

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 176.434 du 5 novembre 2007

G./A.185.560/VI-17.542

En cause : **la société anonyme VEOLIA ES GAMATRANS,**

 ayant élu domicile chez
 Mes David D'HOOGHE et Bruno LOMBAERT, avocats,
 rue de Loxum, n° 25,
 1000 Bruxelles,

 contre :

 **l'Intercommunale Bureau Economique
 de la Province de Namur BEP - Environnement.**

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

Vu la demande introduite le 22 octobre 2007 par la société anonyme VEOLIA ES GAMATRANS, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision du Comité de direction de la partie adverse datée du 12 juillet 2007 et portant attribution du marché public relatif au tri de la fraction PMC (cahier spécial des charges n/ BEP/TRI PMC/2007) à la société anonyme Sita Wallonie";

Vu l'ordonnance du 23 octobre 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 30 octobre 2007 à 11.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Mes Irène MATHY et Bruno LOMBAERT, avocats, comparaisant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

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. Par un avis de marché publié le 27 mars 2007 au Journal officiel de l'Union européenne et le 28 mars 2007 au Bulletin des Adjudications, le B.E.P. Environnement a lancé un appel d'offres général en vue de l'attribution d'un marché public de services, divisé en trois lots, pour le tri de la fraction bouteilles et flacons en Plastique, emballages Métalliques et Cartons à boisson d'origine ménagère (PMC-cahier spécial des charges n/ BEP/TRI PMC/2007).

L'article 2 du cahier spécial des charges précise que :

" Le présent marché a pour objet le tri en fractions distinctes des bouteilles et flacons en plastique, des emballages métalliques et des cartons à boisson (c'est à dire PMC) provenant de la collecte sélective du territoire du BEP Environnement.

Le marché est divisible, chaque soumissionnaire étant libre de présenter offre pour l'ensemble du marché ou pour un ou plusieurs lots décrits dans l'annexe A.

Il est interdit de présenter offre pour une partie d'un lot.

Le soumissionnaire peut proposer une ou plusieurs variantes libres, c'est à dire qu'une ou plusieurs conditions du cahier des charges seront modifiées. Dans ce cas, le soumissionnaire précisera où il modifie les conditions du cahier des charges.

Il est expressément stipulé que l'adjudicateur a la liberté de ne pas tenir compte des variantes libres (...)".

L'annexe A du cahier spécial des charges précise à la fois la composition des trois lots prévus (A, B et C), lesquels correspondent à trois zones géographiques de la province de Namur, ainsi que deux variantes destinées à permettre l'organisation d'une mise en concurrence effective entre des entreprises qui pouvaient se trouver dans des situations différentes du point de vue de leurs équipements par rapport aux zones concernées par le marché.

Le marché est un marché à bordereau de prix au sens de l'article 86 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, les éléments composant le prix étant déterminés par l'article 5 du cahier spécial des charges.

Les critères d'attribution sont énumérés à l'article 7 du cahier spécial des charges :

" Article 7 : Critères d'attribution

Les critères d'attribution, ainsi que le poids respectif qui sera accordé à chacun d'eux lors de l'examen comparatif des offres, sont les suivants:

1. le prix du service sur 60 points
Le soumissionnaire remettant le meilleur prix recevra 60 points, les autres soumissionnaires recevront une cotation calculée à la proportionnelle.
2. les avantages logistiques sur 20 points
Ce critère sera apprécié en tenant compte de la distance et du temps entre le point central de chaque lot et le lieu de livraison. Un programme informatique sera utilisé pour déterminer ces informations le plus objectivement possible.
3. la qualité des services proposés sur 10 points
Ce critère prendra en compte les éléments suivants : organisation interne, qualifications du personnel, procédures et mesures prises afin de garantir la qualité, certifications (ISO, TÜV, ...), conditions sociales (salaires, environnement, sécurité ...).
4. les équipements techniques de tri et de stockage en relation directe avec le marché sur 10 points
Ce critère prendra en compte les éléments suivants : processus de tri et technologie utilisée, indication de la capacité potentielle de l'installation à la date de l'inscription, indication de la capacité libre totale pour les années suivantes."

Selon l'article 11 du même cahier, "le marché est conclu pour une durée de 5 ans et prend cours le 1^{er} mars 2008".

L'article 13 relatif au choix de l'adjudicataire prévoit que :

" Le pouvoir adjudicateur attribuera le marché sur la base des critères prévus (article 7).

Si les soumissionnaires introduisent une réduction de prix en groupant plusieurs lots, le choix de l'adjudicataire s'effectuera sur base du groupement de lots le plus avantageux, en cas d'égalité en ce qui concerne les autres critères."

2. Le 21 mai 2007, jour de l'ouverture des offres, quatre sociétés ont remis une offre : la S.A. SITA WALLONIE, la S.A. VALODEC et la S.C.R.L. SITEL et la demanderesse.

3. Toutes les offres ont été considérées comme recevables, complètes et conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges.

4. Par lettre recommandée du 5 octobre 2007, la partie adverse a informé la société demanderesse que "lors de sa séance du 12 juillet 2007, le Comité de

Direction du BEP Environnement n'a pas retenu votre offre pour ce marché" et a décidé d'attribuer les trois lots à la société SITA WALLONIE.

Le même courrier contient une évaluation des offres déposées au regard des quatre critères d'attribution ainsi que le délai d'attente de dix jours prévu par 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.

5. Le 11 octobre 2007, par un courriel adressé à la partie adverse, la demanderesse a réclamé la décision motivée d'attribution du marché.

Cette décision a été communiquée à la demanderesse, d'abord en annexe d'un courriel du 11 octobre 2007, ensuite par lettre recommandée datée du 11 octobre 2007 mais envoyée seulement le 16 octobre 2007;

II. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que la partie adverse conteste le recours à la procédure d'extrême urgence au motif que la demanderesse "était parfaitement informée des motifs pour lesquels elle n'a pas été désignée adjudicataire du marché à la date du 5 octobre 2007" de sorte que la requête en extrême urgence n'a pas été communiquée au pouvoir adjudicateur endéans les 10 jours prévus par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 prévoit notamment ce qui suit :

" § 2. Lorsque le marché public atteint le montant estimé fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le pouvoir adjudicateur communique par lettre recommandée à la poste en même temps que l'information prévue au § 1^{er} :

(...)

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, la décision motivée d'attribution du marché.

Le pouvoir adjudicateur accorde aux candidats et soumissionnaires un délai qu'il précise et qui doit être d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de l'envoi des motifs, afin de leur permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement selon le cas dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence. En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, la procédure peut être poursuivie.";

Considérant que le 5 octobre 2007, la partie adverse n'a communiqué à la demanderesse qu'une partie de la décision motivée d'attribution du marché, étant l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution, d'autres éléments de cette décision étant pour leur part omis tels que la sélection des soumissionnaires, l'appréciation des soumissions par rapport aux critères d'attribution envisagés de manière globale, le tableau comparatif des offres et le groupement des lots; que ce faisant, la partie adverse n'a pas respecté l'article 21bis, § 2, alinéa 1^{er}, précité; que la communication de la décision motivée d'attribution du marché opérée par un courriel du 11 octobre 2007 ne fait pas courir le délai de dix jours dès lors que l'article 21bis, § 2, alinéa 1^{er}, précité prévoit la communication par lettre recommandée à la poste; que seul l'envoi de cette décision par lettre recommandée du 11 octobre 2007 mais dont le cachet porte la date du 16 octobre 2007 a pu faire courir le délai de dix jours, lequel expirait dès lors le 26 octobre 2007; que la demande ayant été introduite et étant parvenue à la partie adverse le 22 octobre 2007, soit dans le délai précité de dix jours, la société demanderesse a fait preuve de la diligence requise;

Considérant, par ailleurs, que l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché; que, comme la demanderesse le relève, cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension; que la partie adverse ne conteste pas le recours à cette procédure sur ce point;

III. QUANT A LA CAPACITE ET LA QUALITE A AGIR

Considérant qu'au terme de l'examen *prima facie* auquel il est possible de procéder dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, la partie demanderesse paraît avoir régulièrement pris la décision d'agir; que la recevabilité de la demande n'est d'ailleurs pas contestée sur ce point;

IV. QUANT A LA REGULARITE DE L'OFFRE DE LA DEMANDERESSE

Considérant que la partie adverse soutient que "si le Conseil d'Etat devait considérer comme sérieux la deuxième branche du premier moyen, soit que le pouvoir adjudicateur ne pouvait retenir l'offre de Sita au motif qu'elle ne disposait pas au moment du dépôt de son offre, des installations conformes à celles reprises par l'art. 24 du cahier spécial des charges, il conviendrait de considérer que l'offre de la partie requérante est également irrégulière, puisque comme elle le reconnaît en page 30 de sa requête, elle ne disposait pas, au moment du dépôt de son offre, d'une zone couverte

pour les matériaux à trier. Elle indique, en effet, clairement dans son offre, qu'elle devait encore réaliser certains investissements. Par conséquent, il convient, dans la mesure où la critique était retenue, de déclarer que la partie requérante perd son intérêt au recours puisqu'elle ne dispose plus d'aucune chance d'obtenir une partie du marché en cas de retrait de la décision et de prise d'une décision nouvelle par le pouvoir adjudicateur ensuite d'un éventuel arrêt en suspension qui pourrait être rendu par vous.";

Considérant que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, les offres déposées sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée de l'autorité adjudicatrice; que le contrôle de cette régularité oblige ladite autorité à vérifier, lors de l'analyse des offres, leur conformité à l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges; que, dans la décision attaquée, la partie adverse n'a pas considéré l'offre de la demanderesse irrégulière; qu'elle ne serait pas recevable à s'en prévaloir à l'encontre du présent recours, dès lors qu'elle a estimé ne pas devoir s'y arrêter dans l'appréciation des offres; que, ce faisant, le Conseil d'Etat ne porte aucune appréciation sur les mérites de cette offre, mais se borne à tirer les conséquences juridiques des appréciations portées par le pouvoir adjudicateur; que l'exception est rejetée;

V. QUANT AU RISQUE DE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE

Considérant, s'agissant du risque de préjudice grave difficilement réparable, que la demanderesse fait valoir ce qui suit :

" En l'espèce, un risque de préjudice grave et difficilement réparable peut effectivement être démontré dans le chef de la partie requérante, en cas d'exécution immédiate de l'acte attaqué. Tout d'abord, en cas de notification du marché malgré les irrégularités avérées dont la décision d'attribution est empreinte (cfr l'exposé des moyens sérieux), la partie requérante perdrait définitivement, et de manière irrégulière, la possibilité d'obtenir l'exécution en nature du marché à son profit. Le but poursuivi par la directive «recours» 89/665/CEE du 21 décembre 1989, à laquelle est soumis le présent marché qui dépasse les seuils européens, ainsi que par le législateur belge, lorsqu'il a instauré, en application de cette directive « recours», la procédure de Standstill à l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993, ne serait donc pas atteint, et la partie requérante se trouverait confrontée au fait accompli.

A l'estime de la partie requérante, cette circonstance, emportant une violation flagrante du droit européen des marchés publics et de la protection qu'il garantit aux soumissionnaires irrégulièrement évincés, constitue en soi un risque de préjudice grave difficilement réparable.

La partie requérante estime, quoi qu'il en soit, que le marché litigieux est un marché de référence et que la décision attaquée s'accompagne de circonstances particulières, qui risquent de s'avérer très préjudiciables pour la partie requérante.

La valeur de ce marché représente un montant annuel, pour les trois lots, d'environ 1,3 millions €; le marché doit être exécuté sur une période de cinq ans. Il s'agit donc d'un marché d'une ampleur particulière, tant en vertu de son montant que de la période couverte.

Pour rappel, la partie requérante exécutait un tel contrat pour la partie adverse depuis mars 2003. La perte de celui-ci ne représenterait donc pas seulement la perte d'une opportunité, mais aussi et surtout une réduction drastique de son chiffre d'affaires et de son volume d'activité dans la région considérée.

En l'occurrence, le présent contrat est d'une importance primordiale pour la pérennité du centre de tri de la partie requérante à Châtelet. Celle-ci indiquait dans son offre:

«Nous nous permettons d'aussi insister sur l'importance de ce contrat pour la pérennité du site de Châtelet. En effet, le tri du PMC du BEP représente 60% du volume du centre de tri» (...).

Ainsi, la ligne automatique de triage du centre de tri de la partie requérante a une capacité de 20.000 tonnes de PMC par an. Pour le moment, 13.613 tonnes de PMC sont triés sur cette chaîne, en provenance de l'intercommunale IBW (5.440 tonnes) et de la partie adverse (8.173 tonnes). 60 % de l'occupation actuelle de la chaîne de tri est donc couverte par la partie adverse et 40% par IBW. L'activité de la partie requérante serait donc, en cas de perte du marché en cause, amputée de plus de 50 % sur ce site, dont la viabilité à moyen terme serait dès lors sérieusement compromise.

Si le marché en cause doit être considéré comme un marché de référence, c'est aussi en raison de sa rareté. En effet, il convient de souligner que la partie requérante dispose de peu d'opportunité de recevoir d'autres marchés similaires. Le tri des PMC en Wallonie est essentiellement réalisé par les intercommunales elles-mêmes (ISPH, IDEA, SITEL, INTRADEL, IDELUX). Pour ce qui concerne le champ d'activité du site de la partie requérante à Charleroi, seules deux intercommunales sous-traitent ce service, à savoir IBW et la partie adverse, chaque fois pour une durée de cinq ans. Si le contrat n'est pas accordé, de façon irrégulière, à la partie requérante, celle-ci devra donc attendre cinq nouvelles années avant de pouvoir porter sa candidature à un tel marché.

Cette situation démontre, par ailleurs, que la capacité existante aujourd'hui sur le marché, en termes de chaînes de tri, est suffisante pour la couverture des besoins en la matière.

Ainsi, les chaînes de tri existantes (tant publiques que privées) ne tournent pas à plein régime pour le recyclage des PMC, tandis que la partie adverse entend attribuer le marché à une entreprise qui prétend venir ajouter une nouvelle chaîne de tri dans la région, mettant en péril la pérennité et la viabilité économique des installations déjà en service, en ce compris celle de la partie requérante.

Il en résulte encore que, sous cet angle également, le présent marché doit être considéré comme un contrat de référence, eu égard à la situation du secteur (comp. C.E, arrêt n/ 154.549 du 6 février 2006, Constructions industrielles de la Méditerranée) et à la concurrence croissante qui tend à s'y manifester et à laquelle l'acte attaqué contribue.

En outre, le nombre très limité de contrats dans ce secteur implique que chaque marché constitue une occasion unique d'assurer la visibilité de l'entreprise qui le

réalisera. Dans le domaine très spécialisé et en innovation permanente du traitement des déchets, un tel contrat constitue donc, sans aucun doute, une importante référence, dont la privation arbitraire constitue un risque de préjudice grave et difficilement réparable dans le chef de la partie requérante.

Du reste, la perte d'un tel marché dans un secteur aussi spécialisé et exigu (voyez également ci-dessus) constitue, dans le chef de la partie requérante, un véritable désaveu de la part de la partie adverse, susceptible d'être perçu comme tel par ses concurrents et ses clients. Le préjudice qui en résulterait en termes de réputation de la partie requérante est, à l'évidence, considérable et emporterait en outre des conséquences en cascade pour la pérennité de son activité en Wallonie.

En ce qui concerne plus particulièrement l'impact financier considérable de l'exécution de la décision attaquée, il peut être renvoyé aux projections établies par la partie requérante pour les prochaines années (pièce n° 10 du dossier de la partie requérante).

Ainsi, pour l'année 2008, la projection a été réalisée suivant deux hypothèses : selon que la partie requérante poursuive ou non son investissement pour l'automatisation complémentaire de sa ligne de tri.

L'installation existante est déjà automatisée mais l'intention de la partie requérante était, en 2008, d'établir une installation de séparation optique et des bandes de transport complémentaires, ainsi que de réorienter la cabine de triage. Le budget relatif à cet investissement s'élève à environ 950.000 € et aurait pour effet d'améliorer encore la qualité de ses services (par exemple, par la réduction du résidu subsistant après le tri des PMC, l'augmentation de la pureté des fractions triées, etc.).

En cas de perte du contrat avec la partie adverse, la partie requérante subirait donc une perte de 450.823 € par an si elle renonçait à cet investissement et de 591.317 € par an dans le cas contraire.

Enfin, comme la décision attaquée aura un impact important sur l'activité du site de Châtelet, celle-ci en aura également, par voie de conséquence, sur l'emploi qui pourra être assuré dans le centre de tri de la partie requérante. Une quarantaine de personnes travaillent actuellement en deux équipes sur la chaîne de tri. Parmi ces vingt personnes par équipe, 14 à 15 personnes sont des trieurs, les autres sont des grutiers et des machinistes.

Si le marché public litigieux échappe à la partie requérante, une équipe complète devra disparaître. Ainsi, environ vingt personnes (dont la moitié sont engagés dans les liens d'un contrat à durée indéterminée) devront être licenciés.";

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 cumulé des trois lots (environ 1.300.000 euros) 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; que, sur ce point, la demanderesse ne démontre pas que de telles conditions sont remplies dans son chef;

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, le marché public querellé ne peut être considéré comme tel; que tout d'abord, la demanderesse n'allègue pas dans sa demande de suspension que l'objet du marché présente une complexité de conception ou d'exécution ou exige la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles; qu'à cet égard, ne constitue pas un indice suffisant le souci affirmé par la demanderesse d'améliorer les installations existantes ainsi que la qualité de ses services par de nouveaux investissements, cet engagement étant de nature à maintenir la position concurrentielle de la demanderesse et à rencontrer la préoccupation des pouvoirs adjudicateurs d'obtenir les meilleurs services au meilleur prix, sauf à estimer, à tort, que les pouvoirs publics peuvent se contenter d'équipements obsolètes; qu'ensuite, 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 en rapport avec le marché et non à des critères subjectifs; qu'il résulte des débats que ce genre de marché n'est pas rare ni ne revêt l'ampleur alléguée eu égard au fait qu'au moins trois autres intercommunales wallonnes ont régulièrement recours à ce type de marché, que la demanderesse produit elle-même onze références dans ce domaine, autres que celle relative à l'exécution du marché en cours au profit de la partie adverse, et que le marché litigieux a une durée maximale de cinq ans, durée qui permet à une entreprise de la taille de la demanderesse de retrouver à bref délai une nouvelle chance d'exécuter le marché; qu'en outre, la demanderesse est une entreprise active sur l'ensemble du territoire belge dans les différents segments du secteur des déchets que sont la collecte, le recyclage et le traitement; qu'ainsi, le marché litigieux représente un montant d'environ 1,3 million d'euros, soit moins de 2 % du chiffre d'affaires annuel de la demanderesse (55 millions d'euros), et permet à la demanderesse d'occuper une vingtaine de travailleurs, soit moins de 3 % de son effectif global (628 travailleurs);

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 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 VI^e chambre, le
cinq novembre 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.