

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 206.921 du 19 août 2010

G./A.197.340/VI-18.742

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

ayant élu domicile chez
Me Pablo RUIZ IGLESIAS, avocat,
rue Capitaine Crespel, n° 2-4,
1050 Bruxelles,

contre :

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

ayant élu domicile chez
Mes Emmanuel van NUFFEL et
Dominique LAGASSE, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 9 août 2010 par la société anonyme EFFICY, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision du 19 juillet 2010, notifiée le 23 juillet 2010, intitulée : Appel d'offres général avec publicité au niveau européen, réf. AOEGE 2010.001. Marchés de services, pluriannuel, consistant dans la conclusion d'une convention, d'une durée de cinq années, le cas échéant prorogeable à une reprise, pour une période d'une année, ayant trait à des prestations relatives à la livraison, à la maintenance et à la gestion d'une plate-forme d'e-CRM (et services associés), au profit du département Nouveaux médias de la R.T.B.F.";

Vu l'ordonnance du 10 août 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 16 août 2010 à 14 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M^{me} Odile DAURMONT, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Mes Pablo RUIZ IGLESIAS, Edwige SPAMPINATO et Laurent DELMOTTE, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

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 du recours se présentent comme suit :

La décision attaquée a été prise par la partie adverse sur la base d'une procédure par appel d'offres général.

Un avis de marché a été publié au JOUE, Série S, et au Bulletin des adjudications le 29 avril 2010.

Le marché consiste à développer la plate-forme de gestion de la relation clients sur internet de la partie adverse principalement en ce qui concerne la diffusion des lettres électroniques d'information (e-newsletters) sur les activités en radio et en télévision vers les publics abonnés.

Il est prévu pour une durée de cinq ans, renouvelable à son terme pour une année. Il fait l'objet du cahier spécial des charges AOGE2010.01.

Trois entreprises ont remis une offre : la S.A. SELLIGENT Belux, la S.A. EFFICY et la S.A. CITOBI. Seule la S.A. CITOBI a remis une offre comportant une variante financière par laquelle elle propose de valoriser l'utilisation de la plate-forme en générant des revenus tirés de la publicité dans les lettres d'information.

Le 19 juillet 2010, la partie adverse classe première l'offre en variante de la S.A. CITOBI et attribue le marché à celle-ci. Il s'agit de la décision attaquée qui est rédigée comme suit :

" APPEL D'OFFRES GENERAL avec publicité au niveau EUROPEEN, réf. AOGE2010.001.Marché de services, pluriannuel, consistant dans la conclusion

d'une convention, d'une durée de cinq années, le cas échéant prorogeable à une reprise, pour une période d'une année, ayant trait à des prestations relatives à la livraison, à la maintenance et à la gestion d'une plate-forme d'e-CRM [et services associés], au profit du département Nouveaux Médias de la RTBF.

I. Décision motivée de sélection des candidats

A la suite de la publication d'un avis de marché dans le Bulletin des Adjudications du 29.04.2010 (N. 008106), ainsi que dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne du 29.04.2010 (2010/S 83-124941), 3 offres distinctes, ont été réceptionnées endéans le délai imparti par le Service achats de la RTBF (séance d'ouverture des soumissions : 21/06/2010, à 10h30).

Ces 3 offres ont été remises par les firmes suivantes (ordre alphabétique) :

- CITOBI SA;
- EFFICY SA;
- SELLIGENT BELUX NV.

Sur base des critères de sélection définis comme suit à l'article 8 - SELECTION QUALITATIVE - du Titre I - PRESCRIPTIONS ADMINISTRATIVES - du cahier spécial des charges précité :

" Situation propre des opérateurs économiques; références requises :

1. Non-exclusion :

Les attestations pertinentes visant à faire la preuve que l'entreprise candidate n'est pas personnellement dans une des situations d'exclusion énoncées aux points 1° à 6/ de l'article 69 de l'AR du 08.01.1996, à savoir :

% Pour les points 1°, 2/, et 3/ :

- Un extrait du casier judiciaire de l'entrepreneur [délivré, en Belgique, par le Service public fédéral Justice], ou tout document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance de l'entreprise

% Pour les points 5/ et 6/ :

- Une attestation, délivrée par l'autorité compétente du pays concerné [en Belgique : ONSS], prouvant que l'entreprise candidate est en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, selon les dispositions légales en vigueur [cf. article 69bis de l'AR du 08.01.1996].
- Une attestation, délivrée par l'autorité compétente du pays concerné [en Belgique : Administrations des contributions directes et de la TVA], prouvant que l'entreprise candidate est en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts (contributions directes) et taxes [TVA], selon les dispositions légales en vigueur.

Remarque : Conformément au dernier alinéa de l'article 69, «lorsqu'un tel document ou certificat n'est pas délivré dans le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance».

2. Capacité professionnelle

- La preuve de l'inscription de l'entreprise candidate au registre de la profession ou au registre de commerce, dans les conditions prévues par la législation en vigueur dans le pays où la société se trouve établie (en Belgique : numéro d'entreprise

repris à la banque Carrefour des Entreprises du Service public fédéral Economie], conformément à l'article 72, § 2 de l'AR du 08 .01.1996.

Capacité économique et financière : références requises :

- Une déclaration du candidat concernant son chiffre d'affaires global et son chiffre d'affaires spécifique ayant trait aux services, semblables ou équivalents au présent marché, prestés par l'entreprise au cours des trois derniers exercices, conformément à l'article 70, alinéa 11, 3/, de l'AR du 08 .01.1996.

Capacité technique : références requises :

- Une liste de références mentionnant les principaux services (similaires à ceux concernés par le présent marché), exécutés par le candidat pendant les trois dernières années, leur montant, leur date et leurs destinataires, publics ou privés, conformément à l'article 71, alinéa 2, 2/, de l'AR du 08.01.1996.

S'il s'agit de services à des autorités publiques, la justification est fournie par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente.

S'il s'agit de services à des personnes privées, les prestations sont certifiées par celles-ci au, à défaut, elles sont déclarées avoir été effectuées par le prestataire de services.

- Les titres d'études et professionnels du prestataire de services et/ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de l'exécution des services (similaires à ceux concernés par le présent marché] et des collaborateurs qui y participeront, conformément à l'article 71, alinéa 2, 1/, de l'AR du 08.01.1996.
- Une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance de ses cadres pendant les trois dernières années (ainsi que, le cas échéant, l'organigramme de la société], conformément à l'article 71, alinéa 2, 4/, de l'AR du 08.01.1996.

J'ai décidé de sélectionner les 3 sociétés ayant déposé offre.

Après évaluation des documents transmis, il a en effet été constaté qu'aucune de ces 3 sociétés ne se trouvait en situation d'exclusion et qu'elles disposaient bien, toutes les 3, des capacités professionnelle, financière, économique et technique suffisantes pour mener à bien la présente entreprise.

II. Décision motivée d'attribution de marché
--

Sur base des critères d'attribution définis à l'article 13 - CRITERES D'ATTRIBUTION - du Titre I - PRESCRIPTIONS ADMINISTRATIVES - du cahier spécial des charges précité, à savoir :

- " Conformément aux dispositions de l'article 115 de l'AR, la RTBF choisira l'offre régulière qu'elle jugera la plus intéressante. Pour la détermination de son choix, la RTBF dépouillera et analysera les offres qui lui auront été remises, sur base des critères suivants, en ce compris la pondération qui leur est affectée :
1. La valeur technique globale de l'offre déposée [la pertinence et le caractère convaincant de la soumission, dans ses diverses composantes, son adéquation aux besoins spécifiques de la RTBF), évaluée sur base des renseignements contenus dans le dossier d'offre (en ce comprises les informations contenues dans la note explicative exigée à l'article 10.2).

60 points

Pour l'évaluation des diverses offres en concurrence, sur base du critère 1, et l'octroi des cotes y afférentes, le pouvoir adjudicateur prendra en considération les sous-critères suivants :

- Les caractères qualitativement structuré et techniquement spécifique de la proposition présentée à la RTBF dans l'offre.
10 points
- L'ergonomie et la convivialité de l'outil et de son interface.
10 points
- Les performances techniques, la flexibilité et la rapidité de la solution logicielle proposée à la RTBF dans l'offre.
10 points
- Le degré de réactivité du fournisseur en cas de panne ou de non-qualité du système proposé à la RTBF dans l'offre.
10 points
- La faculté d'ouverture aux développements tiers du système proposé à la RTBF dans l'offre.
10 points
- Le niveau et la qualité du support proposé à la RTBF dans l'offre.
10 points

2. L'attractivité des conditions financières consenties.

40 points

Afin de comparer des choses pleinement comparables, et de respecter ainsi la pleine égalité de traitement des soumissionnaires en lice, le pouvoir adjudicateur prendra en compte, pour l'évaluation des diverses offres en concurrence, sur base du critère 2, et l'octroi des cotes y afférentes, la configuration suivante :

- Le montant total des coûts relatifs aux développements spécifiques préexistants [voir annexe 2). Le budget devra constituer un engagement ferme du fournisseur (forfait) et ne pourra être revu à la hausse en cours d'exécution.
- Le montant total des coûts de formations (voir annexe 2).
- Le montant total du coût de l'utilisation de l'outil. Le budget pour l'utilisation de la solution devra être calculé sur base des hypothèses suivantes :
 - Année 1 :
 - i. Base de données : 250 000 inscrits.
 - ii. E-mails envoyés : 30 millions par an.
- A prendre en compte pour les années suivantes (2, 3, 4, 5) :
 - i. Base de données : augmentation du nombre d'inscrits de 10 % par an.
 - ii. E-mail envoyés : augmentation du nombre d'envois de 25 % par an.

La RTBF sommera ensuite le montant total, HTVA, ainsi obtenu, relatif à chacun des trois pans (développement/formations/utilisation).

Une fois obtenu le montant total, HTVA, pour chaque société en lice, la RTBF octroiera au soumissionnaire le moins cher la cote maximale (40 points), au soumissionnaire le plus cher la cote minimale (0 points), les autres recevant une cote intermédiaire calculée de manière linéaire par rapport aux 2 extrêmes.

J'ai décidé d'attribuer le présent marché, dont les références sont reprises ci-dessus à la société CITOBI SA (variante), sise rue de Clairvaux, 8, à B - 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE.

Suivent les raisons ayant présidé au choix précité.

REGULARITE DES OFFRES

A l'issue d'un examen approfondi des soumissions en lice, sur le plan de leur régularité, il est apparu que les offres déposées par les 3 sociétés en concurrence dans le cadre de cette procédure, devaient être considérées comme pleinement régulières.

ANALYSE MULTI-CRITERES

Les 3 soumissions ont fait l'objet d'une analyse minutieuse de la part du Département des Nouveaux Médias (Sabine VANDERPUTTEN), ceci afin de pouvoir procéder à la comparaison, la plus objective possible, de celles-ci. Il convient de noter, à titre liminaire, que la société CITOBI SA a présenté, outre son offre de base, une variante autorisée (ou dirigée) consistant en une solution alternative génératrice de revenus (permettant de réduire les coûts), ceci conformément à l'article 17 - VARIANTES - du Titre 1 - PRESCRIPTIONS ADMINISTRATIVES - du cahier spécial des charges, qui stipulait :

«En application de l'article 16 de la LOI, les soumissionnaires pourront également présenter, dans leur dossier d'offre, une variante, dite autorisée. Objet, nature et portée de la variante (conformément à l'article 115 de l'AR) : les soumissionnaires pourront proposer toute solution ou tout scénario de financement alternatif, permettant de réduire les coûts liés à l'utilisation de la plate-forme e-mailing ou encore de générer des revenus (par le biais, notamment, de la monétisation de l'audience des médias e-mail)».

La variante ainsi remise, consistant dans la monétisation de ces e-newsletters, a par conséquent fait l'objet, à l'instar des autres configurations en concurrence (offres de base), de l'analyse multi-critères ci-dessous.

- L'examen comparatif de ces offres, à la lumière du premier critère, ayant trait à la valeur technique globale de l'offre déposée - 60 points, permet d'émettre les considérations suivantes :

Citobi propose la solution la mieux adaptée aux besoins de la RTBF. Ce soumissionnaire propose- un outil simple tout en étant complet et très ergonomique. De plus, il se distingue fortement des deux autres soumissionnaires par la qualité du support offert et la réactivité en cas de problème.

Aucun coût interne pour la RTBF, car pas de formation, et pas de développement nécessaire pour l'intégration.

% Sous-critère 1 :

Les trois soumissionnaires ont chacun remis une proposition qualitativement structurée et techniquement spécifique. C'est le raison pour laquelle, en ce qui concerne ce premier sous-critère, les points sont similaires pour les trois offres.

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/10)
CITOBİ - Offre de base	10
CITOBİ - Variante	10
EFFICY	10
SELLİGENT	10

% Sous-critère 2 :

Citobi : propose un outil extrêmement simple, convivial et ergonomique; aucune connaissance technique particulière n'est requise. Permet la gestion du CRM et de l'e-mail dans une seule et même interface.

Efficacy : propose deux interfaces distinctes. L'une dédiée au CRM et l'autre à l'e-mailing, ce qui complexifie l'utilisation et nécessite une bonne maîtrise des deux outils. Par ailleurs, l'interface CRM assez complexe et peu intuitive. Interface de l'e-mail conviviale et plus ergonomique.

Selligent : solution très complète mais excessivement complexe - nécessitant 35 heures de formation/personne. Pas moins de 8 modules à maîtriser pour utilisation optimale de la solution. En outre, interface très technique et pas très intuitive, pas très conviviale.

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/10)
CITOBİ - Offre de base	10
CITOBİ - Variante	10
EFFICY	5
SELLİGENT	5

% Sous-critère 3 :

Sur base des renseignements issus du document «annotation pour chacun des 74 éléments de spécification du produit», dûment complété par les soumissionnaires eux-mêmes (cf. annexe 1], ainsi que des Réponses aux «7 demandes spécifiques concernant l'infrastructure » proposée (cf. annexe 2), les commentaires suivants peuvent être tenus à cet égard :

Citobi : Excellente performance technique, solution flexible et rapidement mise en place. Par ailleurs, certifié iso 27001.

Efficacy : Bonnes performances techniques, solution flexible, délai estimé pour la mise en place du système de 72 jours. Non certifié mais prêt à faire le nécessaire pour obtenir la certification.

Selligent : Bonnes performances techniques mais solution peu flexible car fort complexe. Délai estimé pour la mise en place de la solution de 65 jours. Non certifié mais garantit la sécurité de l'information selon les normes les plus strictes.

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/10)
CITOBİ - Offre de base	10
CITOBİ - Variante	10
EFFICY	5
SELLİGENT	6

%Sous-critère 4 :

Sur base des Réponses aux «7 demandes spécifiques concernant l'infrastructure» proposée [cf. annexe 2], les commentaires suivants peuvent être tenus :

Citobi : Réactivité optimale pour tous les types de pannes avec garde en dehors des jours ouvrables. Processus de back-up quotidien avec archive pendant 1 an.

Efficacy : Réaction dans les 24 heures. Processus de back-up quotidien avec archive pendant 1 an.

Selligent : Réactivité en fonction du type de panne avec procédure de gestion des incidents jugée très lourde. Processus de back-up quotidien avec archive de 15 jours, seulement.

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/10)
CITOBİ - Offre de base	10
CITOBİ - Variante	10
EFFICY	5
SELLİGENT	4

%Sous-critère 5 :

Citobi : Evolution constante de la solution. Par ailleurs, possibilité d'intégrer des développements spécifiques en fonction des besoins du client.

Efficacy : Pas de développement sur mesure en ce qui concerne le CRM. Développement possible pour certains aspects de l'e-mailing, par contre.

Selligent : Développements spécifiques possibles en fonction des besoins.

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/10)
CITOBİ - Offre de base	10
CITOBİ - Variante	10
EFFICY	4
SELLİGENT	10

% Sous-critère 6 :

Citobi : interlocuteur unique : account manager. Réponse aux problèmes du client dans l'heure et correction dans les 4 heures. Service de garde prévu en dehors des heures de bureau. Si besoin déplacement chez le client. Pour ce qui concerne les aspects stratégiques, présence d'équipe chez Citobi.

Efficacy : Call center. Réponse aux demandes dans les 24 heures. Pas d'engagement sur le délai de résolution des problèmes. Appel à des experts externes pour la consultance stratégique.

Selligent : Call center. Délai de réponse est fonction du type de problème. Au minimum 24 heures. Consultance stratégique en interne chez Selligent.

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/10)
CITOBİ - Offre de base	10
CITOBİ - Variante	10
EFFICY	3
SELLİGENT	4

Récapitulatif des cotisations, pour ce PREMIER CRITERE

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/60)
CITOBİ - Offre de base	10
<u>CITOBİ - Variante</u>	10
EFFICY	5
SELLİGENT	4

- L'examen des soumissions en lice, eu égard au deuxième critère, ayant trait à l'attractivité des conditions financières consenties, permet d'émettre les considérations suivantes.

Le tableau ci-joint reprend le montant des offres de chacun des soumissionnaires en lice, ceci conformément à la configuration comparative qui se trouvait reprise à l'article 13 - CRITERES D'ATTRIBUTION - précité [somme des 3 pans principaux «développement/formations/utilisations»].

Force est de constater que la variante autorisée proposée par CITOBİ a pour conséquence, non seulement d'annihiler l'impact financier du service rendu à la RTBF par ce soumissionnaire, mais en plus, de générer de plantureux revenus alternatifs par le biais de la monétisation des e-newsletters, gains qui sont raisonnablement estimés, compte tenu de la configuration précitée, à plus de 540.000 € HTVA sur toute la durée de la convention!!

SOUSSIONNAIRES	MONTANTS
CITOBİ	716.049,00
CITOBİ - Variante	540.384,00
EFFICY	222.435,00
SELLİGENT	629.050,00

Cependant, par souci de traitement équitable des divers soumissionnaires, il a été décidé, dans le cadre de la comparaison qui suit, ceci compte tenu de l'aléa entourant la détermination exacte des revenus envisagés [qu'il est impossible à fixer a priori de manière certaine], de considérer l'hypothèse, très pessimiste, selon laquelle lesdits revenus viendraient seulement compenser le montant de l'offre, sans générer le moindre bénéfice au-delà de cet équilibre [dépendance RTBF dans le cadre de cette variante = 0]

Les montants pris en compte pour l'allocation des points ont donc été les suivants :

SOUSSIONNAIRES	MONTANTS
CITOB	806.616,00
CITOB - Variante	0,00
EFFICY	222.435,00
SELLIGENT	629.050,00

Le tableau ci-dessous mentionne les points dévolus à chacun des candidats sur base des montants simulés précités. Pour rappel, la RTBF a octroyé au soumissionnaire le moins cher la cote maximale [40 points], au soumissionnaire le plus cher la cote minimale [0 points], les autres recevant une cote intermédiaire calculée de manière linéaire par rapport aux 2 extrêmes [tout en respectant les écarts observés entre les diverses offres en lice].

Cotisations, pour ce SECOND CRITERE

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/40)
CITOB - Offre de base	0
CITOB - Variante	40
EFFICY	29
SELLIGENT	9

RECAPITULATIF GLOBAL DES COTISATIONS

SOUSSIONNAIRES	POINTS (/100)
CITOB - Offre de base	60
CITOB - Variante	100
EFFICY	61
SELLIGENT	48

Cf. annexe 3, pour le tableau détaillé.

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que la société qui satisfait le mieux aux prescriptions du cahier spécial des charges portant le référence AOGE2010.001 et, par conséquent, aux critères d'attribution qui y sont énoncés, est la société CITOB SA (variante).

Puisque cette société a déposé l'offre la plus intéressante pour la RTBF, en ce que cette offre s'est vue octroyer la cotation la plus élevée en l'espèce, ceci, pour les deux lots constituant ce marché, le présent marché lui est attribué.";

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité du recours au motif que l'administrateur délégué n'a pas le pouvoir de représenter la société en justice;

qu'elle relève que l'article 15 des statuts que la partie requérante a déposés au dossier dispose comme suit :

" Artikel 15 : Alle rechtsgedingen, zowel als eiser of als verweerder, worden gevoerd in naam van de vennootschap door twee bestuurders of door de gedelegeerd bestuurder of door een gevolmachtigde";

qu'elle traduit le terme "gevoerd" utilisé dans cet article par le terme "engagé" et en déduit que l'administrateur délégué n'avait donc pas le pouvoir de "représenter" la société en justice; qu'elle se réfère à des arrêts récents du Conseil d'Etat selon lesquels lorsqu'une société anonyme n'agit pas à la suite d'une décision de son organe d'administration, ceux qui agissent en son nom doivent avoir le pouvoir de l'engager et de la représenter, le pouvoir d'engager n'emportant pas celui de représenter;

Considérant que la partie requérante a déposé, à la demande du Premier auditeur-rapporteur, les pièces établissant d'une part, le changement de dénomination de la société requérante et d'autre part, la désignation de l'administrateur délégué de ladite société; que c'est dès lors bien sur la base des statuts déposés par la partie requérante que la question des pouvoirs de représentation en justice doit être examinée;

Considérant qu'au titre III des statuts, intitulé "Administration - Contrôle", l'article 13 règle la délégation en matière de gestion journalière, l'article 15 les affaires judiciaires et l'article 16 la représentation générale de la société plus spécialement, la signature des actes qui engagent la société; que seul l'article 15 est applicable en l'espèce; qu'indépendamment des questions linguistiques, il apparaît clairement de cet article, et en tout cas prima facie, que l'administrateur délégué est habilité à prendre seul, c'est-à-dire sans décision préalable du conseil d'administration, la décision d'introduire une demande de suspension devant le Conseil d'Etat et à donner mandat à un avocat; qu'il s'ensuit que le recours est recevable;

Considérant que l'article 7 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dispose comme suit :

" Le Roi fixe la date de l'entrée en vigueur de la présente loi.
Les marchés publics, les marchés et les concours de projets, publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une demande de participation ou à remettre une offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation";

que l'article 76 de l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fournitures et de services, publié au Moniteur belge du 16 février 2010, prévoit ce qui suit :

- " Entrent en vigueur le 25 février 2010 :
- 1° la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
 - 2° le présent arrêté.

Les marchés publics et les marchés publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une candidature ou à remettre offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation";

qu'en l'espèce, l'avis de marché a été publié le 29 avril 2010; qu'il s'ensuit que la requête en suspension d'extrême urgence est régie par les dispositions formant le livre II, inséré par la loi du 23 décembre 2009 précitée, spécialement par l'article 65/15;

Considérant que l'extrême urgence n'est pas contestée par la partie adverse;

Considérant qu'en effet, le délai fixé par l'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 a été respecté en l'espèce;

Considérant que les articles 65/14 et 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée disposent comme suit :

- " Art. 65/14. A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la loi et ses arrêtés d'exécution;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
 - 3° les documents du marché.

Art. 65/15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 65/14, l'instance de recours peut, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 65/14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
- 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

La demande de suspension est introduite selon une procédure d'extrême urgence ou de référé, conformément à l'article 65/24.

L'instance du recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou avec la demande d'annulation visée à l'article 65/14 ou séparément";

Considérant qu'en l'espèce, aux termes de l'article 65/14 rappelé ci-dessus, la partie requérante a intérêt au recours; que celui-ci est recevable;

Considérant que la partie requérante prend un moyen unique de "la violation du principe des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, du principe de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe de bonne administration et du principe d'égalité, du cahier spécial des charges et plus précisément de l'article 13, violation des articles 103, 113 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1995"; qu'elle expose que "si les considérations de droit et de fait qui fondent l'acte attaqué peuvent paraître laborieuses sur certains aspects, il reste qu'elles ne peuvent être considérées comme suffisantes"; que selon elle, la décision attaquée ne permet pas de comprendre la manière dont l'autorité compétente a procédé pour apprécier les différents critères et pondérer ceux-ci; qu'elle souligne que ladite décision ne reprend qu'une série de grilles notées, sans expliquer les raisons et les justifications des cotations mentionnées; qu'elle met en exergue un des motifs de la décision attaquée relatif à "la variante autorisée proposée par CITOBI [qui] a pour conséquence [...] de générer de plantureux revenus alternatifs par le biais de la monétisation des e-newsletter [...]. Cependant, par souci de traitement équitable des divers soumissionnaires, il a été décidé, dans le cadre de la comparaison qui suit, ceci compte tenu de l'aléa entourant la détermination exacte des revenus envisagés (qu'il est impossible à fixer à priori de manière certaine), de considérer l'hypothèse très pessimiste selon laquelle lesdits revenus viendraient seulement compenser le montant de l'offre sans générer le moindre bénéfice au-delà de cet équilibre (dépense RTBF dans le cadre de cette variante)"; qu'elle considère ce motif "totalement arbitraire" et en contradiction avec le cahier général des charges; qu'elle ajoute que l'article 17 du cahier spécial des charges en ce qu'il prévoit que les soumissionnaires peuvent déposer une offre complétée d'une variante sans que le même cahier des charges ne détermine l'influence de cette variante

sur la qualité d'une offre et sur l'attribution du marché, ne permet pas de rendre les offres comparables et ne peut donc être pris en compte pour attribuer valablement le marché; qu'en termes de plaidoiries, elle a critiqué la cotation des sous-critères techniques; que cette critique se fonde essentiellement sur la comparaison des notes qu'elles a obtenues et celles de la S.A. SELLIGENT;

Considérant que l'article 13 du cahier spécial des charges (ci après C.S.C.) prévoit deux critères d'attribution, le premier consiste dans la valeur technique globale de l'offre déposée et a une valeur de 60 points, le second vise "l'attractivité des conditions financières consenties" et est noté sur 40 points; que le premier critère est divisé en six sous-critères auxquels des cotes ont été octroyées; que ledit article définit les deux critères et indique pour le second critère la manière de comparer les offres; qu'il prévoit encore, en son dernier alinéa, que le marché sera attribué "au soumissionnaire le moins cher la cote maximale (40 points), au soumissionnaire le plus cher la cote minimale [0 point], les autres recevant une cote intermédiaire calculée de manière linéaire par rapport aux 2 extrêmes"; que selon l'article 17 du C.S.C., il est possible pour les soumissionnaires de déposer des variantes; que l'article 17 précise l'objet, la nature et la portée de la variante; qu'il dispose que la variante autorisée consiste en "toute solution ou tout scénario de financement alternatif, permettant de réduire les coûts liés à l'utilisation de la plate-forme e-mailing ou encore de générer des revenus (par le biais, notamment de la monétisation de l'audience des médias e-mail)";

Considérant que la partie requérante fait valoir trois catégories de griefs, les premiers concernent la pondération des critères et sous-critères, les seconds l'attribution des cotations et les troisièmes l'appréciation de la variante; que pour ce qui concerne le grief pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993, il ressort clairement de la décision attaquée, reproduite ci-avant, que la partie adverse a précisément exposé la méthode qu'elle a suivie pour comparer les offres quant au premier critère, celui de la valeur technique; que les arguments exposés pour la première fois en plaidoiries, relatifs aux points obtenus par la société requérante pour les sous-critères 2, 3 et 6 ne sont ni recevables ni pertinents, puisqu'ils se fondent sur une comparaison des notes obtenues par la société requérante et la S.A. SELLIGENT alors que celle-ci n'a pas obtenu le marché; que la méthode de calcul suivie par la partie adverse est donc parfaitement compréhensible et la motivation est adéquate et suffisante; que pour ce qui concerne les griefs relatifs au second critère, celui de "l'attractivité des conditions financières consenties", l'article 13 du C.S.C. mentionne les paramètres de calcul ainsi que la manière d'attribuer les points; qu'en vertu de cette

disposition, la variante proposée par la S.A. CITOBI a obtenu 40 points tandis que la société requérante, sur la base d'un calcul proportionnel, a recueilli 29 points; que selon le C.S.C., à la suite de la comparaison des offres, le marché est attribué à l'offre économiquement la plus intéressante; qu'il est à relever que le grief fait à l'appréciation des offres au regard de l'attractivité financière est formulé de la même manière en ce qui concerne l'appréciation de la variante proposée par la S.A. CITOBI; qu'à cet égard, la partie requérante invoque la violation "du principe bonne administration et du principe d'égalité, du cahier spécial des charges et plus précisément de l'article 13, violation des articles 103, 113 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996"; que cependant, l'article 17 du C.S.C. définit l'objet, la nature et la portée de la variante et est donc conforme à l'article 115, alinéa 4, 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; que la partie requérante n'indique pas en quoi l'article 103 de cet arrêté aurait été violé et qu'on n'aperçoit pas d'irrégularité à cet égard; que l'article 113 dudit arrêté n'est pas applicable à l'espèce puisqu'il concerne les procédures d'adjudication et non les appels d'offres; qu'enfin, l'article 17 du C.S.C. permet de "proposer toute solution ou tout scénario de financement alternatif" non l'indication d'une somme; que s'agissant d'une variante autorisée relative au second critère "attractivité financière", elle ne pouvait être notée que conformément à l'article 13 du C.S.C., car une variante doit être comparée aux autres offres sur la base des mêmes critères; que le principe d'égalité a été respecté en l'espèce car le cahier spécial des charges informait précisément les soumissionnaires des éléments d'appréciation qui seraient pris en compte; que le moyen n'est fondé en aucun de ses griefs;

Considérant que la partie requérante expose un "risque de préjudice grave et difficilement réparable et extrême urgence"; que pour ce qui concerne le préjudice, elle allègue ce qui suit :

" L'existence d'un risque grave et difficilement réparable devrait être présumée dans le cadre de la procédure de Standstill. En effet, cette procédure n'a de sens que si elle permet un recours effectif, ce qui ne serait pas le cas si la recevabilité des recours indiqués par le législateur devait être systématiquement remise en question au motif qu'une indemnisation ultérieure est possible.

L'attribution du marché, si elle n'est pas suspendue, supprimerait pour la requérante la possibilité de se voir attribuer le marché.

Quoi qu'il en soit, vu son importance (des millions de courriers électroniques seront envoyés), et l'ampleur du marché, le marché est un marché de référence qui, en cas de non attribution à la requérante, lui cause un préjudice en terme d'image et d'opportunité qui dépasse le simple enjeu financier";

Considérant que selon l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 susvisée la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doit pas être apportée pour qu'une suspension soit ordonnée; qu'en revanche, l'alinéa 3 de cette disposition invite expressément l'instance de recours à procéder à "la balance des intérêts" en présence; que le Conseil d'Etat doit donc tenir compte des intérêts susceptibles d'être lésés, de l'intérêt public et refuser de suspendre lorsque les "conséquences négatives pourraient l'emporter sur [les] avantages";

Considérant pour reprendre une expression utilisée par le Premier auditeur rapporteur dans l'avis qu'il a donné à l'audience, qu'il convient de ne pas faire "rentrer par la fenêtre" l'ancienne condition relative au préjudice mais de faire une balance des intérêts; qu'en l'espèce, ni la partie requérante ni les pièces du dossier n'apportent le moindre élément qui permettrait de considérer que l'intérêt du requérant à obtenir le marché est supérieur aux autres intérêts visés par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-neuf août deux mille dix par :

M^{me} Odile DAURMONT,
M. Koté Tido GAYIBOR,

Président de chambre,
Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Koté Tido GAYIBOR.

Odile DAURMONT.