

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 182.978 du 16 mai 2008

G./A.188.058/VI-17.778

En cause : **la société anonyme ISS,**

ayant élu domicile chez
Mes Carlos DE WOLF et
Anthony VERHEGGEN, avocats,
Etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

**la Radio-Télévision Belge de la Communauté
Française, en abrégé R.T.B.F.,**

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel van NUFFEL, avocat,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 5 mai 2008 par la société anonyme ISS qui
tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

" la décision d'attribution du 18 avril 2008 du marché public en appel d'offres
restreint avec publicité européenne relatif aux services, à lots, d'une durée de 4 ans,
ayant pour objet la prise en charge des prestations, d'une part, d'entretien et de
nettoyage (bâtiments, fenêtres, locaux et installations), sur les divers cites de la
RTBF (BRUXELLES – CHALEROI – LIEGE – MONS – NAMUR – sites
d'émissions et réémetteurs) et d'autre part, de manutention, au sein de la Cité
REYERS.";

Vu l'ordonnance du 6 mai 2008, notifiée aux parties, convoquant celles-ci
à comparaître le 13 mai 2008 à 14.00 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 Carlos DE WOLF et Anthony VERHEGGEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier 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. Le 8 juin 2007, le comité permanent de la partie adverse décide de lancer un marché de services, à passer selon la procédure d'appel d'offres restreint avec publicité au niveau européen, ayant pour objet les prestations d'entretien et de nettoyage au sein de l'ensemble des sites de la R.T.B.F. ainsi que des prestations de manutention sur le site de Reyers.

2. L'avis de marché est publié le 12 juin 2007 au Journal officiel des Communautés européennes et le 14 juin 2007 au Bulletin des adjudications.

3. Sur les douze entreprises qui remettent une candidature, la partie adverse en retient cinq.

Le 3 octobre 2007, les cinq entreprises sélectionnées sont invitées à remettre une offre.

4. Le cahier spécial des charges prévoit notamment ce qui suit :

" Le présent marché sera divisé en 7 lots distincts, indivisibles quant à leur attribution :

- Lot 1 : Entretien et nettoyage Bruxelles (Cité Reyers);
- Lot 2 : Entretien et nettoyage Charleroi;
- Lot 3 : Entretien et nettoyage Liège;
- Lot 4 : Entretien et nettoyage Mons;
- Lot 5 : Entretien et nettoyage Namur;
- Lot 6 : Entretien et nettoyage sites d'émission et réémetteurs;
- Lot 7 : Manutention cité Reyers".

Le marché est conclu pour une durée de quatre ans, renouvelable à son terme pour une année maximum (art. 1.2 des prescriptions administratives).

Les critères d'attribution sont les suivants :

" ARTICLE 14.- CRITERES D'ATTRIBUTION DU MARCHE

Conformément aux dispositions de l'article 115 de l'arrêté royal du 08.01.1996, la RTBF choisira l'offre régulière qu'elle jugera la plus intéressante. Pour la détermination de son choix, la RTBF tiendra compte des critères d'attribution suivants (en ce compris la pondération qui leur est affectée) :

a) Critères quantitatifs

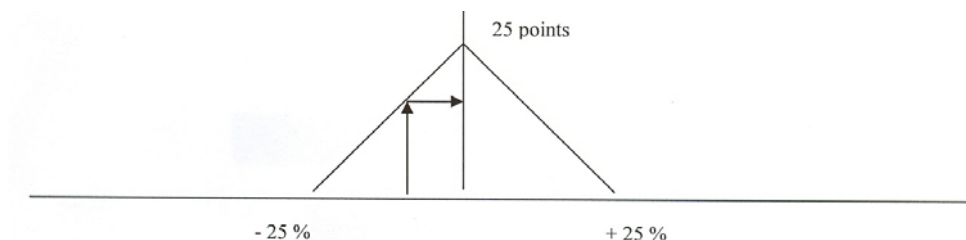
1. Evaluation du nombre d'heures/an prévu pour l'exécution

i. Par rapport à la moyenne des offres sélectionnées (25 points)

ii. Par rapport à l'estimation du pouvoir adjudicateur, avalisée préalablement au lancement du marché par le Comité Permanent de la RTBF (25 points)

En ce qui concerne ce critère, les offres seront comparées selon une méthode sanctionnant les trop grands écarts, tant à la hausse, qu'à la baisse. La meilleure offre est donc celle dont l'évaluation se rapproche le plus de la moyenne de toutes les offres, d'une part, et de l'évaluation préalable par le pouvoir adjudicateur, d'autre part.

Explication du pointage : Les heures de production comprennent les heures requises ainsi que la supervision nécessaire à la réalisation des travaux repris au devis descriptif.



La cotation des heures de production est jugée :

- sur 25 points par rapport à la moyenne du marché
- sur 25 points par rapport à notre évaluation, avalisée préalablement au lancement du marché par le Comité Permanent de la RTBF.

Pointage 1 : $x = \% \text{ d'écart} = (\text{total des h. proposées/h. moyenne marché} - 1) \times 100$

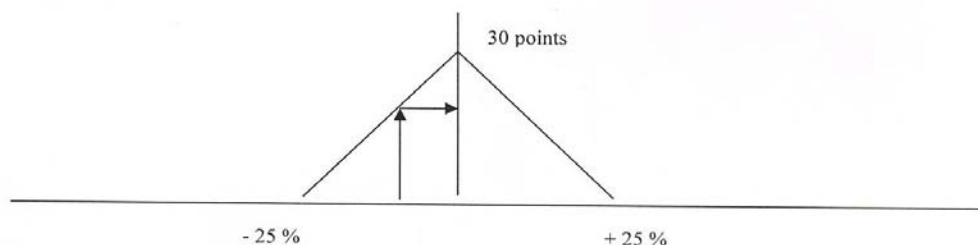
Pointage 2 : $x = \% \text{ d'écart} = (\text{total des heures proposées/heures estimées} - 1) \times 100$

Si	$- 25\% < X < 0 \%$	alors $f(x) = 25 +/- X$
Si	$0 \% < X < 25 \%$	alors $f(x) = 25 +/- X$
Si	$X < - 25 \%$	alors $f(x) = 0$
Si	$X > + 25 \%$	alors $f(x) = 0$

2. Prix des prestations (30 points)

Le montant des prestations, que celles-ci soit au forfait (poste 1 des lots 1 à 6), ou à bordereau de prix (postes 2, 3 et 4 des lots 1 à 6, et lot 7).

Explication du pointage :



La cotation des prix est jugée :

- sur 30 points par rapport à la moyenne du marché
- sur 30 points par rapport à notre évaluation, avalisée préalablement au lancement du marché par le Comité Permanent de la RTBF.

Pointage 1 : $x = \% \text{ d'écart} = (\text{total des h. proposées/h. moyenne marché} - 1) \times 100$

Pointage 2 : $x = \% \text{ d'écart} = (\text{total des heures proposées/heures estimées} - 1) \times 100$

Si	$- 25 \% < X < 0 \%$	alors $f(x) = 25 +/- X$
Si	$0 \% < X < 25 \%$	alors $f(x) = 25 +/- X$
Si	$X < - 25 \%$	alors $f(x) = 0$
Si	$X > + 25 \%$	alors $f(x) = 0$

b) Critères qualitatifs

1. Qualité de la gestion opérationnelle (10 points)
2. Qualité du schéma opérationnel (10 points)".

5. Par lettre circulaire n° 1 du 25 octobre 2007, la partie adverse apporte la correction suivante à l'article 14 précité du cahier spécial des charges :

" 1) ARTICLE 14. – CRITERES D'ATTRIBUTION DU MARCHE.

a) critères quantitatifs

1. évaluation du nombre d'heures (...)
Inchangé
2. prix des prestations
Inchangé jusqu'à la phrase «La cotation des prix est jugée ;
 - sur 15 points par rapport à la moyenne du marché;
 - sur 15 points par rapport à notre évaluation, avalisée préalablement au lancement du marché par le Comité Permanent de la RTBF.

Pointage 1 : $x = \% \text{ d'écart} = (\text{montant total proposé} / \text{moyenne des montants du marché} - 1) \times 100$
 Pointage 2 : $x = \% \text{ d'écart} = (\text{montant total proposé} / \text{montant total estimé} - 1) \times 100$ »

Le reste du texte de l'article est inchangé."

6. Le 21 novembre 2007, jour de l'ouverture des offres, trois entreprises, la demanderesse, la S.A. CLEANING MASTERS et la S.A. LAURENTY remettent une offre.

7. Le 12 février 2008, la partie adverse attribue le marché à la demanderesse.

Cette première décision est cependant retirée le 18 avril 2008, à la suite de la découverte d'une erreur d'application de la formule mathématique d'évaluation des offres par rapport au critère du prix.

8. Le 18 avril 2008, la partie adverse attribue le marché à la S.A. LAURENTY.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, se conclut comme suit :

Critères d'attribution	CMA	ISS	LAURENTY
Critère 1 - heures annuelles heures proposées (25 points) heures évaluées (25 points)			
	14,75	17,45	22,30
	9,72	21,67	23,26
Sous-total 50 points	24,48	39,12	45,56
Critère 2 - prix total des prestations prix proposés (15 points) $(A1+A2)/2$ prix évalués (15 points) $(B1+B2)/2$			
	10,30	10,34	11,52
	6,91	13,23	8,93
Sous total 30 points	17,21	23,56	20,45
Critères 3 et 4 qualité gestion opérationnelle (10 points) qualité schéma opérationnel (10 points)			
	8,00	10,00	8,00
	10,00	10,00	10,00
TOTAL POINTS (100 points)	59,69	82,68	84,01

7. Le 22 avril 2008, la partie adverse notifie à la demanderesse la décision d'attribution, son attention étant attirée sur l'application de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que l'extrême urgence n'est pas contestée;

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

" Les dispositions européennes conçues dans la Directive du Conseil n° 89/665 du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux imposent sur les états-membres l'obligation d'introduire dans leur droit interne la possibilité pour les soumissionnaires sur un marché public d'agir contre une décision d'attribution illégitime, c'est-à-dire de disposer d'une réelle possibilité d'intenter un recours.

(...)

Afin de répondre à une mise en demeure de la Commission Européenne, l'article 21bis de la Loi du 24 décembre 1993 a été introduit dans le droit belge (...).

Suite à une nouvelle mise en demeure de la Commission Européenne du 31 janvier 2008, un projet de loi a entre-temps été introduit et adopté par les commissions du Parlement afin d'améliorer et de compléter à court terme les dispositions en matière de protection des candidats et des soumissionnaires en matière de marchés publics (Chambre des représentants, DOC 52 1013/001, p. 5).

Dans ce projet de loi, la compétence de Votre Conseil, ainsi que l'application de la procédure de suspension en extrême urgence se voient expressément confirmées (...).

A l'encontre des chambres néerlandophones de Votre Conseil, les chambres francophones ont estimé précédemment qu'un préjudice grave et difficilement réparable, tel qu'exigé par l'article 17 des Lois Coordonnées sur le Conseil d'Etat, n'était pas rempli par le seul fait d'un risque de la perte d'un marché public. (...)

Par conséquent, le risque de la perte d'un marché public ne constituerait qu'un préjudice grave difficilement réparable dans le cas où cette perte s'accompagnerait de circonstances particulières concernant le marché en question.

Cependant, dans un arrêt très récent de Votre Conseil, il s'avère que les chambres francophones de Votre Conseil s'adhèrent à la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne ainsi qu'à la jurisprudence des chambres néerlandophones (arrêt n° 181.487 du 26 mars 2008).

(...)

Le préjudice grave difficilement réparable avancé par la Partie Requérante représente donc, à titre principal, le risque de la perte de l'exécution d'un marché public.

A titre surabondant, notamment si Votre Conseil considérait, par impossible en dépit de l'arrêt précité du 26 mars 2008, que la perte d'un marché ne suffit pas et que la Partie Requérante doit en plus faire preuve de circonstances particulières démontrant concrètement l'importance du marché en l'espèce (...), la Partie Requérante fait observer que le Marché se distingue des autres marchés en concurrence dans le secteur des services d'entretien et de nettoyage sur base de son chiffre d'affaires très important.

En effet, il s'agit d'un marché très important reprenant sept lots distincts et ayant une durée de quatre années. A l'issue de ces quarante huit mois (48), le Marché pourrait en outre faire l'objet d'une prolongation d'une année moyennant notification expresse de la part de la Partie Adverse. Vu le chiffre d'affaires important du Marché, le Marché a dû faire l'objet d'une publication européenne (voir « Rappel des faits »).

Par conséquent, la Partie Requérante fait preuve d'un préjudice difficilement réparable, et ceci en vertu, d'une part, des dispositions légales, et notamment l'article 21bis de la Loi du 24 décembre 1993, et, d'autre part, la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne ainsi que la jurisprudence de Votre Conseil.";

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 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 au sens des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; 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; que le projet de loi dont fait état la demanderesse, lequel entend modifier l'article 21bis précité, opère dans le même sens, outre le fait qu'il n'est pas applicable à la procédure litigieuse dès lors qu'il est encore à l'état de projet;

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 dans le secteur public; 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;

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.

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 3.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le seize mai deux mille huit par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. NIHOUL.