CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 166.184 du 20 décembre 2006

G./A.179.417/VI-17.326

En cause : **la société anonyme de droit grec EUROPEAN DYNAMICS,**

ayant élu domicile chez
Me Nikolaos KOROGIANNAKIS et
Aurore GRETER, avocats,
place Jean Jacobs, n° 7,
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de l'Emploi,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION, David D'HOOGHE
et Elisabeth WILLEMART, avocats,
rue Henri Wafelaerts, n° 47-51,
1060 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 15 décembre 2006 par la société anonyme de droit grec EUROPEAN DYNAMICS, qui sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution du marché public de services du 5/12/2006 ";

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 15 décembre 2006 fixant l'affaire à l'audience du 19 décembre 2006 à 11.00 heures;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Nikolaos KOROGIANNAKIS et Aurore GRETER, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Elisabeth WILLEMAERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être résumés comme suit:

1. Le service public fédéral Technologie de l'Information et de la Communication, en abrégé FEDICT, qui dépend du Ministre ayant l'Emploi et l'Informatisation de l'Etat dans ses attributions, a lancé un marché public de services informatiques (CSC Fedict/ 2006/GB/176) comportant deux lots, à passer selon la procédure négociée avec publicité, sur la base de l'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.

Le lot 1, qui est seul en cause dans la présente procédure, porte sur l'élaboration d'un "Web Content Management System" (WCMS), soit un outil permettant aux propriétaires d'un site internet de gérer eux-mêmes son contenu et sa mise à jour, en ce qui concerne les sites portails et les sites web pour les différents services publics fédéraux. Le lot 2 porte sur les fonctionnalités de recherche.

Le WCMS doit être réalisé avant août 2007 et le support (maintenance corrective et évolutive) doit être assuré pendant 4 ans, à compter de la réception provisoire.

2. L'avis de marché a été publié le 2 juin 2006 dans le Journal officiel des Communautés européennes et dans le Bulletin des adjudications.

3. Le 11 juillet 2006, date limite de réception des candidatures, 16 candidatures ont été réceptionnées par la partie adverse.

Le 26 juillet 2006, à la suite de l'examen de ces candidatures au regard des critères de sélection qualitative, neuf d'entre elles ont été retenues pour le lot 1 et ont été invitées à déposer une offre. Il s'agit des sociétés suivantes :

- Accenture – Brussels (Lots 1 et 2)
- Adelior Benelux – Diegem (Lots 1 et 2)
- Cronos – Kontich (Lots 1 et 2)
- CSC Computer Sciences – Sint Stevens Woluwe (Lots 1 et 2)
- European Dynamics - St Gilles (Lots 1 et 2)
- Euroscript Luxembourg – Bruxelles (Lot 1)
- IBM Belgium – Sint Stevens Woluwe (Lots 1 et 2)
- Intrasoft International – Luxembourg (Lot 1)
- Sopra Benelux – Bruxelles (Lot 1)

4. Le 21 septembre 2006, cinq de ces sociétés ont déposé une offre sur la base du cahier spécial des charges, à savoir :

- Cronos
- CSC Computer Sciences
- European Dynamics
- IBM Belgium
- Intrasoft International

5. Dans une première phase, les offres déposées ont été examinées, "du point de vue du contenu et de la méthodologie sur la base des critères d'attribution qualitatifs", par un comité d'évaluation, composé de sept personnes : 5 membres du FEDICT, un représentant des services de communication interne (SPF Personnel et Organisation) et un représentant du service communication externe (SPF Chancellerie du Premier ministre), afin de dresser une liste des soumissionnaires avec lesquels des négociations seront menées par la suite.

Début octobre 2006, la partie adverse a dressé cette liste qui comprend trois soumissionnaires, à savoir :

- Cronos
- European Dynamics
- IBM Belgium

6. L'article I.13.1 du cahier spécial des charges prévoit une deuxième phase en ces termes :

" Pendant les négociations, les exigences de Fedict et l'offre du soumissionnaire pourront être mieux harmonisées et clarifiées.
Pendant les négociations, on demandera aussi à chaque soumissionnaire d'une solution WCMS de faire la démonstration de plusieurs fonctionnalités au moyen d'un mini site web.
Les spécifications de ce site web seront fournies en temps voulu aux soumissionnaires concernés.
Le but de la démo est de permettre au comité d'évaluation de se faire une meilleure idée de la convivialité des outils proposés.
Pendant la procédure de négociations, Fedict peut demander au soumissionnaire de mettre à disposition un environnement de test en ligne. Ce "proof-of-concept" a pour but de permettre aux personnes impliquées chez Fedict ainsi qu'à une sélection de futurs SPF utilisateurs de tester le WCMS dans la pratique. Cette partie peut éventuellement aussi être remplacée par une présentation spécifique avec démo ou par un environnement de test chez un client existant / référence pour la solution WCMS offerte.
Fedict se réserve le droit d'organiser des rondes de négociations supplémentaires et d'inviter les soumissionnaires à présenter des modifications supplémentaires à leur offre initiale.".

A l'issue de cette deuxième phase, qui comprend une démonstration, la société demanderesse a reçu de la partie adverse une lettre du 30 octobre 2006 libellée comme suit :

" Suite à la démo présentée par votre entreprise le 24 octobre 2006, dans le cadre des négociations du dossier mentionné sous rubrique, je tiens à vous communiquer que les membres du comité d'évaluation ont décidé que, pour le moment, ils poursuivraient les négociations relatives au lot 1 (Web Content Managment System) uniquement avec les entreprises suivantes :
- Cronos - Kontich
- IBM Belgium - Sint Stevens Woluwe

Comme vous le savez, ce procédé s'inscrit dans le cadre d'une proposition d'attribution de marché.

Dès qu'une décision sera prise dans ce dossier, vous en serez informé de façon formelle.".

7. L'article I.13.1 précité prévoit une troisième phase en ces termes :

" 3ème phase : demande de BAFO et évaluation des BAFO
Après la clôture des négociations, une demande de soumission de la version définitive de l'offre au BAFO (best and final offer) sera adressée aux soumissionnaires.
Sur la base des instructions stipulées dans cette demande, les soumissionnaires pourront introduire une version définitive de leur offre ou BAFO (best and final offer).

Les versions définitives de l'offre au BAFO seront à nouveau confrontées aux critères d'attribution qualitatifs, mentionnés au point 1.13.2. du présent cahier spécial des charges.
Le score total des critères d'attribution qualitatifs sera comparé au prix de l'offre.
Le marché sera finalement attribué au soumissionnaire ayant introduit l'offre la plus avantageuse et la plus économique, sur la base du rapport qualité/prix".

Les deux soumissionnaires précités ont été invités à déposer une "BAFO" pour le 9 novembre 2006, ce qu'ils ont fait.

Ces "BAFO" ont été examinées par le comité d'évaluation, qui a rendu son rapport final le 17 novembre 2006. Au terme de ce rapport, l'offre d'IBM a été jugée la plus avantageuse au regard des critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges.

8. Le 29 novembre 2006, la partie adverse a pris la décision attribuant le marché à IBM.

Il s'agit de la décision attaquée.

9. Le 5 décembre 2006, la partie adverse a communiqué par lettre recommandée à la demanderesse la décision d'attribution du marché.

Dans le même courrier, la partie adverse a annoncé qu'elle ne notifierait sa décision au soumissionnaire choisi qu'après 10 jours à compter du lendemain du jour de l'envoi de sa décision à la demanderesse. La présente demande a été introduite le dixième jour de ce délai.

Considérant que la demanderesse expose, à titre de risque de préjudice grave difficilement réparable, ce qui suit :

" Attendu que l'exécution immédiate de la décision incriminée peut causer un préjudice grave et difficilement réparable dans la mesure où l'exécution du marché public par le soumissionnaire choisi, rendrait l'exercice des droits de la requérante sans objet.

Qu'en effet, une fois l'objet du marché exécuté par le soumissionnaire choisi et payé même partiellement par le pouvoir d'adjudication, même si le recours en annulation de la requérante est retenu par le Conseil d'Etat la requérante ne sera pas appelée à exécuter le contrat pour un service déjà obtenu.

Qu'en tout cas, l'exécution d'un acte illégal rend impossible de rétablir véritablement la légalité.

Qu'en l'espèce, l'exécution du marché public par le soumissionnaire choisi empêcherait tout rétablissement de la légalité dans la mesure où la requérante ne pourrait plus l'exécuter elle-même, alors qu'elle a été irrégulièrement évincée.";

Considérant, tout d'abord, que l'article 21bis, inséré dans la loi du 24 décembre 1993 précitée par l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004, est applicable au marché litigieux, dont le montant (plus de 2.600.000 €) est supérieur aux seuils européens; que, pour autant, cet article 21bis n'a pas pour effet de faire présumer l'existence d'un risque de préjudice grave difficilement réparable; que, certes, les directives européennes 89/665 du 21 décembre 1989 et 92/13 du 25 février 1992, dites "directives recours", requièrent "qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit"; que, toutefois, ces directives ne sont pas directement applicables en droit interne et que le soin a été laissé aux Etats membres de les transposer dans leur législation nationale (cf. notamment l'article 5 de la directive 89/665), ce qu'a tenté de faire la loi-programme du 9 juillet 2004 en insérant un article 21bis dans la loi du 24 décembre 1993 précitée;

Considérant que cette loi-programme du 9 juillet 2004 n'a pas modifié les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, et en particulier leur article 17, § 2, qui persiste à exiger, pour que la suspension de l'exécution notamment d'une décision d'attribution d'un marché public puisse être ordonnée, que soit établi le risque d'un préjudice grave difficilement réparable qu'entraînerait l'exécution immédiate de la décision attaquée;

Considérant, ensuite, en ce qui concerne le préjudice invoqué par la demanderesse, qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant concrètement, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la demanderesse, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activité;

Considérant que force est de constater que cette dernière se contente d'alléguer l'impossibilité de rétablir la légalité en cas de rejet de la présente demande au terme d'un énoncé abstrait et purement formel qui pourrait valoir pour n'importe quel marché public et qui n'est étayé par aucun document; qu'ainsi, elle ne produit ni statuts

ni pièces comptables qui auraient pu démontrer l'importance qu'elle accorde au marché convoité par rapport à l'ensemble de ses activités; qu'elle n'établit pas davantage dans quelle mesure la perte du marché litigieux compromettrait gravement son équilibre financier et, éventuellement, sa survie; que ce faisant, elle ne démontre pas concrètement le préjudice grave qu'elle subirait en cas de conclusion et d'exécution du marché querellé;

Considérant que l'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension n'est pas remplie,

D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie demanderesse.

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

M.	NIHOUL,	Conseiller d'Etat, président f.f.,
Mme	MOREL,	Greffier assumé.

Le Greffier ass., Le Président f.f.,

C. MOREL. P. NIHOUL.