

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 214.754 du 3 août 2011

A. 201.154/VI-19.181

En cause : **s.a. Euro Bureautic**,
ayant élu domicile chez
Me L. BERNARD, avocat,
boulevard Audent 15
6000 Charleroi

contre :

la ville de Bastogne.

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

Vu la requête unique, introduite le 22 juillet 2011 par la s.a. EURO BUREAUTIC, en ce qu'elle tend à la suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, de «la décision de la Ville de Bastogne du 07.07.2011 au terme de laquelle elle rejette implicitement le recours gracieux introduit par la SA Eurobureautic et confirme sa décision du 24.06.2011 attribuant le marché public de fourniture en location long terme (60 mois) de photocopieurs multifonctions à la SA JACLI [...] pour un montant de 154.248, 60 € HTVA»;

Vu le dossier administratif;

Vu l'ordonnance du 25 juillet 2011 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 1^{er} août 2011 à 10 heures;

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

Entendu, en leurs observations, Me N. TISON, *loco* Me L. BERNARD, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me P. MOERYNCK, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. E. THIBAUT, premier 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 les faits utiles à l'examen de la demande de suspension peuvent être résumés comme suit:

La ville de Bastogne a lancé un appel d'offre général pour un marché public de fournitures en location long terme (60 mois) de photocopieurs multifonctions. Il s'agit d'un marché à prix global, portant sur la location et l'entretien de 23 machines. Les besoins sont classés dans huit catégories d'appareils dont le cahier des charges et son rectificatif fournissent la description technique. Le cahier spécial des charges a fait l'objet d'un rectificatif portant sur les spécifications techniques et les taxes, portant le nombre de catégories d'appareils de sept à huit.

Sept offres ont été remises, parmi lesquelles figurent celle de la partie requérante.

Le 24 juin 2011, le collège communal décide d'attribuer le marché à la s.a. JACLI pour un montant de 154.248,60 euros. Cette décision est motivée comme suit:

«[...]

7 offres ont été remises:

	Société	Adresse			
1	Océ Belgium	Avenue Jules Bordetlaan, 32	1140	Bruxelles	Belgique
2	Ricoh	Medialaan, 28 A	1800	Vilvorde	Belgique
3	Xerox NG Partners S.A.	Rue de l'industrie, 15	8069	Bertrange	Luxembourg
4	EBS - Eicher Bureau Service	Rue de Rollingergrund, 221	2441	Luxembourg	Luxembourg
5	Jacli S.A.	Rue de France, 17	5580	Rocheftort	Belgique
6	Xerox Eurobureautic S.A.	Rue Auguste Picard, 40	6041	Gosselies	Belgique
7	Konica Minolta	Excelsiorlaan, 10	1930	Zaventem	Belgique

Après analyse des critères de sélection, les 7 offres remises sont régulières;

L'analyse des offres se fait suivant les critères d'attribution repris au cahier spécial des charges, énumérés ci-dessous :

Prix HTVA	35 points
Possibilités techniques du matériel et respect des différents modèles demandés	25 points
Service et Assistance	30 points
Ecologie	10 points

Critère n° 1 (35 points) :

Société	Prix Annuel HTVA Total	Points /35
Océ Belgium	31.700,76	28,22
Ricoh	32.425,44	27,58
Xerox NG Partners S.A.	29.779,68	29,93
EBS - Eicher Bureau Service	30.449,59	29,33
Jacli S.A.	30.843,72	28,98
Xerox Eurobureautic S.A.	35.579,76	24,78
Konica Minolta	24.063,81	35,00

Critère n° 2 (25 points) :

La Société Océ Belgium obtient la note de	19 points
La Société Ricoh obtient la note de	22 points
La société Xerox NG Partners S.A. obtient la note de	16 points
La Société EBS – Eicher Bureau Service obtient la note de	22 points
La société Jacli S.A. obtient la note de	21 points
La société Xerox Eurobureautic S.A. obtient la note de	25 points
La société Konica Minolta obtient la note de	20 points

Critère n° 3 (30 points) :

La société Océ Belgium obtient la note de	27 points
La Société Ricoh obtient la note de	30 points
La société Xerox NG Partners NG obtient la note de	15 points
La société EBS – Eicher Bureau Service obtient la note de	27 points
La société Jacli S.A. obtient la note de	30 points
La société Xerox Eurobureautic S.A. obtient la note de	30 points
La société Konica Minolta obtient la note de	24 points

Critère n° 4 (10 points) :

Toutes les sociétés soumissionnaires présentant des qualités tellement proches au niveau écologique répondant au cahier spécial des charges que le pouvoir adjudicateur décide de leur attribuer le maximum des points.

Tableau récapitulatif :

	Océ Belgium	Ricoh	Xerox NG Partners S.A.	EBS - Eicher Bureau Service	Jacli S.A.	Xerox Eurobu reautic S.A.	Konica Minolta	Maximum
Prix	28,22	27,58	29,93	29,33	28,98	28,78	35,00	35
Technique	19	22	16	22	21	25	20	25
SAV	27	30	15	27	30	30	24	30
Ecologie	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10
Total/100	84,22	89,58	70,93	88,33	89,98	89,78	89,00	100,00

Après analyse des critères d'attribution :

Considérant qu'il en ressort que trois sociétés sont très proches au niveau des points, à savoir :

Jacli S.A. avec une note de	89,98/100
Xerox Eurobureautic avec une note de	89,78/100
Ricoh	89,58/100

Considérant que de ces trois sociétés, Jacli S.A. est la seule à proposer une solution claire et précise en cas d'extension du parc copieur durant les 60 mois du contract;

Considérant que la Commune de Bastogne travaille avec la société Jacli S.A. depuis plusieurs années avec entière satisfaction tant au niveau des techniciens que des commerciaux;

Considérant que le matériel et le service de Jacli S.A. ont déjà fait leur preuve durant plusieurs années;

Vu la législation sur les marchés publics;

Vu la nouvelle législation communale,».

La décision d'attribution du marché est notifiée à la s.a. JACLI par un courrier recommandé du 27 juin. Cette décision est notifiée à la requérante par un courrier de la même date.

Par un courrier du 1^{er} juillet, le conseil de la requérante fait valoir qu'une erreur a été commise. Il expose notamment ce qui suit:

« [...]

En effet, pour des raisons inconnues, il a été tenu compte pour coter ma cliente sur le critère 1 - prix, d'un montant de son offre de 35.579,76 € alors que le prix remis par la SA XEROX EUROBUREAUTIC - page 35 de son offre - est de **32.713,71 €** !

Elle devait en conséquence obtenir, pour le critère 1, une note de 27 points au lieu des 24,78 points sur 35 lui attribués, ce qui, mathématiquement, la classe en première position avec 92 %.

Il ne fait aucun doute qu'en arrivant en première position avec plus de deux points de plus que la société JACLI, le marché devait nécessairement lui être attribué.

Je vous invite en conséquence à ne pas notifier et à retirer la délibération du Collège communal de ce 24 juin attribuant le marché public à la société JACLI et, eu égard aux éléments ci-dessus développés, d'attribuer le marché public à ma cliente, première classée.

[...]».

Il annonce qu'une demande de suspension d'extrême urgence sera introduite, mais qu'il «va de soi que le retrait de la délibération du Collège communal et une nouvelle décision d'attribution du marché à [sa] cliente mettraient fin à la procédure contentieuse».

Le 1^{er} juillet, constatant que «la s.a. EUROBUREAUTIC [...] a introduit une réclamation», le collège décide de suspendre sa décision du 24 juin 2011. Par des courriers de la même date, il en informe la s.a. JACLI ainsi que le conseil de la requérante. Ce dernier accuse réception de ce courrier le 4 juillet.

Le 5 juillet, le bourgmestre écrit ce qui suit à la requérante:

« [...]

Nous réservons une attention particulière à l'examen de ce dossier et souhaitons obtenir un délai d'un jour supplémentaire pour vous faire connaître notre décision.

Nous devons, en effet, en référer au Collège communal qui se réunira demain après-midi.

Notre Service Juridique prendra contact avec vous jeudi matin au plus tard pour faire part de la décision du Collège.

[...]».

Le 7 juillet, la requérante saisit le Conseil d'Etat d'une requête unique tendant notamment à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision du 24 juin. Cette affaire est enrôlée sous le n° 200.994/VI-19.169

Le 7 juillet 2011 également, est adressé aux conseils de la requérante un courrier rédigé de la manière suivante:

« [...]

Suite à votre lettre du 01/07/2011, nous avons constaté une erreur de calcul dans notre analyse des offres. Suite à la correction de cette erreur, l'attribution des points relatifs au critère prix passe de 24,78 à 28,07 pour votre société.

La société Jacli, avertie de ce problème, nous a alors signalé qu'elle avait constaté une erreur au niveau de l'analyse technique.

Le rapport d'analyse des offres signale en effet que votre modèle 2 couleur (WORKCENTER 7775) a un temps de préchauffage qui correspond au cahier spécial des charges (maximum 30 secondes) alors que la fiche technique de l'appareil consultée sur internet renseigne un temps de préchauffage de <130 sec.

Le service informatique a alors fait une nouvelle analyse de l'ensemble des critères techniques sur base des fiches techniques des machines proposées et non plus sur base des déclarations contenues dans les offres des soumissionnaires.

Suite à cette analyse, il s'avère que vos modèles ne répondent pas entièrement aux critères techniques demandés et que seul le modèle 1 est conforme. Pour la société Jacli, les modèles 1 et 4 sont conformes.

Sur base de cette nouvelle analyse, vos obtenez 69,07 points (4^{ème} position) et la société Jacli obtient 73,98 points (1^{ère} position).

Cette société n'est pas d'accord de reconsidérer uniquement l'erreur de calcul si on ne reconsidère pas l'appréciation technique pour les motifs repris ci-dessus.

La notification du marché ayant été signifiée à la S.A. Jacli, le Collège communal ne peut, évidemment pas l'adjuger à une autre société sauf si la société Jacli admet l'erreur d'analyse et se désiste, ce qui n'est pas le cas.

Nous restons à votre disposition pour tous renseignements et nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

PAR LE COLLEGE,

Le Secrétaire f.f.,
B. WELES.

Le Président,
Ph. COLLARD »

En vue de l'audience du 19 juillet, le conseil de la partie adverse a transmis, par un courrier électronique du 15 juillet, le tableau récapitulatif «classant les offres en fonction de tous les critères d'attribution mais après rectification de l'erreur de calcul de l'offre financière de la partie requérante [...] et après réexamen des critères techniques». Ce tableau se présente comme suit:

	Océ Belgium	Ricoh	Xerox NG Partners S.A.	EBS - Eicher Bureau Service	Jacli S.A.	Xerox Eurobu reautic S.A.	Konica Minolta	Maximum
Prix	28,22	27,58	29,93	29,33	28,98	28,07	35,00	35
SAV	27,00	30,00	15,00	27,00	30,00	30,00	24,00	30
Technique	1,00	2,00	1,00	5,00	5,00	1,00	0,00	25
Ecologie	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10,00	10
Total/100	66,22	69,58	55,93	71,33	73,98	69,07	69,00	

Par un arrêt n° 214.710 du 25 juillet 2011, le Conseil d'Etat constate que le recours introduit contre la décision du 24 juin a perdu son objet. Il décide de surseoir à statuer et de remettre l'affaire *sine die*;

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité de la demande de suspension; qu'en une première exception, elle fait valoir que la décision du 24 juin a été notifiée à la s.a. JACLI, en sorte que le contrat a été conclu et qu'une suspension de l'exécution de cette décision serait sans intérêt pour la requérante;

Considérant que le montant du marché est inférieur au seuil européen, en sorte qu'il a pu être conclu sans que doive être respecté le délai de temporisation prévu à l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative à certains marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; qu'il ressort par ailleurs de l'article 65/30, alinéa 3, de la même loi, inclus dans le titre 3 «Marchés n'atteignant pas les seuils européens», que «Une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution»; que l'application de cette disposition pourrait priver la requérante de tout intérêt au présent recours; qu'il n'apparaît toutefois pas indiqué de conclure d'emblée, sur le seul fondement de cette disposition, à l'irrecevabilité de la requête; qu'en effet, l'instance de recours visée par l'article 65/30, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993, n'est pas précisée par la loi elle-même; qu'il ressort du Rapport fait au nom de la Commission des Finances et du Budget de la Chambre des représentants qu'il ne peut s'agir que du juge judiciaire (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52 2276/003, p. 8); qu'il n'est pas certain que le législateur ait entendu lier la recevabilité d'un recours en référé administratif dans le domaine des marchés publics à une limitation apportée à la compétence de l'instance judiciaire de recours dans le même domaine; que le Conseil d'Etat est le juge de l'acte administratif de désignation du cocontractant de l'autorité adjudicatrice; qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur les effets, sur le contrat conclu, d'un arrêt de suspension de l'exécution dudit acte; que l'exception ne peut être retenue;

Considérant qu'en une seconde exception, la partie adverse fait valoir qu'elle a elle-même décidé de suspendre les effets de sa décision du 24 juin, mais qu'à l'examen, il semble toutefois que cette décision, postérieure à la notification du marché, soit sans effet, ce qui l'a conduite à écrire, le 7 juillet, qu'elle ne pouvait plus revenir sur sa décision; qu'elle expose que si le service informatique a effectué une vérification de l'ensemble des critères techniques des machines proposées, elle a ainsi fait savoir à la requérante qu'elle ne pouvait «adjuger le marché à une autre société sauf si la société JACLI admet[ait] l'erreur de l'analyse et se désist[ait], ce qui n'est pas le cas»; qu'elle estime que, dès lors qu'aucune nouvelle décision d'attribution n'a été adoptée par le collège communal tendant à nouveau à désigner la s.a. JACLI comme adjudicataire du marché litigieux, le recours est sans objet; qu'elle

soutient par ailleurs que le recours ne vise pas formellement une délibération du collège, mais bien une correspondance adressée par la partie adverse pour informer la requérante de sa position et qu'une telle correspondance ne modifie pas l'ordonnancement juridique, en sorte que, selon elle, la demande de suspension est à tout le moins irrecevable;

Considérant que le courrier du 1^{er} juillet contient une réclamation qui s'analyse comme un recours gracieux; que le collège, réuni le 1^{er} juillet, a d'ailleurs constaté lui-même qu'une réclamation avait été introduite et a décidé, pour ce motif, de suspendre sa décision du 24 juin; qu'un nouvel examen de l'affaire a été effectué par la partie adverse; que cet examen ne s'est pas limité au seul point mentionné dans la réclamation, mais qu'il a porté également sur le critère technique, le tableau transmis par le conseil de la partie adverse indiquant que les appréciations relatives à ce critère ont été systématiquement différentes de celles sur lesquelles se fondait la décision du 24 juin; qu'ainsi, alors que la requérante avait été initialement classée deuxième, avec un total de 89,78 points, derrière la s.a. JACLI, qui avait obtenu 89,98 points, le nouveau classement voit la requérante occuper désormais la quatrième place avec 69,07 points, la s.a. JACLI demeurant quant à elle première, mais avec seulement 73,98 points; que le résultat de cet examen a été porté à la connaissance de la requérante par le courrier du 7 juillet; qu'il y a lieu d'en conclure que ce courrier contient la décision qui devait nécessairement intervenir à la suite de la décision du collège de suspendre sa décision du 24 juin et que le bourgmestre annonçait d'ailleurs dans son courrier du 5 juillet; que la décision contenue dans le courrier du 7 juillet 2011, prise au terme d'un nouvel examen de l'affaire, et qui confirme, pour d'autres motifs, la décision du 24 juin attribuant le marché concerné à la s.a. JACLI, constitue une décision nouvelle, qui se substitue à celle du 24 juin; que, contrairement à ce que soutient la partie adverse, la requête identifie clairement l'objet du recours, l'absence d'indication de l'auteur de l'acte attaqué, qui se justifie d'ailleurs en raison des circonstances de l'espèce, n'étant pas de nature à induire en erreur; que la seconde exception d'irrecevabilité doit être rejetée;

Considérant qu'un premier moyen est pris de l'excès de pouvoir, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'article L 1222-4 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation; que la requérante fait valoir en substance que la décision attaquée, qui a été adoptée après un réexamen des offres et des critères d'attribution, constitue une nouvelle décision relative à l'attribution du marché et qu'elle relève de la compétence du collège communal, alors qu'il appert du courrier du 7 juillet 2011 que cet acte a été pris par les seuls bourgmestre et secrétaire communal, «par le collège», lequel ne s'est toutefois pas réuni, en sorte que la décision attaquée a été prise par un organe incompétent;

Considérant que la partie adverse expose que le moyen est irrecevable, dès lors que «la correspondance attaquée constitue un courrier d'information adressé le 7 juillet 2011 par la partie adverse au conseil de la partie requérante»; qu'elle souligne que, selon l'article L 1132-3 du Code précité, la correspondance de la commune est signée par le bourgmestre et contresignée par le secrétaire et que c'est dans ce cadre que le bourgmestre et le secrétaire communal ont signé le courrier du 7 juillet;

Considérant qu'il résulte des débats que le collège communal n'a pris aucune décision à la suite de la suspension qu'il a décidée le 1^{er} juillet et qu'il ne s'est même pas réuni à ce propos; que, partant, bien qu'il soit signé par le bourgmestre et le secrétaire communal «par le collège», le courrier du 7 juillet ne constitue pas la notification d'une décision du collège; qu'il s'en déduit que la décision qu'il contient, et qui attribue le marché à la s.a. JACLI, n'a pas été adoptée par l'organe compétent en vertu de l'article L 1122-4 du Code; que le moyen est sérieux;

Considérant qu'à propos de la balance des intérêts, la partie adverse écrit ce qui suit :

«Le marché litigieux n'est certainement pas un marché de référence et la partie requérante ne le prétend même pas. Il s'ensuit que le dommage que la partie requérante pourrait éventuellement subir est strictement financier. La partie requérante ne soutient pas non plus que ce dommage financier serait de nature telle qu'il la plongerait dans des difficultés insurmontables ou l'exposerait à une déconsidération de sa position sur le marché pertinent ou quoi que ce soit d'autre.

Pour la partie adverse, la disposition d'un parc de photocopieurs est en revanche indispensable à ses missions de service public. La partie adverse a exposé que ce parc est destiné à assurer l'impression et la copie de documents pour ses services administratifs, pour le service incendie, pour de nombreuses écoles, etc.

Toute l'action communale se trouverait donc littéralement empêchée si les documents ne pouvaient plus être imprimés ou reproduits là où ils doivent l'être, au moment où ils doivent l'être et dans la quantité où ils doivent l'être.

En l'état actuel des choses, la partie adverse poursuit sur sa lancée avec son ancien parc de photocopieurs et en comptant sur le bon vouloir de son fournisseur actuel de prolonger au coup par coup ses prestations. Cette situation est éminemment précaire puisque ce fournisseur, qui est la SA JACLI, pourrait fort bien ne plus faire preuve de bonne volonté. Il pourrait aussi décider de ne pas remplacer le matériel défaillant, jugeant pareille opération excessivement onéreuse au-delà du contrat échu.

Sur ce point, contrairement à ce que développe la partie requérante, le fait que le cahier spécial des charges prévoit que l'adjudicataire assurera l'enlèvement des anciens appareils sur les différents sites concernés n'a aucune incidence sur la continuité de l'ancien parc telle que décrite ci-avant.

Il s'ensuit que la balance des intérêts penche en faveur de la partie adverse et incline à ne pas suspendre l'exécution de l'acte attaqué.»;

Considérant que la partie adverse n'apporte aucune pièce permettant d'établir qu'il serait particulièrement urgent de procéder au remplacement de l'ensemble du parc actuel de photocopieuses; qu'en tout état de cause, force est de constater que la date d'ouverture des offres était fixée au 31 mars 2011 et que le cahier spécial des charges prévoit que le délai de validité des offres est de 180 jours calendrier; que la moitié de ce délai est actuellement écoulée, ce qui est de nature à contredire les affirmations de la partie adverse; que, par ailleurs, le Conseil d'Etat ne dispose d'aucune information relative à la date à laquelle le contrat en cours prend fin; qu'il n'apparaît donc pas que les arguments tirés de la continuité du service public doivent prévaloir sur celui de la légalité de la procédure d'attribution du marché public ni que les conséquences négatives de la suspension l'emportent sur ses avantages,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision, contenue dans le courrier du 7 juillet 2011 de la ville de Bastogne aux conseils de la s.a. EURO BUREAUTIC, attribuant à la s.a. JACLI le marché de fourniture en location long terme (60 mois) de photocopieurs multifonctions pour un montant de 154.248,60 € HTVA.

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 sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, siégeant en référé le trois août deux mille onze, par :

M. I. KOVALOVSKY,	président de chambre f.f.,
M. S. DJERBOU,	greffier assumé.

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

S. DJERBOU

I. KOVALOVSKY