

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 161.344 du 13 juillet 2006

G./A. 174.721/VI-17.186

En cause :

- 1. la société anonyme "TELINDUS",**
- 2. la société anonyme de droit français "FRANCE TELECOM",**

ayant élu domicile chez
Me Pascal MALLIEN, avocat,
Meir 24
2000 Anvers,

contre :

le Centre d'Informatique pour la Région bruxelloise,

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et Cédric MOLITOR, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme "IMTECH TELECOM".

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 10 juillet 2006 par la société anonyme "TELINDUS" et la société anonyme de droit français "FRANCE TELECOM", agissant conjointement, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision d'attribution du marché relatif à l'Internet sans fil sur le campus de la plaine des manoeuvres de l'ULB/VUB du 21 juin 2006, notifiée par pli recommandé aux requérantes le 28 juin 2006";

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 13 juillet 2006 par laquelle la société anonyme " IMTECH TELECOM" demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Vu l'ordonnance du 11 juillet 2006, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 13 juillet 2006 à 9 heures 30;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me MALLIEN, avocat, comparaissant pour les parties demanderesses, Me MOLITOR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me LEGRAND, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

I. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants:

1. Fin 2005, la partie adverse lance un marché de services relatif à l'accès sans fil à l'Internet sur le campus de l'ULB/VUB à passer selon la procédure négociée avec publicité (article 17, § 3, 4°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services).

2. L'avis de marché est publié au Bulletin des Adjudications le 30 septembre 2005 et dans le J.O.C.E. le 3 novembre 2005. Sur les onze firmes ayant déposé le 8

novembre 2005 un dossier de candidature, sept sont sélectionnées et sont invitées, par lettre recommandée du 16 mars 2006, à présenter une offre.

3. Le marché est régi par le cahier spécial des charges 2005.108 établi en février 2006.

Le contexte du projet est décrit comme suit :

" Ce projet a pour but d'offrir gratuitement un accès réseau sans fil à l'Internet sur la zone dite «plaine des manoeuvres» occupée par le campus de l'ULB et de la VUB.

La Région de Bruxelles-Capitale considère cette réalisation comme un pilote et procédera dès lors à une évaluation qui portera sur:

- Les performances et la fiabilité de ce type de réseau;
- Les coûts réels d'installation, de maintenance et d'opération;
- L'usage réel par les utilisateurs et leur perception de ce type de service;
- Le niveau de sécurité de ce réseau;
- La qualité de la couverture offerte.

L'évaluation ne fait pas partie du présent marché".

L'objet du marché est le suivant :

"Le présent marché a pour objet :

1) L'étude préalable du réseau sans fil tant pour la partie « zone Wi-Fi » que pour la partie « connexion de la zone Wi-Fi » à un point de présence (POP) de l'opérateur Internet régional (CIRB). Il s'agit d'une étude technique et juridique.

2) La réalisation du réseau, c'est-à-dire :

- La fourniture, l'installation et la mise en service d'un réseau sans fil labellisé Wi-Fi sur l'ensemble du territoire occupé par les campus ULB et VUB installés à la plaine des manoeuvres.
- La connexion de la zone Wi-Fi à un POP du CIRB en vue de donner l'accès à Internet.
- L'installation des équipements permettant les fonctions réseaux tels que DHCP, Firewall, proxy, page d'accueil, etc.
- La mise en place d'un système d'authentification en partenariat avec le CIRB (ce dernier en conservant la maîtrise).
- La fourniture, l'installation et la mise en service de 20 terminaux téléphoniques VoIP sur Wi-Fi.

3) L'exploitation du réseau pendant un an, c'est-à-dire :

- L'opération du réseau (incluant les systèmes de DHCP, Firewall, proxy, page d'accueil, etc.)
- La maintenance technique du réseau.
- La fourniture des informations d'exploitation qui permettront l'évaluation du projet.

Le soumissionnaire remet également :

- Une proposition de contrat pour l'opération et la maintenance technique au-delà de la première année contractuelle.

L'administration se réserve le droit de ne pas commander l'opération et la maintenance après la première année.

L'objet du marché se réalisera sous la forme de prestations de services".

Les critères d'attribution sont les suivants :

"Montant de comparaison (prix)	25% à 35 %
Valeur technique de l'offre	20% à 30%
Qualité de service et SLA	15% à 25%
Délai de réalisation des différentes phases	20% à 30%".

4. Le 18 avril 2006, lors de l'ouverture des offres, quatre sociétés ont déposé une offre, à savoir IMTECH, TELINDUS-FRANCE TELECOM AM, TELINDUS, et SIEMENS.

5. Il résulte du dossier administratif que la partie adverse a alors mené des négociations avec les quatre soumissionnaires et que ces négociations se sont déroulées, pour ce qui concerne chacun des soumissionnaires, selon le même schéma, à savoir : la partie adverse a libellé une série de questions suscitées par l'analyse des offres déposées; une première réunion a été organisée entre la partie adverse et chaque soumissionnaire, à l'occasion de laquelle chacun a pu présenter son offre et prendre connaissance des questions de cette dernière; des réponses écrites à ces questions ont été adressées par chacun des soumissionnaires; une seconde réunion de négociation s'est ensuite tenue entre la partie adverse et chacun des soumissionnaires, pour discuter notamment des réponses écrites apportées aux questions posées; par la suite, les soumissionnaires ont eu l'occasion de présenter une offre adaptée; la partie adverse a enfin posé à chacun des soumissionnaires des questions supplémentaires formulées dans un fax du 2 juin 2006.

6. Il ressort de la décision motivée d'attribution du marché que toutes les offres ont été déclarées régulières et qu' "en vue de l'analyse et de la comparaison des offres, les critères d'attribution ont reçu les valeurs définitives suivantes :

Montant de comparaison (prix)	30 %
Valeur technique de l'offre	25%
Délai de réalisation des différentes phases	25%
Qualité de service et SLA	20%".

La comparaison et le classement des offres peuvent être synthétisés sous la forme du tableau suivant :

	Prix	Valeur technique	Délai de réalisation	Qualité de service et SLA	Total
IMTECH	11,92	17,23	20	13,10	62,25
TEL - FRANCE TEL AM	18,41	13,30	7,5	10,60	49,81
TELINDUS	18,39	12,40	7,5	10,60	48,89
SIEMENS	11,27	12,10	7,5	11,60	42,47

7. Le 21 juin 2006, la partie adverse décide d'attribuer le marché "à la société Imtech Telecom qui a déposé l'offre la plus avantageuse". Il s'agit de l'acte attaqué.

8. Le 28 juin 2006, cette décision est notifiée aux demanderesses sous pli recommandé à la poste. Elle contient le délai d'attente prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

II. QUANT A LA DEMANDE EN INTERVENTION

Considérant que par une requête introduite le 13 juillet 2006, la société anonyme "IMTECH TELECOM" demande à intervenir dans la procédure en suspension d'extrême urgence; qu'il y a lieu d'accueillir cette demande.

III. QUANT A L'EXTRÊME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de dix jours prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 précitée; que cette notification, qui emporte la conclusion du contrat, aurait rendu vaine toute demande de suspension; que l'extrême urgence est établie;

IV. QUANT AU RISQUE DE PRÉJUDICE GRAVE ET DIFFICILEMENT RÉPARABLE

Considérant que les demanderesses exposent, à titre de risque de préjudice grave et difficilement réparable, ce qui suit :

"Le cahier spécial des charges relatif à Internet sans fil sur le campus de la plaine des manoeuvres de l'ULB / VUB 2005.108 mentionne au point A.1.2. que «La Région de Bruxelles-Capitale considère cette réalisation comme un pilote et procédera dès lors à une évaluation qui portera sur - les performances et la fiabilité de ce type de réseau; - les coûts réels d'installation, de maintenance et d'opération; - l'usage réel par les utilisateurs et leur perception de ce type de service; - le niveau de sécurité de ce réseau; - la qualité de la couverture offerte. ».

Il en ressort que l'adjudication de ce marché de services est essentielle pour la réputation des sociétés qui sont actifs au niveau de la télécommunication.

Un grand préjudice de perte de prestige et de réputation est dès lors évident en cas de non-attribution de ce marché de services aux requérantes.

Les requérantes se réfèrent, à titre d'exemple, à l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 octobre 1992, SA Bouwbedrijf Reynders et SA De Coene Decor, n° 40.733 [...].

A titre additionnel, les requérantes se réfèrent à la directive européenne 89/665 et la mise en demeure de la Commission des Communautés européennes du 13 janvier 2004 à l'égard de l'Etat belge qui a résulté à l'introduction de l'art. 21bis dans la loi du 24 décembre 1993.

Au cas où la décision d'attribution du CIRB ne peut nullement être suspendue, les requérantes n'ont nullement une possibilité efficace pour mettre à néant une infraction évidente à la législation, ayant trait aux marchés publics, se fondant sur les directives européennes appropriées à ce sujet";

Considérant que pour satisfaire à l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le demandeur doit, dans sa demande de suspension, démontrer in concreto que l'exécution immédiate de la décision attaquée risque, si elle n'est pas suspendue, d'entraîner pendant l'instance en annulation des conséquences importantes se révélant, dans les faits, irréversibles ou difficilement réversibles au regard des effets qui pourraient s'attacher à l'annulation poursuivie au principal; que cette règle comporte plusieurs corollaires :

- la charge de la preuve incombe au demandeur à qui il appartient d'apporter la preuve suffisante de la gravité et du caractère difficilement réparable du préjudice qu'il allègue;
- la demande de suspension doit contenir les éléments de fait précis permettant d'apprécier les risques concrets que l'exécution immédiate de la décision attaquée pourrait entraîner;
- le préjudice allégué, sauf lorsqu'il est évident ou qu'il n'est pas contesté, doit être étayé par des documents probants;
- le Conseil d'Etat ne peut avoir égard qu'aux éléments avancés dans la demande de suspension, les considérations ajoutées à l'occasion des plaidoiries ou dans des écrits non prévus par la loi ou les règlements de procédure n'ayant, à moins de n'être pas contestées ou d'apparaître comme indiscutablement déterminantes, que valeur de simples renseignements;

Considérant qu'en l'espèce, les demanderesses invoquent tout d'abord le fait que le marché litigieux est, aux termes du cahier spécial des charges, une "expérience pilote", ce qui ne suffit pas à démontrer l'existence d'un marché de références; qu'ensuite, et surtout, les demanderesses font état d'une grande perte de réputation et de prestige dans leur chef en cas de perte du marché; que, toutefois, elles ne décrivent dans la demande et n'apportent en annexe à celle-ci aucun élément relatif à leur réputation, à leurs activités, à la part dans celles-ci de l'internet sans fil, aux marchés déjà obtenus ou non dans ce secteur, à l'expérience déjà acquise dans cette matière, etc ...; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat, spécialement en extrême urgence, d'aller rechercher les éléments en relation avec la situation professionnelle des demanderesses; que, dans ces conditions, l'on n'aperçoit pas en quoi la perte du marché litigieux risque

d'avoir des conséquences graves et irréparables sur la réputation et le prestige des demanderesses;

Considérant que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête par laquelle la société anonyme "IMTECH TELECOM" demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, 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 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 475 euros, sont mis à charge des demanderesses à concurrence de 175 euros chacune, et à charge de la partie intervenante à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le treize juillet deux mille six par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M ^{me} LEJEUNE,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

L. LEJEUNE.

P. NIHOUL.