

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 207.502 du 22 septembre 2010

G./A.186.687/VI-17.686

En cause : **la société de droit grec
EUROPEAN DYNAMICS S.A.,**

ayant élu domicile chez
Mes Nikolaos KOROGIANNAKIS
et Nicolas DENIS, avocats,
place Jean Jacobs, n° 7,
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par :

1. le Secrétaire d'Etat à la Mobilité,
adjoint au Premier Ministre,
2. le Premier Ministre,
chargé de la Coordination de
la Politique de migration et d'asile,

ayant élu domicile chez
Mes Julie HELSON et
Johan VANDEN EYNDE, avocats,
avenue de la Toison d'Or, n° 77,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 14 janvier 2008 par la société de droit grec EUROPEAN DYNAMICS S.A. qui demande l'annulation de "la décision du 01 octobre 2007 prise par la Commission d'évaluation du SPF Mobilité et Transports [de l']exclure de la procédure d'attribution du marché de services 2003/59-0701 relatif à «l'informatisation-développement de l'infrastructure et des applications - software y compris gestion et maintenance d'un système central dirigé de questions d'examen gestion de la reconnaissance descentes d'examen et de recyclage et suivi des formations suivies dans le cadre des aptitudes professionnelles»";

Vu l'arrêt n° 177.595 du 4 décembre 2007 rejetant la demande de suspension d'extrême urgence;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 7 juin 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 1^{er} septembre 2010;

Entendu, en son rapport, M. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Mes Nikolaos KOROGIANNAKIS et Nicolas DENIS, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Laurent DELMOTTE, loco Mes Julie HELSON et Johan VANDEN EYNDE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur;

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 sont les suivants :

1. Par un avis de marché publié au Journal officiel des Communautés européennes et au Bulletin des Adjudications du 11 mai 2007, la partie adverse a lancé un marché public de services, à passer selon la procédure négociée avec publicité, ayant pour objet "l'informatisation, développement de l'infrastructure et des applications, software y compris gestion et maintenance d'un système central dirigé de questions d'examen, gestion de la reconnaissance des centres d'examen et de recyclage et suivi des formations suivies dans le cadre des aptitudes professionnelles".

Il s'agit d'un marché d'une durée de trente-six mois dont le montant estimé varie entre 3 et 4 millions d'euros.

2. Le 11 juin 2007, la partie adverse a reçu onze demandes de participation à la procédure d'attribution du marché, dont celle de la requérante.

3. Le 11 juillet 2007, la partie adverse a écarté une candidature.

Les dix autres candidats, dont la requérante, ont été invités à prendre connaissance du cahier spécial des charges dans les dix jours de l'envoi de la lettre les informant de leur sélection.

4. Le 12 septembre 2007, jour de l'ouverture des offres, il a été constaté que neuf offres ont été déposées.

5. Le 1^{er} octobre 2007, une commission d'évaluation s'est réunie pour évaluer les neuf offres.

Il ressort du procès-verbal de la réunion du 1^{er} octobre 2007 que quatre offres ont été jugées comme non conformes aux exigences du cahier spécial des charges, dont celle de la requérante, et que cinq soumissionnaires ont été sélectionnés pour continuer la procédure.

6. Les négociations ont été menées entre le 8 et le 12 octobre 2007.

7. Par une note du 9 novembre 2007, les services de la partie adverse ont transmis au Ministre le rapport d'adjudication et la proposition d'attribuer le marché à la société CRONOS.

Le 13 novembre 2007, le Ministre a marqué son accord sur cette proposition.

8. Par lettre recommandée à la poste datée du 14 novembre 2007 et envoyée le même jour, la partie adverse a informé l'ensemble des candidats évincés, dont la requérante, des motifs de leur éviction.

La requérante a ainsi reçu la lettre suivante :

" Une réunion d'évaluation a eu lieu le lundi 1^{er} octobre 2007 concernant les offres pour le cahier des charges n/ 2003/59-0701.

Votre offre a été examinée de façon approfondie.

De cet examen, il est apparu qu'elle ne répond pas aux exigences telles que décrites au cahier des charges pour les raisons suivantes :

«Page 12 du cahier des charges stipule textuellement :

"Le prestataire de services est chargé de délivrer un système (infrastructure et applications software) qui est opérationnel le 1^{er} septembre 2008 en ce qui concerne les fonctionnalités de la première phase, et le 1^{er} mars 2009 en ce qui concerne les fonctionnalités de la deuxième phase.

Les nécessités fonctionnelles pour la première phase sont :

C pour la direction «Sécurité routière» :

- o les use-cases nécessaires de la fonctionnalité «gestion des données de base»;
- o tous les use-cases de la fonctionnalité «identifier»;
- o tous les use-cases de fonctionnalité «appui de l'examen théorique sur PC»;
- o tous les use-cases de la fonctionnalité «appui de l'examen oral»;
- o tous les use-cases de la fonctionnalité «imprimer des documents»;
- o tous les use-cases de la fonctionnalité «gestion des questions d'examen»;
- o tous les use-cases de la fonctionnalité «gestion de l'administration».

C pour la direction «Navigation intérieure» : nihil.

Toutes les applications et autorisations relatives aux fonctionnalités ci-dessus doivent être opérationnelles à la fin de la première phase.

Les nécessités fonctionnelles pour la deuxième phase sont :"

Afin d'avoir une ligne de fond claire pour tous les candidats-soumissionnaires, l'administration a mis le nombre des centres d'examen sur 50.

Page 11 du cahier des charges dans par 12.3. Critères d'attribution (sic), stipule :

«Pour le choix de l'offre la plus intéressante, les offres régulières des soumissionnaires sélectionnés seront confrontées à une série de critères d'attribution.

Ces critères seront pondérés afin d'obtenir un classement final.

Liste des critères d'attribution et quotation (sic) finale :

1. Coût (40 points maximum)
 - Coût de l'investissement de base (sur base de 50 centres d'examen) : coût total jusqu'à l'acceptation de la deuxième phase (jusqu'au 1^{er} mars 2009);
 - Coût récurrent : coût mensuel à partir de l'acceptation;
 - ...»

European Dynamics prévoit un achat échelonné des adhésions dans les centres d'examen.

p.14 : Annexe 3 : bordereaux des prix :

"Nous avons fait l'hypothèse de l'adhérence de 10 centres d'examen pendant la première année, 30 pendant la deuxième année et 10 pendant la troisième année. Dans l'offre de base la bande passant de chaque centre d'examen dans l'IPvpn (réseau privé) est de 2 Mbits. Cette capacité est suffisante, étant donné qu'un serveur de coaching stockera les objets multimédias et du fait de la qualité de service élevée. Une option de 4 Mbits est aussi offerte."

Ceci veut dire aussi que l'offre de prix contient des éléments fautifs. Vu que le coût est un critère important dans l'évaluation (40 %), cette offre de prix ne peut pas être reprise dans la comparaison des soumissionnaires et donc l'offre de European Dynamics ne suffit pas.

Sur base des éléments ci-dessus European Dynamics est exclu de l'évaluation et des négociations vu qu'il n'est pas conforme aux exigences telles que décrites au cahier des charges.»

Par conséquent, vous n'êtes pas admis à la phase suivante de la procédure, notamment participation aux négociations relatives au présent cahier des charges.".

Cette notification mentionne ensuite l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993.

Il s'agit de l'acte attaqué.

9. La requérante a sollicité des explications sur les motifs de son éviction par un courrier du 19 novembre 2007 auquel la partie adverse a répondu le 22 novembre 2007.

10. Le 5 décembre 2007, la partie adverse a attribué le marché public à la S.A. CRONOS;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante indique que, contrairement à ce que soutient le Premier auditeur rapporteur, il ne se justifiait pas qu'elle étende son recours à la décision du 5 décembre 2007 par laquelle la partie adverse a attribué le marché public à la SA CRONOS; qu'elle précise que la durée d'exécution du marché est de trente-six mois, qu'elle n'a aucun intérêt à demander l'annulation de la décision d'attribution compte tenu de la durée de la "procédure judiciaire", que lorsque le Conseil d'Etat statuera sur le présent recours, l'exécution du marché par la société CRONOS sera soit terminée, soit en voie d'achèvement et qu'elle aurait eu intérêt à l'annulation de la décision d'attribution si l'exécution de celle-ci avait fait l'objet d'une suspension dans le cadre de la procédure d'extrême urgence qu'elle avait menée mais que la suspension n'a pas été prononcée par le Conseil d'Etat; qu'elle ajoute qu'en raison de l'absence de décision de suspension et compte tenu du temps écoulé, elle n'a présentement aucun intérêt à agir en annulation de la décision d'attribution du marché afin que celui-ci lui soit attribué et qu'elle en poursuive l'exécution; qu'elle fait valoir également "qu'à supposer que le marché [lui] soit attribué in fine [...], l'exécution du service «après-vente» [...] serait en réalité techniquement difficilement réalisable et économiquement non rentable en raison de problèmes inévitables de familiarisation de ses experts avec un outil informatique conçu et réalisé par la société CRONOS sa" de sorte qu'elle n'a dès lors aucun intérêt concret à postuler l'annulation de la décision d'attribution du marché; qu'elle soutient que "compte tenu de ces circonstances, la seule décision susceptible de faire grief est la décision

d'éviction du marché du 1^{er} octobre 2007" qui "constitue un acte interlocutoire faisant grief et susceptible de recours devant le Conseil d'Etat"; qu'elle précise aussi que "la partie adverse [ne lui a] jamais notifié la décision d'attribution du marché [...]", que "la non communication de la décision d'attribution constitue une infraction à la législation Belge [et] [...] au droit communautaire" et que dès lors "à considérer que le présent recours devait être étendu à la décision d'attribution, quod non, il ne peut [lui] être fait grief [...] d'avoir limité celui-ci à la seule décision d'éviction en raison de la non communication de la décision en question par la partie défenderesse";

Considérant que la requérante a pris connaissance de la décision du 5 décembre 2007 d'attribution du marché public à la SA CRONOS suite à la notification du mémoire en réponse de la partie adverse; que le fait que cette décision ne lui ait pas été notifiée par la partie adverse, ne l'empêchait nullement de solliciter sa suspension et son annulation dès qu'elle en fut informée; que la requérante s'est abstenue délibérément d'entreprendre cette décision car elle expose, dans son dernier mémoire, qu'elle estime ne pas avoir d'intérêt à en obtenir l'annulation; que, toutefois, l'intérêt d'un requérant à contester une décision l'excluant des négociations menées dans le cadre d'une procédure de marché public négociée consiste à conserver une chance de pouvoir de participer à la procédure d'attribution et d'obtenir le marché public; que si celui-ci est attribué alors que le recours à l'encontre de la décision l'excluant des négociations est encore pendant, le requérant ne conserve un intérêt actuel à ce recours que s'il entreprend la décision d'attribution en vue de conserver une chance de se voir attribuer le marché public et de l'exécuter lui-même; qu'en l'espèce, la requérante n'a sollicité ni la suspension, ni l'annulation de la décision d'attribution du 5 décembre 2007 et estime ne plus avoir d'intérêt à exécuter elle-même le marché public; qu'en outre, elle n'indique nullement quel avantage pourrait lui procurer la seule annulation de la décision l'excluant des négociations alors que subsisterait celle d'attribution du marché; que la requérante n'établit donc pas son intérêt au recours de sorte qu'il est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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

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

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.