

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 176.829 du 14 novembre 2007

G./A.185.729/VI-17.554

En cause : **la société anonyme CHG-MERIDIAN COMPUTER LEASING BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Me Carlos DE WOLF, avocat,
Etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

**l'Entreprise publique des Technologies nouvelles
de l'Information et de la Communication, en abrégé ETNIC,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante:

la société anonyme ECONOCOM LEASE,

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 5 novembre 2007 par la société anonyme CHG-MERIDIAN COMPUTER LEASING BELGIUM, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision d'attribution d.d. 26 octobre 2007 du marché public en appel d'offres général avec publicité européenne relatif au remplacement intégral du parc informatique de la Communauté française pour le lot 1 à Econocom Lease sa";

Vu l'ordonnance du 6 novembre 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 13 novembre 2007 à 14.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 12 novembre 2007 par la société anonyme ECONOCOM LEASE par laquelle celle-ci demande à intervenir dans la procédure en référé;

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

Entendu, en leurs observations, Me Carlos DE WOLF, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Mes Patrick THIEL et Christophe DUBOIS, avocats, comparaisant pour la partie adverse, Mes Natacha DUGARDIN et Xavier LEURQUIN, avocats, comparaisant 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;

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

1. Par un avis de marché publié le 8 mai 2007 au supplément du Journal officiel de l'Union européenne et le 9 mai 2007 au Bulletin des Adjudications, la partie adverse a lancé un marché public de fournitures en location et en achats, à passer selon la procédure d'appel d'offres général, visant au remplacement du parc informatique de la Communauté française.

Selon le cahier spécial des charges, le marché qui est pluriannuel et à commandes est constitué de deux lots. Le lot 1, qui fait l'objet du présent recours, est décrit comme suit :

" Lot 1 : location opérationnelle et évolutive - ce lot sera attribué à l'adjudicataire «bailleur» qui a pour mission de louer au pouvoir adjudicateur la plus grande partie du matériel de remplacement du parc informatique de la Communauté française. Il incombe au bailleur, adjudicataire du lot 1, d'acquérir ce matériel auprès du fournisseur (l'adjudicataire du lot 2) et le mettre à disposition de l'ETNIC et de ses services utilisateurs moyennant le paiement, par le pouvoir adjudicateur, de loyers répartis sur toute la durée du marché (48 mois). La proposition doit résider en une location opérationnelle et évolutive sans option d'achat à l'issue du marché."

Les critères d'attribution sont les suivants pour le lot 1 :

- " - Coûts : 70%
- Flexibilité et méthode de travail : 20%
- Services additionnels (outil de gestion, interface web, etc...) : 10%".

2. L'ouverture des offres s'est déroulée le 28 juin 2007 à 10h00 heures.

Quatre entreprises ont soumissionné pour le lot 1, à savoir :

- CHG-MERIDIAN COMPUTER LEASING BELGIUM s.a. (la partie demanderesse);
- ECONOCOM LEASE s.a. (la partie intervenante);
- RENTYS s.a.;
- SYREMAT s.a.

3. A plusieurs reprises, la partie adverse a demandé des précisions aux différents soumissionnaires qui y ont chaque fois répondu.

4. Le 25 septembre 2007, la partie adverse a demandé à l'ensemble des soumissionnaires de prolonger la durée de validité de leur offre respective jusqu'au 15 novembre 2007, ce qu'ils ont fait.

5. Le 26 octobre 2007, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché litigieux à la société ECONOCOM LEASE. Il s'agit de la décision attaquée.

6. Le même jour, la partie adverse a notifié la décision motivée d'attribution aux soumissionnaires irréguliers ou non retenus en mentionnant l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services.

7. Le 5 novembre 2007, la demanderesse a introduit la présente demande et en a informé la partie adverse;

Considérant que la société anonyme ECONOCOM LEASE demande à intervenir dans la présente procédure; qu'en tant que soumissionnaire attributaire du marché litigieux, cette société a intérêt à intervenir dans la présente cause; qu'il y a lieu de l'accueillir;

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, comme la demanderesse le relève, cette notification qui emporte la conclusion du contrat aurait rendu vaine toute demande de suspension; que les parties adverse et intervenante ne contestent pas le recours à cette procédure;

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;

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

" (...) l'attribution du Marché, formant l'objet de la Décision Attaquée, représente un Marché assujéti à l'article 21bis de la Loi du 24 décembre 1993. En outre, il s'agit d'un marché de nature rare, spécifiquement eu égard à l'existence de marchés similaires, à leur importance et à leur répétition.

Le lot 1 du Marché a en effet comme objet une location opérationnel et évolutive, c.-à-d. la location à la Partie Adverse de la plus grande partie du matériel de remplacement du parc informatique de la Communauté française. Le soumissionnaire retenu devra acquérir le matériel obtenu par la Partie Adverse sur base de l'attribution du lot 2 du Marché et mettre ce matériel ensuite à la disposition de la Partie Adverse et de ses services utilisateurs moyennant le paiement par la Partie Adverse le pouvoir adjudicateur, de loyers repartis sur toute la durée du Marché, c.-à-d. 48 mois.

Cependant, l'article 7 du Cahier des charges (...) prévoit d'une manière explicite que la durée du Marché peut être prolongée par une période de trois ans ou 36 mois. Par conséquent, il s'agit indiscutablement d'un Marché non seulement d'un ampleur financier important, mais également d'une rareté, vu l'ampleur de ce Marché dans le temps, notamment une période de maximum sept ans.

Le Marché est de nature autant plus rare car la location de matériels informatiques n'est pas encore très répandue dans le secteur public. La plupart des administrations achètent leurs matériels informatiques et les gardent longtemps.

Le concept de la location évolutive pour le matériel informatique est donc encore relativement nouveau et actuellement encore rare dans le secteur public.

Les Marchés de cette envergure sont donc extrêmement rares en Belgique.

Le Marché constitue donc une référence importante dans le développement du secteur public qui fait partie de la stratégie commerciale de la Partie Requérante pour les années à venir. La Partie Requérante prévoit même du personnel dédié au développement de ce secteur qui représente indiscutablement un potentiel important pour le futur.

En cas d'attribution à la Partie Intéressée, le Marché constituera également une référence/publicité pour la Partie Intéressée, c.-à-d. le concurrent auprès des clients existants de la Partie Requérante.

Bref, il s'ensuit que la Décision Attaquée est susceptible de fermer pour une longue période les services inclus dans le Marché et de priver ainsi la Partie Requérante non seulement d'une référence très importante en vue de marchés futurs (v. à ce sujet les références demandées dans le Cahier des charges à l'article 21 (....)) mais également de fermer pour une période qui peut aller jusqu'à sept ans, le segment du Marché concerné auprès de la Partie Adverse.

Par conséquent, la Partie Requérante considère que la Décision Attaquée comporte pour elle des conséquences graves et difficilement réparables, telles que préconisées par l'article 17, §2, al. 1 des lois sur le Conseil d'Etat.";

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 deux lots 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, à défaut de documents probants, 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'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 à la fréquence et à la répétition, suffisamment démontrées par la partie adverse, de marchés similaires passés et à venir en Belgique, aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé, la distinction entre les deux secteurs n'étant pas opérante au regard de l'objet du marché; que le marché litigieux a une durée maximale de quatre 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; que la demanderesse produit elle-même dix références "les plus important(e)s au cours des trois derniers exercices" dans ce domaine, ce qui prouve par ailleurs qu'elle est une entreprise active sur l'ensemble du territoire belge dans les différents segments de la location opérationnelle;

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 anonyme ECONOCOM LEASE est accueillie dans la procédure en référé.

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 300 euros, sont mis à la charge de la 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 quatorze 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.