

A R R Ê T

n° 198.877 du 14 décembre 2009

A. 194.884/VI-18.471

En cause : **la s.a. SITA Wallonie,**
ayant élu domicile
rue de l'Avenir 22
4460 Grâce Berleur,

contre :

la commune de Chaudfontaine,

Partie intéressée :

la s.a. SHANKS Liège-Luxembourg.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XV^e CHAMBRE DES RÉFÉRÉS,

Vu la demande introduite le 11 décembre 2009 par la s.a. SITA WALLONIE qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution «de la décision du 23 novembre 2009 prise par le Collège communal de Chaudfontaine d'attribuer à la s.a. SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG le “marché de service pour l'enlèvement, sur le territoire de la commune de Chaudfontaine, de déchets de tous types sauf ceux classés dangereux”»;

Vu le dossier administratif;

Vu l'ordonnance du 12 décembre 2009 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 14 décembre 2009 à 12 heures;

Entendu, en son rapport, M. KOVALOVSKY, conseiller d'Etat, président de chambre f.f.;

Entendu, en ses observations, Me Y. SCHNEIDER, loco Me Ph. COENRAETS, avocat, comparaisant pour la partie requérante;

Entendu, en son avis conforme, Mme BOLLY, auditeur au Conseil d'État;

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

Considérant que la partie requérante expose comme suit les faits de la cause:

« Dans un premier temps, la commune de Chaudfontaine avait lancé un appel d'offres général pour le marché litigieux, ce qui avait donné lieu à la publication d'un avis de marché au Bulletin des adjudications du 5 juin 2009 (n/ 107), sous le numéro 10025 pièce n/ 11).

Ce marché est décrit comme un "marché de service pour l'enlèvement, sur le territoire de la commune de Chaudfontaine, de déchets de tous types sauf ceux classés dangereux".

Il porte sur :

“ La mise à la disposition des ménages de la commune de Chaudfontaine de containers équipés d'une puce et pouvant être de capacités diverses.

La collecte en porte-à-porte dans toutes les rues de la commune de Chaudfontaine via des conteneurs à puces des déchets ménagers et cela au moyen d'un camion spécialement conçu pour cette opération bien spécifique.

L'évacuation de ces déchets vers le centre de traitement (incinérateur) qui se situe dans les infrastructures de l'intercommunale INTRADEL implantées au port de Herstal.

La fourniture régulière via des fichiers informatiques aux services des finances de la commune de Chaudfontaine, de toutes les informations récoltées lors de la collecte en porte-à-porte.

La collecte en porte-à-porte de toutes les rues de la commune de Chaudfontaine des objets encombrants et cela sur base de bordereaux reprenant les demandes formulées à l'administration.

L'évacuation de ces déchets vers le site de traitement et d'élimination choisi par le soumissionnaire.

Le traitement et l'élimination dans ce site de ces déchets et cela suivant les législations établies à ce propos et en vigueur en Région wallonne.

La mise à disposition de conteneurs de grosses capacités destinés à recevoir tous les déchets résultant de l'entretien d'une commune.

L'évacuation, le traitement et l'élimination des déchets récoltés dans ces conteneurs et cela suivant les législations établies et en vigueur en Région wallonne.

L'organisation d'éventuelles collectes sélectives en porte-à-porte d'autres types de déchets que ceux cités ci-avant. ” (pièces n/ 1 et 2).

En vue de la passation de ce marché, la commune de Chaudfontaine avait établi un cahier spécial des charges (08/9/PROPR.AG/2 TER), lequel précisait les critères de sélection qualitative et d'attribution du marché. Aux termes de celui-ci, la valeur estimée du marché TVAC était de 4.000.000,00 EUR, montant étalé sur une période de quatre ans (pièce n/ 2).

Seules deux sociétés avaient déposé une offre: il s'agit de la requérante et de la S.A. "SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG".

Le 14 septembre 2009, la partie adverse a pris la décision d'attribuer le marché litigieux à la S.A. "SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG" (la requérante n'en a pas reçu copie; voyez, tout de même, la pièce n/ 4, laquelle en fait état).

Cette décision du 14 septembre 2009 d'attribuer le marché litigieux à la S.A. "SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG" a toutefois été annulée par l'autorité de tutelle et ce par un arrêté ministériel du 9 novembre 2009 (pièce n/ 4):

"Article 1^{er}: La décision du 14 septembre 2009, reçue au Gouvernement wallon le 24 septembre 2009, par laquelle le Collège communal de Chaudfontaine a procédé à la désignation comme adjudicataire du marché public européen de services d'enlèvement de déchets de tous types sauf ceux classés dangereux, de la société SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG pour une durée de 4 ans est annulée. (...)"

Nonobstant cette annulation, la partie adverse a estimé pouvoir persister dans son erreur et prendre une nouvelle décision, réattribuant le marché litigieux à la S.A. "SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG" et ce, cette fois, au terme ... d'une procédure négociée !

Par un courrier recommandé du 27 novembre 2009 (pièce n/ 5), la partie adverse s'est contentée d'informer la requérante que son offre n'avait pas été retenue :

"Messieurs,

Objet : Enlèvement, sur le territoire de la Commune de Chaudfontaine, de déchets de tous types sauf ceux classés dangereux.

Marché de services provisoire passé via la procédure négociée.

Conformément à l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993 compte tenu que le présent marché de service est de type européen, nous sommes au regret de vous informer que le Collège communal de Chaudfontaine réuni en séance du 23 novembre 2009 n'a pas retenu votre offre.

Vous trouverez, en annexe, la motivation de ladite décision.

Nous vous souhaitons bonne réception de la présente et vous prions d'agréer, Messieurs, l'expression de nos meilleures salutations." (nous soulignons).

La partie adverse a donc joint, en annexe à ce courrier, ce qui est présenté comme un rapport d'adjudication, mais dont le statut exact et le lien avec la décision attaquée ne sont pas clairement établis (pièce n/ 6) ;

A l'examen du courrier de la partie adverse du 27 novembre 2009, la requérante observe que le "marché de service provisoire" a été attribué via la procédure négociée alors que la procédure suivie jusqu'à lors était celle de l'appel d'offres général.

La partie adverse a donc opéré, en cours de procédure d'attribution, un changement du mode de passation du marché.

A l'examen du rapport d'adjudication, il appert que seules deux offres ont été comparées, étant, d'une part, l'offre déposée par la requérante et, d'autre part, celle de la S.A. "SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG".

Par un courrier recommandé du 7 décembre 2009, le conseil de la requérante a mis en demeure le Collège communal de Chaudfontaine de lui notifier la décision motivée d'attribution du marché (pièce n/ 7).

La requérante a également rappelé au Collège communal de Chaudfontaine le prescrit de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relatives aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, lequel oblige ce dernier à respecter un délai de standstill de 15 jours.

Par un courrier recommandé du 10 décembre 2009, la partie adverse a notifié à la requérante la décision motivée d'attribution du marché (pièce n° 11). Cette décision, prise par le Collège communal de Chaudfontaine le 23 novembre 2009, attribue le marché litigieux à la S.A. SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG.

Il s'agit de la décision attaquée.»;

Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, «la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable»;

Considérant que, selon l'article 8, alinéa 1^{er}, 3/, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, la requête doit contenir «un exposé des faits de nature à établir que l'exécution immédiate de l'acte attaqué risque de causer au demandeur un préjudice grave difficilement réparable auquel sont jointes toutes les pièces de nature à établir le risque de préjudice»; qu'il en résulte que le requérant doit, dans sa demande de suspension, démontrer *in concreto* que l'exécution immédiate de la décision contestée risque, si elle n'est pas suspendue, d'entraîner pendant l'instance en annulation des conséquences importantes se révélant graves pour lui, et irréversibles ou difficilement réversibles au regard des effets qui pourraient s'attacher à l'annulation poursuivie au principal; que cette règle comporte plusieurs corollaires:

- la charge de la preuve incombe au requérant à qui il appartient d'apporter la preuve suffisante de la gravité et du caractère difficilement réparable du préjudice qu'il allègue;
- la demande de suspension doit contenir les éléments de faits précis permettant d'apprécier les risques concrets que l'exécution immédiate de la décision attaquée pourrait entraîner;
- le préjudice allégué, sauf lorsqu'il est évident ou qu'il n'est pas contesté, doit être étayé par des documents probants;
- le Conseil d'Etat ne peut avoir égard qu'aux éléments avancés dans la demande, les considérations ajoutées à l'occasion des plaidoiries ou dans

des écrits non prévus par la loi ou les règlements de procédure n'ayant, à moins de n'être pas contestées ou d'apparaître comme indiscutablement déterminantes, que valeur de simples renseignements;

Considérant que la demande de suspension contient, quant au risque de préjudice grave difficilement réparable, l'exposé suivant:

«[...]

La requérante n'ignore pas que les chambres francophones du Conseil d'Etat n'admettent pas d'emblée l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable lorsque le marché litigieux atteint le seuil de publicité européenne (voyez, notamment : C.E., 16 mai 2008, S.A. ISS, n/182.978).

Toutefois, le risque de préjudice pouvant être causé à la requérante dépasse le simple cadre financier.

En effet, le marché litigieux est un marché de référence. Pour rappel, le marché de référence est "celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en œuvre des techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière" (par exemple : C.E., 4 mai 2006, n/ 158.316 ; C.E., 1er février 2007, n/ 167.831).

A ce titre, les éléments suivants peuvent être retenus :

1. Importance financière du marché

Le montant du marché a été estimé par la partie adverse à 4.000.000,00 EUR, soit à un montant supérieur de près de 20 fois à celui prévu à l'article 53, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Mise en œuvre de techniques particulières ou nouvelles

Le cahier spécial des charges décrit, avec précision, les services que l'attributaire du marché devra assurer. La partie adverse précise, à cet égard, qu'il s'agit d'une opération bien spécifique.

Contrairement à ce que l'on pourrait a priori penser, l'objet du marché litigieux n'est pas limité au simple enlèvement des déchets de la commune de Chaudfontaine.

Le marché litigieux a aussi pour objet de mettre à disposition des ménages de la commune de Chaudfontaine des conteneurs équipés d'une puce et pouvant être de capacité diverses. Ainsi, la collecte des déchets doit s'opérer "via des conteneurs à puces" et "au moyen d'un camion spécialement conçu pour cette opération bien spécifique" (cahier spécial des charges, p. 1).

L'attributaire du marché devra également fournir de manière régulière les informations récoltées lors de la collecte à la commune de Chaudfontaine, ce qui requiert, d'une part, de posséder un système informatique spécifique et, d'autre part, de disposer d'un personnel spécialisé en vue d'exploiter ce système informatique et de transmettre les données recueillies à la commune de Chaudfontaine.

La spécificité du marché litigieux est telle que, en l'espèce, seules deux entreprises (ont) introduit une offre, à savoir la S.A. SITA WALLONIE et la S.A. SHANKS LIEGE-LUXEMBOURG.

Enfin, la requérante entend rappeler, ici, les circonstances tout à fait particulières qui ont entouré la passation du marché litigieux et qui, à son estime, sont de nature à lui causer un réel préjudice moral, tant le comportement de la partie adverse est constitutif d'un véritable désaveu à son égard et foule véritablement au pied la décision d'annulation prise par l'autorité de tutelle, ce qui est totalement inacceptable.

S'agissant du "désaveu", il convient de porter à la connaissance de votre Conseil le fait que la requérante et la partie adverse sont encore contractuellement liées par une convention dont l'objet est identique à celui du marché litigieux, même si les conditions techniques d'exécution sont différentes (pièce n° 9). Ce contrat a été et est encore exécuté à la pleine satisfaction de la partie adverse. Or, le fait d'attribuer, dans des conditions irrégulières, le même marché à un concurrent, et ce sans le moindre motif valable, constitue un réel désaveu vis-à-vis de la requérante et jette immanquablement le discrédit sur la qualité des services prestés par elle (voyez, sur la prise en considération d'un désaveu en matière de passation de marchés publics : C.E., 5 juin 2009, SPRL Destrée Organisation, n°193.898 (expression d'un désaveu); C.E., 19 juin 2009, S.A. Horizon Pleiades, n°194.417 (atteinte à la réputation)).

S'agissant du respect des décisions prises par l'autorité de tutelle, il s'impose d'informer votre Conseil de ce que cette autorité avait été saisie par la requérante elle-même (pièce n° 10) et que c'est donc à son intervention qu'un arrêté d'annulation a été pris. Il est donc inacceptable, pour la requérante, de voir la partie adverse ignorer purement et simplement les effets de cet arrêté en reprenant une décision pratiquement identique à celle qui venait d'être annulée. Un tel comportement, dans le chef d'une autorité publique, cause à la requérante un préjudice moral évident, préjudice à la fois grave et difficilement réparable.»;

Considérant qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré étant inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'une telle perte ne peut être constitutive d'un préjudice grave 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 requérante, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activités;

Considérant que la requérante soutient que «le risque de préjudice pouvant [lui] être causé dépasse le simple cadre financier»; qu'elle fait valoir que le marché en question est un marché de références et, par ailleurs, qu'elle subit un préjudice moral en raison des circonstances ayant entouré sa passation;

Considérant que constitue un marché de références, 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; 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 en rapport avec le marché et non à des critères subjectifs; qu'en faisant état, dans sa demande de suspension, de ce que le marché en question ne se limite pas «au simple enlèvement des déchets de la commune de Chaudfontaine», mais «a aussi pour objet de mettre à disposition des ménages [...] des conteneurs équipés d'une puce et pouvant être de capacité diverses», ce qui implique que l'attributaire doit «posséder un système informatique spécialisé» et «disposer d'un personnel spécialisé», la requérante est en défaut d'établir que les prestations fournies mettent en oeuvre des techniques rares et complexes, l'exigence d'un outil informatique performant devenant de plus en plus inhérent à tout marché de services; que par ailleurs, la requérante n'allègue pas qu'un tel marché serait exceptionnel en Belgique et que par son ampleur, il se distinguerait d'autres marchés similaires; que le marché litigieux ne peut être considéré comme un marché de références;

Considérant que la requérante ne soutient pas que la perte du marché litigieux risque d'empêcher la poursuite de ses activités et de menacer son existence;

Considérant, quant au préjudice moral, que les motifs de la décision attaquée ne contiennent pas de commentaires désobligeants ni des propos remettant en cause la crédibilité ou le professionnalisme de la société requérante; que cette décision repose sur une comparaison des deux offres en présence et nullement sur une appréciation négative des prestations de la requérante dans le cadre de la convention qui la lie actuellement à la commune; qu'il y a lieu de relever que la lecture de l'acte attaqué paraît, *prima facie*, démentir l'affirmation de la requérante selon laquelle le marché de services aurait été attribué via la procédure négociée, cette assertion semblant se fonder exclusivement sur une mention figurant sur la lettre du 27 novembre, qui est censée notifier la décision du 23 novembre, et qui fait explicitement référence à l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, en précisant que «le présent marché de service est de type européen»; que l'acte attaqué ne peut être interprété comme constituant «un véritable désaveu» à l'égard de la requérante; qu'en faisant valoir que les conditions de l'attribution du marché sont irrégulières parce que celui-ci ne reposerait sur aucun motif valable et parce que la partie adverse aurait ignoré les effets de l'arrêté d'annulation de l'autorité de tutelle, la requérante critique la légalité de l'acte attaqué; que tels arguments ne peuvent être pris en considération sans confondre les deux conditions pourtant distinctes inscrites

à l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; que le préjudice moral allégué par la requérante n'est pas établi;

Considérant qu'une des conditions prescrites pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué n'est pas remplie,

D É 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 charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre des référés, le quatorze décembre deux mille neuf, par :

M. KOVALOVSKY,	président de chambre f.f.,
Mme ROBA,	greffier.

Le Greffier,	Le Président f.f.,
--------------	--------------------

N. ROBA

I. KOVALOVSKY