

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 168.481 du 5 mars 2007

G./A.181.278/VI-17.378

En cause : **la société de droit français POLYMARK FRANCE,**

ayant élu domicile chez
Me Paul BOS, avocat,
Waterlelieplein, n° 2, bte 102,
3010 Leuven,

contre :

le centre public d'action sociale de Bruxelles.

Partie intervenante:

la société de droit allemand KANNEGIESSER,

ayant élu domicile chez
Me Xavier LEURQUIN, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 23 février 2007 par la société de droit français POLYMARK FRANCE qui sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la délibération du 31 janvier 2007 du Conseil d'Action Sociale de Bruxelles (...) concluant:

- 1) ne pas retenir l'offre de la partie requérante et
- 2) attribuer le marché de fourniture et de placement d'équipements de buanderie selon son adjudication en procédure négociée sans publicités (...) à la société de droit allemand Kannegiesser";

Vu l'ordonnance du 26 février 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 2 mars 2007 à 11.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 2 mars 2007 par laquelle la société de droit allemand KANNEGIESSER demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

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

Entendu, en leurs observations, Me Paul BOS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Antoine de le COURT et Natacha DUGARDIN, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Me Xavier LEURQUIN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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 sont les suivants :

1. Dans le courant de l'année 2005, la partie adverse lance un marché de renouvellement des équipements de buanderie (fourniture et placement) pour sa blanchisserie industrielle dans le cadre de l'entretien du linge hospitalier (environ 70,6 tonnes/semaine).

Le 20 juillet 2005, le conseil de l'action sociale de la partie adverse attribue le marché. Cette décision est toutefois retirée le 10 août 2005 par le conseil de l'action sociale de la partie adverse qui charge ses services de redéfinir les besoins d'équipements, d'une part, en fonction du tonnage produit actuellement et, d'autre part, en examinant les possibilités d'accroissement et/ou de diversification d'activités.

2. Le 15 mars 2006, le conseil de l'action sociale de la partie adverse approuve un nouveau cahier spécial des charges.

Le marché est un marché de fournitures, à passer selon la procédure d'appel d'offres général, ayant pour objet "(la) fourniture et (le) placement de machines de tri, de lavage, de séchage, de convoyage et d'élévation du linge".

Les critères d'attribution sont les suivants :

- " 1) Le montant du TCO (total cost of ownership) sur 5 ans : 35 points.
- 2) La qualité de l'offre technique : 25 points.
- 3) La qualité du service après-vente et l'étendue et la durée des garanties dont la garantie d'intervention en cas de panne (délai de 4 heures maximum) : 25 points.
- 4) Les dispositifs de sécurité pour le personnel : 10 points.
- 5) Les mesures et dispositifs proposés en matière de développement durable : 5 points".

Quant aux prestations, il est précisé ce qui suit :

- " En synthèse, les propositions de Le (sic) soumissionnaire doivent :
 - Décrire des configurations complètes de la chaîne de traitement en les calibrant à leur volume maximal de traitement pour différentes combinaisons de type de linges (linge hospitalier, linge hôtelier, vêtements de travail)
 - Identifier et valoriser dans ces configurations
 - les équipements à acquérir et à placer directement pour pouvoir assurer le traitement des volumes et variétés actuels
 - les équipements et installations dont l'acquisition sera postposée en attente de l'évolution future de besoins de traitement."

En ce qui concerne les équipements de lavage, d'essorage et de séchage, il est prévu ce qui suit :

- " Les tunnels de lavage seront équipés de compartiments à double enveloppes; ces compartiments doivent permettre les injections vapeur, eau et produits lessiviels en quantités appropriées compte tenu du type de linge à laver (hospitalier, industriel, hôtelier).".

3. Par télécopie du 15 mai 2006, la partie adverse transmet une "clarification de certains points du cahier spécial des charges", dont notamment ce qui suit :

- " Les tunnels de lavage seront équipés de compartiments à doubles enveloppes, des tunnels équipés de doubles enveloppes sur toute la longueur de la machine".

4. Le 22 mai 2006, lors de l'ouverture des offres, trois soumissions sont déposées, à savoir celles émanant de HABUCO de Gent, KANNEGIESSER d'Allemagne et la demanderesse.

5. Le 14 juin 2006, le conseil de l'action sociale de la partie adverse décide, au terme de la sélection qualitative, de retenir les trois soumissionnaires et, après examen de leur conformité au cahier spécial des charges, d'écarter les trois offres

déposées en raisons d'irrégularités essentielles. En conséquence de quoi, le conseil de l'action sociale prend la décision suivante :

- " ● écarter les 3 (seules) offres irrégulières sur base de l'article 110 § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996;
● dès lors, clôturer la procédure d'appel d'offres;
● conformément à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, communiquer dans les moindres délais et par lettre recommandée aux 3 soumissionnaires la décision motivée d'éviction de leurs offres irrégulières;
● recourir à la procédure négociée sans respecter de règle de publicité sur base de l'article 17 § 2, 1/, d) de la loi du 24 décembre 1993;
● dès lors, inviter les 3 soumissionnaires dans le cadre de cette nouvelle procédure négociée."

Le même jour, cette décision est notifiée aux trois soumissionnaires précités, lesquels sont invités "dans le cadre de la nouvelle procédure négociée sans publicité, afin de préparer les négociations, (...) à répondre par écrit au questionnaire ci-joint également et nous faire parvenir votre réponse pour le lundi 3 juillet 2006 au plus tard".

6. Le 30 juin 2006, la demanderesse transmet à la partie adverse ses réponses au questionnaire précité. Elle précise notamment ce qui suit :

- " 4. Développement durable :
Deux aspects sont à observer :
A) La définition des principes de fonctionnement des tunnels de lavage, décrit le principe de la prise en considération des mesures en matière de développement durable.
A fortiori le CBW Milnor : sa double enveloppe sur chaque module, son ratio, son transfert des charges par le haut avec un scoop perforé, sa récupération d'eau et son filtre à peluche sont des dispositifs de développement durable. En effet, la quantité d'eau, la dilution, le gain d'énergie et le gain de consommation de produit lessiviel sont substantiels."

7. Les négociations entre les services de la partie adverse et chacun des trois soumissionnaires se sont déroulées de juillet à novembre 2006.

8. Dans le courant du mois de décembre 2006, les services de la partie adverse établissent un rapport de comparaison des offres qui comprend une fiche comparative, une fiche d'appréciation, une fiche de cotation et une conclusion.

9. Le 31 janvier 2007, le conseil de l'action sociale de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société de droit allemand KANNEGIESSER.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est notifiée à la demanderesse par lettre recommandée du 16 février 2007 avec l'indication de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Elle contient *in fine* le passage suivant :

" a) Evaluation

Les critères d'attribution sont:

- Prix et TCO (35 points).
- Qualité de l'offre technique (25 points)
- Service après vente (25 points)
- Dispositifs de sécurité pour le personnel (10 points)
- Mesures en matières de développement durable (5 points)

Les rapports détaillés d'évaluation et de résultats sont fournis en annexe.

b) Synthèse des résultats

CRITERES	POINTS	HABUCO	POLYMARK FRANCE	KANNEGIESSER
PRIX	35	19,57	22,42	21,47
QUALITE OFFRE TECHNIQUE	25	19,30	20,86	23,46
SERVICE APRES VENTE	25	20,00	18,13	20,00
SECURITE	10	7,82	7,20	8,45
DEVELOPPEMENT DURABLE	5	3,78	3,78	3,99
TOTAL:	100	70,47	72,39	77,37

L'offre de KANNEGIESSER est donc la plus intéressante:

- Fourniture et placement des équipements de buanderie:
 - offre de base, reprise du matériel existant comprise: 2.507.517 € hors tva;
 - accessoires recommandés par le SIPP: 90.135 €, hors tva,
 - Total tva 21 %: 3.143.159,12 € (si commande avant le 28/02/2007).

- Contrat de maintenance annuel: 56.250 €, htva par an (68.062,50 €, tva 21 % comprise).

Les pièces de rechange seront consignées et payées au terme de la période de garantie de 2 ans (Montant inclus dans le marché: 38.702,55 €, hors tva).

Préalablement à la fourniture et au placement des équipements, l'adjudicataire devra établir un plan d'implantation qui tienne compte des contraintes techniques de réalisations (limites des charges au toit et au sol et respect de la situation actuelle au sol, des machines, et, en hauteur, des chemins de câbles, des conduites d'huiles thermique et du système de ventilation).";

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

" L'exécution immédiate de la décision attaquée risque de causer à la partie requérante un préjudice grave difficilement réparable, notamment, parce qu'il s'agit d'un marché de référence de par son importance financière, ses particularités techniques et l'exiguïté du secteur d'activité en cause; La partie défenderesse elle-même indique dans son cahier spécial des charges qu'elle tient à disposer d'une installation de pointe, tant sur le plan écologique que sur le plan de la rentabilité, dont le coût est estimé s'élever à 2.420.000 euros 21 % TVA non compris.

Attendu que le marché public concernait un total de plus de 2.420.000 euros, alors que le capital de la partie requérante était de 375.000 euros.

Attendu que la partie requérante, si le marché lui avait été attribué, aurait pu se manifester dans un créneau très spécifique en Belgique, puisque jusqu'à cette date, elle avait réalisé 6 installations similaires en France, mais pas encore en Belgique.

Que la réputation et la stratégie commerciale de la partie requérante dans son secteur d'activité sont donc lourdement compromises et difficilement réparables (voir Conseil d'Etat, 30 mai 2005, n/ 145.163).";

Considérant 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, 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; que, sur ce point, la demanderesse allègue mais ne démontre pas que de telles conditions sont remplies dans son chef; qu'en effet, la demanderesse se contente de comparer le montant du marché litigieux avec celui de son capital social, les deux éléments étant toutefois sans rapport entre eux; qu'il y a également lieu de tenir compte de la position économique de la demanderesse qui est liée à ses activités commerciales; que, d'une part, elle agit, non en tant que producteur ou fabricant des équipements sollicités par la partie adverse, mais en tant que distributeur et installateur de ceux-ci, de sorte que sa réputation n'apparaît pas entachée par les motifs de la décision attaquée qui tiennent essentiellement à la comparaison des produits proposés; que, d'autre part, l'équipement d'une buanderie industrielle, qui est l'objet du marché litigieux, ne représente qu'une part des activités économiques de la demanderesse, laquelle n'apporte toutefois aucune précision quant à ce; que la demanderesse n'établit pas, sur ces éléments, l'existence d'un risque de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant, en ce qui concerne la perte d'un marché de références, que constitue un tel marché celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, la demanderesse n'indique pas en quoi le marché litigieux présente des particularités ou des spécificités techniques; qu'à cet égard, ne constitue pas un indice suffisant le souci avéré de la partie adverse de disposer d'une installation de pointe sur le plan tant écologique que de la rentabilité, une telle préoccupation étant de mise dans la plupart des marchés, sauf à estimer, à tort, que les pouvoirs publics peuvent se contenter d'équipements obsolètes; que l'ampleur et la rareté d'un marché public sont à apprécier, non pas par rapport à la situation particulière du soumissionnaire évincé dans ce secteur d'activités, mais eu égard à l'existence de marchés similaires, à leur importance et à leur répétition, soit à des critères objectifs et non subjectifs; que la demanderesse n'apporte aucune information à ce sujet; qu'en outre, elle a indiqué elle-même, dans un courrier adressé le 4 octobre 2006 à la partie adverse, qu' "il convient de rappeler qu'en France et en Belgique, Polymark et Milnor ont installé et assurent le support technique de plus de 200 tunnels de lavage (...)";

Considérant qu'une des deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 n'étant pas remplie, la demande de suspension n'est pas accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société de droit allemand KANNEGIESSER est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie demanderesse à concurrence de 175 euros et à la charge de la partie intervenante à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
cinq mars deux mille sept par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. NIHOUL.