériel afférents au remplacement

13 — Cahier spécial des charges, Marché 545.

de certaines pièces. Au total, 45 postes y sont répertoriés, pour chacun desquels le soumissionnaire doit indiquer le nombre d'organes par autobus, le temps de démontage de la pièce, le temps de montage, et, enfin, le prix d'une nouvelle pièce de rechange. Toutes ces informations doivent être reprises dans un tableau. Une rubrique « Nombre de remplacements prévisibles pour un organe » [14] y est prévue. Cette rubrique a déjà été complétée par l'entité adjudicatrice pour les 45 pièces de rechange. A la première ligne, « Moteur », il convient donc de lire un « 2 » dans la colonne « Nombre de remplacements prévisibles ». Il est ensuite indiqué « Boîte de vitesses » à la deuxième ligne, et, dans la colonne prévue, figure un « 3 ».

48. Il est incontesté qu'EMI a correctement rempli le tableau de l'annexe 23 du cahier spécial des charges. Dans la note en question du 23 août 1993, le soumissionnaire attire l'attention sur le fait que la fréquence de remplacement prescrite par l'entité adjudicatrice ne correspond pas à la réalité statistique des véhicules offerts. Sous a), « deux remplacements de moteur », on lit que l'expérience acquise avec les véhicules considérés démontre qu'un seul moteur sera nécessaire pour une durée de quinze ans, à raison de 50 000 km par an. Sous b), « trois remplacements de boîte de vitesse », il est indiqué que l'expérience a démontré que seule 1,25 boîte est à prévoir.

49. L'auteur de la note souligne ensuite que ces deux points ne constituent que les postes les plus importants, et que le même raisonnement devrait également s'appliquer à d'autres pièces de rechange énumérées à l'annexe 23 du cahier spécial des charges. Il ajoute que la fiabilité des véhicules proposés ne devrait pas conduire à les pénaliser économiquement.

50. La Commission estime que cette note constitue une modification de l'offre initiale.

51. A l'inverse, le gouvernement belge est d'avis que la note du 23 août 1993 a simplement attiré l'attention de l'entité adjudicatrice sur le fait que la fréquence de remplacement prévue ne correspondait pas à la réalité. L'ensemble des données figurant à l'annexe 23, telles que le prix unitaire de la pièce de rechange, le temps de montage et celui de démontage des pièces sont restées inchangées.

52. Les observations figurant dans la note du 23 août 1993 se rapportent à des prescriptions que l'entité adjudicatrice avaient fixées au cahier des charges et dont les soumissionnaires n'avaient pas la maîtrise. Aucune indication n'était exigée d'eux pour la rubrique considérée, afférente à la fréquence de remplacement. On ne saurait à cet égard interpréter le contenu de la note du 23 août que comme une observation faite par le soumissionnaire à propos des prémisses posées par l'entité adjudicatrice, sur lesquelles il ne pouvait en principe exercer aucune influence par le biais de son offre. Le soumissionnaire ne

14 — Sans objet pour la version française.

pouvait considérer que ses observations aboutiraient à modifier les prescriptions de l'entité adjudicatrice.

53. Attirer l'attention de l'entité adjudicatrice sur le fait que les prescriptions relatives au produit offert ne correspondent pas à la réalité et qu'une appréciation de l'offre sur cette base entraînerait nécessairement une évaluation erronée répond néanmoins à l'intérêt économique légitime du soumissionnaire. Cette observation aurait tout aussi bien pu s'insérer dans l'offre initiale, sans pour autant modifier les conditions applicables au soumissionnaire. La réaction de l'entité adjudicatrice face à de telles observations doit être appréciée indépendamment du comportement du soumissionnaire.

54. Étant donné que, dans la note du 23 août 1993, le soumissionnaire n'a fourni aucune nouvelle information chiffrée, qu'il n'y a remplacé aucune de ses indications, et qu'il ne s'y est pas non plus livré à un calcul dérogatoire, nous estimons que la note contestée ne modifie en rien les indications exigées par le soumissionnaire.

55. La constatation selon laquelle EMI n'a apporté aucune modification à son offre par la note du 23 août 1993 — qui repose au moins pour partie sur le fait qu'il s'agit d'observations concernant des éléments dont, par principe, le soumissionnaire n'a pas la maîtrise — n'empêche pas que le contenu de la note a fourni à l'entité adjudicatrice l'occasion de s'écarter de ses propres prescriptions de façon éventuellement discriminatoire. Cette considération nous amène directement au deuxième moyen, celui du non-respect des critères d'attribution par l'entité adjudicatrice.

III — *Le non-respect des critères d'attribution*

a) Sur la fréquence de remplacement de certaines pièces de rechange

56. La Commission a envisagé les circonstances de fait concernant la prise en compte de la fréquence de remplacement des pièces mécaniques essentielles que sont le moteur et la boîte de vitesses sous deux points de vue juridiques distincts. Elle a d'une part soutenu que la note du 23 août 1993 apportait une modification à l'offre initiale d'EMI, une thèse juridique que nous ne partageons pas pour les raisons exposées ci-dessus. Elle a d'autre part estimé que l'entité adjudicatrice avait dérogé aux critères d'attribution fixés au cahier des charges en prenant en compte les observations d'EMI lors du calcul des coûts d'utilisation des véhicules à évaluer.

57. La signification et les modalités des critères d'attribution sont donc déterminantes. L'article 27 de la directive prévoit à cet égard, dans ses paragraphes 1 et 2, que:

« 1. Les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont:

a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question: par exemple, le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix;

b) soit uniquement le prix le plus bas.

2. Dans le cas prévu au paragraphe 1 point a), les entités adjudicatrices mentionnent, dans les cahiers des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont elles prévoient l'application, si possible dans l'ordre décroissant d'importance. »

58. Au point 14, « Critères d'attribution », de l'avis de marché, il est indiqué:

« Le choix s'effectuera sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse. Les différents critères sont: prix, coût d'utilisation (consommation, temps de montage/démontage, et prix des pièces de rechange), sécurité des approvisionnements, qualités techniques du matériel (places [15], emmarchement, émissions, bruit, hauteur des marches et de plancher, estrades) » [16].

59. Le point 20.2. du cahier spécial des charges énumère les critères d'attribution dans le même ordre que dans l'appel d'offres, en les accompagnant d'explications. La répartition s'organise de la façon suivante:

« 20.2. Critères d'attribution. Le marché sera attribué sur la base de l'offre écono-

15 — L'original utilise le mot « plages »; il semble qu'il s'agisse d'une coquille, puisque, dans le cahier des charges, le premier critère d'appréciation des qualités techniques du matériel est intitulé « Nombre de places ».

16 — On ne trouve cette énumération complète que dans la publication en langue originale (français) de l'avis de marché. Dans les autres langues communautaires, la publication n'est faite que sous forme abrégée. En allemand, par exemple, il est indiqué: « Critères d'attribution: offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères suivants: prix, coûts de fonctionnement, qualité, autres critères ».

miquement la plus avantageuse, sur base des critères suivants:

20.2.1. Le prix unitaire de l'autobus et les variantes financières

...

20.2.2. Critères techniques d'appréciation.

Ces critères feront l'objet d'une pondération absolue, dont l'unité sera le 'franc fictif'.

LE COUT D'UTILISATION

20.2.2.1. Consommation de combustible

...

20.2.2.2. Temps de montage et de démontage, prix des pièces

...

LA SÉCURITÉ DES APPROVISIONNEMENTS

20.2.2.3. Fourniture des pièces de rechange

...

LES QUALITÉS TECHNIQUES DU MATÉRIEL OFFERT

20.2.2.4. Nombre de places

...

20.2.2.5. Profondeur des marches

...

20.2.2.6. Emissions polluantes des gaz d'échappement

...

20.2.2.7. Le niveau du bruit

...

20.2.2.8. La hauteur de plancher

...

20.2.2.9. Nombre de marches

...

20.2.2.10. Estrades

... »

60. L'interdiction de discrimination, et la prévisibilité du processus d'appréciation, qui en est le corollaire, imposent que l'entité adjudicatrice s'en tienne aux critères d'attribution qu'elle a définis. L'annexe 23 du cahier spécial des charges, déjà évoquée ci-dessus, sert de base à l'évaluation de l'un des deux facteurs de détermination des coûts d'utilisation. Conformément aux critères d'attribution, les coûts d'utilisation à prendre en compte se composent, d'une part, de la consommation de carburant et, d'autre part, du temps de travail et des frais de matériel estimés nécessaires au remplacement de pièces de rechange.

61. La fréquence de remplacement des pièces de rechange constitue à cet égard — ainsi que nous l'avons déjà vu — une constante que l'entité adjudicatrice prescrit indistinctement à l'ensemble des soumissionnaires. Ce facteur intervient à titre de multiplicateur des indications fournies par ceux-ci en matière de coûts. Déroger à cette prescription est donc susceptible d'entraîner des conséquences importantes.

62. Il est en l'espèce admis, et il résulte d'ailleurs des documents produits [17], que l'entité adjudicatrice a tenu compte, lors du calcul des coûts d'utilisation, de la moindre fréquence de remplacement des moteurs et boîtes de vitesses communiquée par EMI. Une comparaison des documents relatifs à l'appréciation des différentes offres qui ont été faites pour chacun des lots révèle que le facteur coûts d'utilisation est estimé, lors des calculs définitifs, à un montant substantiellement inférieur à celui qui avait été déterminé lors des calculs réalisés en vue d'établir la première proposition de décision soumise à la réunion du conseil d'administration du 2 septembre 1993. Alors que le chiffre de 4 901 790 pour les lots n^{os} 2 et 3 et celui de 4 896 790 pour les lots n^{os} 4 à 6 avaient été initialement portés à la colonne « Entre-

17 — Voir la note établie en vue de la réunion du conseil d'administration de l'entité adjudicatrice, du 6 octobre 1993.

tien » [18] du tableau d'appréciation visant à l'estimation des coûts d'utilisation, le montant estimé à l'occasion des nouveaux calculs est de 3 744 140 pour les lots n[os] 2 à 6 [19]. Il est évident que le soumissionnaire concerné tire un plus grand avantage de la modification du mode de calcul que les autres concurrents.

63. Il y a selon nous violation du principe d'égalité de traitement lorsque l'entité adjudicatrice déroge unilatéralement, à l'avantage d'un soumissionnaire, aux données fixées au cahier des charges, qu'il convient d'interpréter comme non modifiables, sans accorder aux autres soumissionnaires la possibilité de réviser leurs indications en fonction des changements affectant la prémisse. Une fois qu'elle a eu connaissance de ce que les éléments indiqués par l'un des soumissionnaires étaient si nettement supérieurs à ses attentes qu'elle a eu des doutes sur la validité des prescriptions qu'elles avaient fixées, l'entité adjudicatrice devait soit s'en tenir à ses prescriptions techniques, soit informer l'ensemble des soumissionnaires de la possibilité de déroger aux données fixées au cahier des charges. Nous estimons que la date à laquelle l'entité adjudicatrice a connaissance des faits est à cet égard sans importance; la solution ne sera, par principe, pas différente dans l'hypothèse où ces indications sont déjà présentes dans l'offre.

64. Le gouvernement belge a soutenu que l'entité adjudicatrice ne devait pas être empêchée de donner la préférence à un matériel de qualité supérieure qui lui est offert dans le cours du progrès technique.

65. On rétorquera qu'une entité adjudicatrice n'est nullement empêchée de tenir compte, dans le cadre de la passation du marché, des améliorations que le progrès technique permet d'apporter au matériel à fournir. La possibilité d'admettre des variantes, déjà consacrée dans la directive [20], plaide en faveur de cette thèse. Souhaiter l'amélioration technique des produits à acquérir dans le cadre des marchés publics n'autorise toutefois pas une entité adjudicatrice à enfreindre le principe de l'égalité de traitement.

66. L'entité adjudicatrice a violé l'interdiction de discrimination en dérogeant unilatéralement, au profit d'un soumissionnaire, à ses propres prescriptions en matière d'évaluation des critères d'attribution.

67. Les effets discriminatoires du comportement apparaissent évidents lorsqu'on considère le classement des véhicules en concurrence au regard du calcul des coûts d'utilisation. D'après les indications initiales concernant la consommation de carburant et la fréquence prescrite de remplacement des pièces de rechange, les véhicules de Van

18 — Sans objet pour la version française.

19 — Voir l'annexe 6 à la note rédigée pour la réunion du conseil d'administration du 2 septembre 1993, p. 2 à 6, et l'annexe 2 à la note établie pour la réunion du conseil d'administration du 6 octobre 1993, p. 1 à 6.

20 — Voir l'article 27, paragraphe 3, de la directive.

Hool occupaient la première position pour les lots n° 2 et 3, et ceux d'EMI la troisième. En ce qui concerne les lots n° 4, 5 et 6, les véhicules de Van Hool étaient premiers, et ceux d'EMI cinquièmes. En tenant compte des nouveaux éléments chiffrés, les véhicules de Van Hool se retrouvaient en première place pour les lots n°s 2, 3 et 5, tandis que ceux d'EMI se situaient en deuxième position. Pour les lots n°s 4 et 6, les véhicules d'EMI prenaient même la première place suite aux nouveaux calculs.

68. La modification du classement, c'est-à-dire le passage de la cinquième à la première place dans le cadre des calculs relatifs au critère d'attribution classé second en importance, à savoir les coûts d'utilisation, est selon nous tout à fait significative. Dans ces circonstances, l'existence d'une discrimination des concurrents ne nous semble faire aucun doute.

b) Sur la prise en compte d'un équipement particulier

69. Dans le cadre du grief selon lequel l'entité adjudicatrice a attribué le marché en n'observant pas les critères d'attribution définis au cahier des charges, la Commission invoque que la SRWT a fait intervenir dans son appréciation d'ensemble, au bénéfice d'EMI, quelques éléments d'équipement que cette dernière avait proposés et qui n'étaient pas prévus au cahier des charges. Il s'agit, concrètement, de la prise en compte de sièges particuliers, dénommés « Cantilever », d'un mécanisme de désembuage des glaces latérales et d'un système particulier d'assemblage modulaire lors de la construction des bus.

70. En comparaison des sièges traditionnels, les avantages des *sièges « Cantilever »*, qui sont fixés sur les côtés des bus, seraient multiples. Ils obligent, en premier lieu, à renforcer les parois latérales des bus sur lesquelles les sièges doivent être fixés, ce qui, dans l'ensemble, améliorerait la sécurité des passagers. L'absence de fixation des sièges au sol permettrait de gagner un temps certain lors du nettoyage des bus. Enfin, ces sièges augmenteraient le confort des passagers du fait d'une plus grande liberté de mouvement pour les jambes et d'un espace de rangement plus important pour d'éventuels bagages.

71. Les avantages du *désembuage des vitres* seraient aussi bien de nature esthétique qu'économique. Il empêcherait le frottis des vitres, ce qui, par voie de conséquence, diminuerait également de manière considérable les frais liés au nettoyage des vitres.

72. En raison de la méthode de fixation des pièces, le *système modulaire* d'assemblage des bus ferait gagner un temps sensible en cas de réparation indispensable de la carrosserie. En outre, ce système diminuerait grandement le nombre de pièces à maintenir en stock, puisque certaines pièces s'adaptent indistinctement à différents modèles de bus.

73. Les trois équipements qui viennent d'être cités, les sièges, le désembuage et le système modulaire, figuraient déjà dans l'offre initiale d'EMI. Il ressort de la décision d'attribution que ces éléments sont intervenus dans l'appréciation définitive sans cependant avoir été concrètement chiffrés.

74. Dans sa note du 3 août, EMI a certes entrepris de chiffrer les avantages économiques des équipements cités. L'entité adjudicatrice n'a toutefois pas repris cette méthode de calcul.

75. La question est de savoir si les éléments en question constituent des variantes au sens de la directive, et si, dans l'affirmative, celles-ci ont été correctement appréciées.

76. L'article 27, paragraphe 3, de la directive prévoit que:

« Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les entités adjudicatrices peuvent prendre en considération des variantes présentées par un soumissionnaire lorsqu'elles répondent aux exigences minimales requises par les entités adjudicatrices. Les entités adjudicatrices indiquent, dans le cahier des charges, les conditions minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les exigences requises pour leur soumission (...) »

Les trente-deuxième et trente-troisième considérants mentionnent les principes d'application suivants de la directive:

« considérant que les règles à appliquer par les entités concernées doivent créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité;

considérant que, en contrepartie de cette flexibilité et pour promouvoir la confiance mutuelle, il y a lieu de garantir un niveau minimal de transparence et d'adopter des méthodes appropriées pour surveiller l'application de la présente directive ».

77. Il est indiqué au point 3, sous d), de l'avis de marché:

« Variantes: les suggestions sont autorisées » [21].

21 — La version allemande de l'avis de marché indique: « Varianten: les variantes sont autorisées ».

78. Le cahier des charges fait référence aux variantes dans différents contextes. Il est un moment question de « variantes financières » [22]; dans d'autres passages, on voit apparaître les notions de « variantes obligatoires » [23] ou de « variantes facultatives » [24]. Dans le cadre des critères d'attribution, sous le point 20.2.1, « Le prix unitaire de l'autobus et les variantes financières », il est indiqué: « Le prix unitaire sera augmenté du prix des variantes autres que financières et des suggestions éventuelles prises en considération. »

79. La Commission estime qu'il n'aurait pas fallu tenir compte des caractéristiques lors de l'appréciation de l'offre d'EMI. Les éléments techniques non chiffrés ne pouvaient selon elle être pris en compte, dans la mesure où ils n'avaient pas été annoncés parmi les éléments retenus pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. La Commission reconnaît que le cahier des charges autorise les variantes. Elle estime cependant que des éléments exigés par celui-ci ne peuvent être considérés comme des « suggestions libres » [25] et qu'ils ne sauraient donc être valorisés que conformément au cahier des charges.

80. Dans la réplique, la Commission estime que, s'il est vrai que les variantes sont autorisées par le cahier des charges, il n'en reste pas moins qu'elles ne peuvent être prises en considération que pour augmenter le prix unitaire des autobus.

81. Le gouvernement belge objecte à ce dernier argument qu'il présente un caractère tardif et qu'il doit donc être rejeté. Le gouvernement belge fait en outre valoir les moyens de défense suivants.

Selon lui, il convient d'abord de considérer que les propositions, ou suggestions [26], ont été admises en application du cahier des charges. Les caractéristiques techniques retenues par la SRWT à titre de propositions n'ont pas fait l'objet d'une bonification qui aurait influé sur le prix unitaire des véhicules offerts par EMI. Elles n'ont été retenues qu'à titre d'éléments non chiffrés de confort et de qualité permettant de conclure que l'offre de cette société était économiquement la plus avantageuse.

82. Le gouvernement belge souligne que ces propositions n'ont joué qu'un rôle mineur dans l'attribution du marché. Les offres d'EMI et de Van Hool étaient si proches que la SRWT a estimé qu'il était nécessaire, afin de départager les candidats, de tenir compte des avantages particuliers que présentaient les véhicules d'EMI. Une telle démarche était, selon lui, compatible avec l'article 27, paragraphe 3, de la directive, en vertu duquel, lorsque le critère d'attribution est

22 — Point 20.2 du cahier spécial des charges — Critères d'attribution.

23 — Liste des variantes.

24 — Idem.

25 — Sans objet pour la version française.

26 — Sans objet pour la version française.

celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les entités adjudicatrices peuvent prendre en considération des variantes présentées par un soumissionnaire lorsqu'elles répondent aux exigences minimales requises par les entités adjudicatrices.

83. Il ajoute que l'objectif des variantes ou suggestions est justement d'attirer l'attention de l'administration sur les nouveautés dont elle n'a pas connaissance et que c'est précisément le propre des suggestions d'aller au-delà des prescriptions techniques minimales fixées par le cahier des charges. Enfin, quant au grief tiré de l'inégalité de traitement entre soumissionnaires, il estime qu'il convient de le rejeter, puisqu'il serait impossible en pratique de comparer des suggestions, dès lors que celles-ci rendent chaque offre originale et dissemblable des autres. La Commission n'aurait d'ailleurs pas été en mesure d'exposer que d'autres concurrents avaient fait des suggestions comparables.

84. Nous souhaitons d'abord examiner l'objection d'irrecevabilité que le gouvernement belge oppose à l'argument que la Commission développe dans la réplique à propos de l'augmentation du prix unitaire en cas de variantes. Cette objection trouve un appui juridique dans l'article 42, paragraphe 2, première phrase, du règlement de procédure de la Cour. Il y est prévu que:

« La production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure. »

L'argument qu'il nous revient d'apprécier étant l'un de ceux soutenus par la partie requérante, il convient de le ranger parmi les moyens ayant pour objet d'invoquer un grief. Il y a lieu, en examinant la question de la forclusion desdits moyens, de faire une distinction fondamentale entre moyens et arguments. Les moyens doivent tous figurer dans la requête. On ne peut donc soulever des moyens nouveaux dans le cours ultérieur de la procédure sans les justifier au sens de l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure. Il en va différemment des arguments, qui ont pour objet d'étayer ou de compléter des moyens déjà présentés. Ceux-ci peuvent être exposés à tout moment, même à un stade ultérieur de la procédure.

85. Le moyen tiré de l'inobservation des critères d'attribution lors de la passation du marché, qui s'est manifestée par la prise en compte des sièges, du désembuage et du système modulaire suggérés par EMI, a déjà été présenté dans la requête — de même que dans la procédure précontentieuse. La mention des effets produits sur le prix unitaire par des variantes éventuellement retenues ne constitue, au regard de ce moyen, qu'un argument supplémentaire. L'objection tirée de son irrecevabilité est donc sans pertinence.

86. Le gouvernement belge fait valoir, en ce qui concerne l'argument contesté, que le grief est également injustifié au fond. En effet, le cahier des charges prévoit que le prix unitaire est majoré des suggestions retenues afin d'effectuer des comparaisons. Mais dès lors que le prix unitaire englobe déjà le coût de ces éléments particuliers — comme c'est le cas en l'espèce —, on ne saurait le répercuter une seconde fois sur le prix. Même si les suggestions retenues n'avaient pas pour effet d'augmenter le prix unitaire, il n'était néanmoins pas interdit à l'entité adjudicatrice de tenir compte des mérites du matériel proposé.

87. Il convient, en appréciant le comportement adopté par l'entité adjudicatrice au sujet des critères d'équipements, de considérer que la directive autorise en principe les variantes. Cela résulte expressément de l'article 27, paragraphe 3. Le texte de l'appel d'offres démontre qu'il a d'ailleurs été fait usage de cette possibilité pour le marché considéré.

88. La détermination abstraite de variantes autorisées est subordonnée à la question de leur effet utile. Il y a à cet égard une différence fondamentale entre les procédures dont le critère d'attribution décisif est le prix le plus bas, et celles dans lesquelles l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminante [27]. Ces dernières sont les seules où le soumissionnaire a la faculté de présenter des variantes. Ainsi que le gouvernement belge l'a fait valoir à juste titre, cette procédure permet, lors de la passation du marché, de prendre en compte des suggestions et nouveautés dont une entité adjudicatrice n'apprend l'existence que par un soumissionnaire. Les trente-deuxième et trente-troisième considérants de la directive témoignent de la nécessité de réserver la possibilité, y compris dans le cadre de l'application de la directive, d'une certaine flexibilité dans la pratique économique d'une entité adjudicatrice.

89. S'il doit rester possible aux soumissionnaires, dans le cadre d'une procédure de passation de marché, de présenter des propositions et suggestions, il ne saurait s'agir, par hypothèse, de critères prédéfinis du cahier des charges. Il nous apparaît donc parfaitement logique que les suggestions faites par EMI pour les équipements particuliers ne puissent être classées sous aucune des variantes répertoriées au cahier des charges. La chose est évidente lorsqu'il est question du concept de variantes financières. Quant aux variantes obligatoires, elles constituent des propositions alternatives qui sont exigées et définies par l'entité adjudicatrice à propos de détails du cahier des charges. Les solutions alternatives, définies aux différents passages pertinents du cahier des charges, fournissent des éclaircissements sur leur contenu. La liste des variantes [28] en donne une vue d'ensemble. Trois des quatre variantes facultatives, également reprises dans cette liste, sont relatives au financement. Seule l'une d'elles porte

27 — Voir l'article 27, paragraphe 1.

28 — « Liste des variantes » en annexe au cahier spécial des charges.

sur un élément technique. Ce dernier est lui-même prédéfini. La différence entre les variantes obligatoires et les variantes facultatives [29] nous paraît être celle-ci que le soumissionnaire doit présenter les variantes obligatoires pour satisfaire aux exigences du cahier des charges, tandis qu'il a toute latitude de travailler sur la variante facultative demandée et qu'il ne saurait en tout état de cause être exclu s'il négligeait de le faire.

critères de l'exercice du pouvoir d'appréciation peuvent être tirés de la directive. L'article 27, paragraphe 3, prévoit par exemple que:

« Les entités adjudicatrices indiquent, dans le cahier des charges, les conditions minimales que les variantes doivent respecter (...) »

90. L'admission de propositions et de suggestions qui, par hypothèse, ne sont pas prescrites au cahier des charges soulève la difficulté de savoir comment prendre en compte celles qui sont éventuellement retenues. Les suggestions doivent elles aussi être économiquement appréciées lorsqu'un marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il est question, au trente-troisième considérant de la directive, d'un « *niveau minimal de transparence* » en contrepartie de la flexibilité qui est instaurée. Nous voudrions y ajouter *l'interdiction de discrimination*, consacrée à l'article 4 de la directive.

91. Dans les procédures où l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'entité adjudicatrice dispose selon nous d'un certain pouvoir d'appréciation quant au choix final de la solution technique à laquelle elle donne finalement la préférence. Ce pouvoir d'appréciation n'est certes pas sans limites et doit être soumis au contrôle de l'excès de pouvoir. A notre avis, les

92. Nous souhaitons, pour la poursuite de notre analyse, partir du principe que l'entité adjudicatrice dispose d'un pouvoir d'appréciation dans la prise en compte de suggestions, à condition que celles-ci répondent aux exigences minimales définies au cahier des charges et que la procédure soit organisée de façon transparente et non discriminatoire. Il y a lieu, selon nous, d'appliquer les mêmes principes à l'appréciation économique des propositions et suggestions.

93. Il convient de considérer les critères d'équipement contestés comme des caractéristiques des qualités techniques du matériel

29 — Sans objet pour la version française.

offert. Ces dernières [30] relèvent des critères d'attribution expressément mentionnés au cahier des charges et englobent sept caractéristiques [31]. Une particularité de ces dix critères est qu'ils s'attachent *exclusivement* à définir des bonifications ou pénalisations fictives s'appliquant au matériel exigé ainsi qu'à d'éventuelles solutions alternatives qui s'en écartent. Puisque ces critères d'appréciation se réfèrent aux définitions fixées au cahier des charges, il n'y a guère de place, dans ce cadre, pour l'appréciation de suggestions qui n'y sont pas mentionnées. L'appréciation économique des variantes n'est expressément prévue que pour la fixation du prix unitaire dans le cadre des critères d'attribution [32].

94. Nous sommes ici confrontés au problème, soulevé par le gouvernement belge, de l'impossibilité de répercuter à nouveau sur le prix le coût de suggestions techniques utiles dont il a déjà été tenu compte dans le prix unitaire. Cela aboutirait en effet à désavantager économiquement de meilleures solutions. Il serait plus juste d'appliquer le système de bonus/malus institué pour le matériel technique aux suggestions retenues par l'entité adjudicatrice. Mais, comme nous l'avons déjà indiqué, on se heurte, pour ce faire, à l'impossibilité de définir a priori les caractéristiques techniques qui, par hypothèse, sont inconnues.

95. Devant les difficultés rencontrées pour valoriser économiquement des solutions techniques alternatives, EMI a proposé, dans sa note du 3 août 1993, une méthode de chiffrage des suggestions qu'elle avait soumises [33]. L'entité adjudicatrice n'a pas repris ces propositions d'évaluation, en indiquant pour motif qu'aucun instrument d'appréciation n'avait été prévu pour ces solutions alternatives dans le cadre des critères d'attribution fixés au cahier des charges.

96. L'entité adjudicatrice est selon nous néanmoins en droit, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, de tenir compte, à titre d'éléments valorisants, des suggestions faites par le soumissionnaire, dès lors que celles-ci répondent techniquement aux exigences minimales du cahier des charges et que le marché est attribué de façon transparente et non discriminatoire.

97. On peut trouver en divers endroits du cahier des charges les exigences relatives aux sièges requis. Elles concernent aussi bien le nombre de places dont doivent disposer les différents modèles de véhicules que des variantes impératives exigées pour des types particuliers, comme des « sièges antivandalisme » dans la partie arrière des bus [34]. Si les sièges « Cantilever » satisfont apparemment à l'ensemble de ces exigences techniques, ils offrent en sus d'autres avantages, tant sur le plan économique qu'en matière de confort.

30 — « Les qualités techniques du matériel offert », voir les points 20.2.2.4 et suiv. des critères d'attribution figurant au cahier des charges.

31 — Points 20.2.2.4 à 20.2.2.10 du cahier des charges, voir le point 59 ci-dessus.

32 — Voir le point 20.2.1 des critères d'attribution.

33 — Sièges « cantilever »: 480 000 BFR, désembuage: 240 000 BFR, système modulaire: 100 000 BFR.

34 — Voir annexe 11 du cahier général des charges; partie 2, chapitre IV, point 13, article 42, et partie 3, chapitre II, article 18, point 18.6 du cahier spécial des charges.

98. La partie 2, chapitre IV, point 14, article 43, permet de déterminer des exigences minimales en ce qui concerne le système de désembuage des vitres qui a été suggéré. Il y est question du simple ou du double vitrage, ce dernier étant lié au système de chauffage dans le cadre d'une variante obligatoire. Là encore, on ne voit guère, selon nous, une dérogation aux exigences minimales.

99. Quant au système modulaire, enfin, nous ne distinguons aucune exigence minimale au cahier des charges. Cela n'est pas surprenant, puisque ce système a justement été proposé à titre d'élément original et nouveau et qu'il ne pouvait donc y avoir été prévu. Nous savons déjà, de par les observations qui précèdent, que l'entité adjudicatrice attachait une importance essentielle, dans le cadre de l'évaluation des coûts d'utilisation (le deuxième critère d'attribution), au temps de travail nécessaire à la réparation du véhicule, ainsi qu'aux frais de matériel en résultant. Le troisième des critères d'attribution, la sécurité des approvisionnements, montre qu'il est fondamental, pour l'entité adjudicatrice, que la fourniture des pièces de rechange et la gestion des stocks soient organisées de la façon la plus efficace possible. Nous ne pouvons déceler aucune inobservation d'éventuelles exigences minimales en matière d'éléments de fabrication qui serait due au système modulaire proposé.

100. Il nous semble que l'entité adjudicatrice a respecté la nécessaire transparence en mentionnant expressément dans sa décision d'attribution, sur la base d'un classement préétabli selon les critères d'attribution définis, les suggestions qu'elle avait retenues et en y indiquant de façon claire et perceptible les avantages économiques que ces suggestions présentaient. La note établie en vue du conseil d'administration du 6 octobre 1993 fait état des éléments sur lesquels elle fait reposer sa proposition d'attribution et les discute expressément [35].

101. Quant au respect du principe d'égalité de traitement, enfin, l'entité adjudicatrice n'a dérogé, en ce qui concerne les équipements, à aucune des prescriptions fixées au cahier des charges. La situation est à cet égard tout à fait différente de celle concernant la fréquence de remplacement du moteur et de la boîte de vitesses. Il est ici plus difficile de comparer directement les propositions et suggestions avec les offres d'autres soumissionnaires, puisque ceux-ci n'ont fait aucune suggestion comparable.

102. Nous estimons, en conclusion, que l'entité adjudicatrice a agi dans le cadre de son pouvoir d'appréciation en prenant en compte les équipements que sont les sièges « Cantilever », le désembuage et le système modulaire, et que sa décision d'attribution n'est pas illégale à cet égard.

35 — Voir p. 6 de la note établie en vue de la réunion du conseil d'administration du 6 octobre 1993.

Dépens

103. En vertu de l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure de la Cour, celle-ci peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs. Nous proposons de procéder ainsi en l'espèce.

C — Conclusions

104. En conséquence des considérations qui précèdent, nous concluons que:

« 1) Le royaume de Belgique a violé ses obligations découlant de la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, en prenant en compte, dans le cadre d'un marché public passé par la SRWT, des modifications apportées à l'une des offres postérieurement à l'ouverture de celles-ci et en retenant une offre par dérogation au critère d'attribution.

2) Le recours est rejeté pour le surplus.

3) Chaque partie supportera ses propres dépens. »