

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 214.780 du 10 août 2011

G./A.201.235/VI-19.190

En cause : **la société anonyme de droit luxembourgeois
INFOBASE EUROPE,**

ayant élu domicile chez
Mes Benjamin DOCQUIR et
Manuela VON KUEGELGEN, avocats,
avenue Louise, n° 149/20,
1050 Bruxelles,

contre :

**l'Institut National d'Assurances Sociales
pour Travailleurs Indépendants**, en abrégé INASTI,

ayant élu domicile chez
Mes Jérôme SOHIER et
Augustin DAOUT, avocats,
avenue Emile De Mot, n° 19,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme COFACE SERVICES BELGIUM,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Louis LODOMEZ, avocat,
place du Champ de Mars, n° 5/11,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

La requête introduite le 27 juillet 2011 par la société anonyme de droit luxembourgeois INFOBASE EUROPE tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 29 juin 2011 du conseil d'administration de l'INASTI "portant attribution d'un marché public de services pour la consultation d'une banque de données informatisées pour les entreprises, écartant l'offre de la requérante et désignant l'offre de la société Coface Services Belgium comme étant l'offre régulière la plus intéressante".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 juillet 2011 convoque les parties à comparaître le 8 août 2011 à 11 heures.

L'ordonnance a été notifiée aux parties.

La société anonyme COFACE SERVICES BELGIUM a déposé à l'audience du 8 août 2011 une requête par laquelle elle demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

La partie adverse a déposé à la même audience une note d'observations et le dossier administratif.

Madame le Président de chambre Odile DAURMONT a exposé son rapport.

Me Benjamin DOCQUIR, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Augustin DAOUT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

Madame l'Auditeur Elisabeth WILLEMART a donné son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Par une délibération du 2 octobre 2002, le conseil d'administration de la partie adverse a attribué un premier marché relatif à la consultation d'une banque de données automatisée des personnes morales, à la société EURO DB (actuellement COFACE). Ce premier marché a été attribué à la suite d'une procédure d'appel d'offres restreint avec publicité européenne.

III.2. Par une délibération du 30 juin 2010, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé, d'une part, de procéder à une évaluation de la situation au sein de ses services opérationnels, informatiques et logistiques et, d'autre part, de lancer un nouveau marché d'une durée de quatre années maximum.

III.3. Un avis de marché a été publié au bulletin des adjudications en date du 14 janvier 2011 portant sur la consultation d'une banque de données informatisée pour les entreprises pour une durée d'une année, du 1^{er} mai 2011 au 30 avril 2012.

III.4. Lors de l'ouverture des offres, prévue le 9 mars 2011, la partie adverse a constaté que trois offres lui étaient parvenues, de la part des trois sociétés suivantes :

- la société COFACE pour un prix proposé de 51.000 euros (annuel)
- la société COMPANY WEB pour un prix proposé de 28.000 euros (annuel)
- la société INFOBASE pour un prix proposé de 152.000 euros (annuel)

III.5. Le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé en sa séance du 29 juin 2011 une motivation de décision d'attribution du marché public dont question, retenant l'offre émise par la société COFACE.

La motivation de cette décision est la suivante :

" [...]

EXAMEN DES CRITERES D'ATTRIBUTION (TRANCHE FERME)

Critères de qualité : 70 %

Les critères dits de qualité ont été examinés à partir d'essais effectués par un groupe d'utilisateurs attachés aux différents services opérationnels concernés (VOB, CNH, SOV/VOB, SOV/CNH, INF) (voir cahier des charges partie 1, article 29).

Ces testeurs, au nombre de 10, étaient répartis par service selon la clé suivante : 2 VOB, 3 CNH, 2 SOV/VOB, 2 SOV/CNH, 1 INF.

Ceux-ci avaient à donner, pour chacun des soumissionnaires, une cote (de 1 à 10) sur 16 sous-critères qui ont été préalablement établis pour définir les exigences des services utilisateurs.

CRITERES	N°	SOUS-CRITERES (sous forme de questions)	IMPORTANCE DES SOUS-CRITERES exprimée par un multiplicateur
RAPIDITE (25 %)	1	Les actes récents apparaissent-ils rapidement dans la banque de données?	1
	2	Obtient-on une copie d'un acte ancien tout de suite/rapidement /après un certain délai?	2
EXHAUSTIVITE (25 %)	3	Jusqu'à quand dans le passé les actes des sociétés sont-ils disponibles on-line?	2
	4	Existe-t-il une possibilité d'obtenir des copies d'actes très anciens?	2
	5	La liste des actes est-elle complète?	2

	6	Les relations entre les T.I. et les sociétés sont-ils clairement établis?	1
	7	Quelle est la qualité des informations concernant des activités de personne physique?	2
	8	Peut-on apprécier valablement la "santé" d'une entreprise?	0,5
	9	Cette data base aide-t-elle à découvrir une autre adresse d'une société introuvable?	1
	10	Cette data base aide-t-elle à déterminer de manière précise le début ou la fin d'une activité?	1,5
	11	Les écrans sont-ils disponibles dans les 2 langues et les noms des rubriques sont-ils clairs dans les 2 langues?	1
	12	Quelle est la qualité des informations au sujet des sociétés étrangères exerçant une activité en Belgique?	1
INFRASTRUCTURE (20 %)	13	Peut-on faire un «copy and paste» du contenu des actes?	1
	14	Quelle est la qualité des actes scannés?	1
	15	Comment jugez-vous la navigabilité dans la banque de données au point de vue convivialité?	1
	16	Comment jugez-vous la navigabilité dans la banque de données au point de vue rapidité?	1

Les cotes des testeurs ont été additionnées et calculées en fonction de l'importance respective des 3 critères d'abord (respectivement 25 %, 25 % et 20 %), des 16 sous-critères selon multiplicateurs de 0,5 à 2) ensuite.

CRITERES	COFACE	COMPANYWEB	INFOBASE
RAPIDITE (25 %)	507,31	309,83	490,29
EXHAUSTIVITE (25 %)	541,70	372,71	519,32
INFRASTRUCTURE (20 %)	274,48	272,38	282,86
TOTAL (70 %)	1.323,49	954,92	1.292,47
TOTAL PONDERE (offre ayant obtenu le plus de points = 70)	70	50,51	68,36

Critère prix : 30 %

CRITERES	COFACE	COMPANYWEB	INFOBASE
PRIX (30 %) en €	51.000	28.000	152.000
PRIX PONDERE (offre la moins chère = 30)	16,47	30	5,53

Tableau des critères

CRITERES	COFACE	COMPANYWEB	INFOBASE
QUALITE (70 %)	70	50,51	68,36
PRIX (30 %)	16,47	30	5,53
TOTAL (100 %)	86,47	80,51	73,89

CONCLUSION :

L'offre de la S.A. COFACE SERVICES BELGIUM est proposée pour assurer la consultation d'une banque de données informatisée pour les entreprises exerçant en Belgique (= tranche ferme du présent marché public) et ce, au prix annuel de € 51.000 HTVA, soit € 61.710 TVAC. Sur quatre années, ce montant s'élève à € 204.000 HTVA, soit € 246.840 TVAC.

Proposition approuvée en séance du Conseil d'administration du 29 juin 2011.

Note 1 : Sélection de COFACE

En ce qui concerne l'article 69 § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996, le choix de la firme COFACE, dont l'offre est jugée la plus avantageuse, est proposé malgré la condamnation dont elle a fait précédemment l'objet. Après examen des faits incriminés, il s'avère que ceux-ci remontent à près de 20 ans et concernent un fond (de la société ORT) qui est entré ensuite dans le patrimoine de COFACE. Ils sont jugés trop anciens pour avoir un effet sur le nouveau marché qui a été lancé précisément pour tout remettre à zéro.

Par ailleurs, l'offre de COFACE est la seule qui réponde aux besoins et intérêts du pouvoir adjudicateur. L'offre d'INFOBASE (dont la qualité est presque aussi élevée que celle de COFACE) est trois fois plus chère que celle de COFACE. Par ailleurs, la firme Companyweb, qui est la moins chère, propose un service qui est jugé peu satisfaisant. Tant sur les plans financiers et de la qualité des services, le choix de l'offre de COFACE répond à un souci de bonne gestion."

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA DEMANDE D'INTERVENTION

La société, en tant qu'attributaire du marché public litigieux a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. D'un premier examen, il ressort des pièces communiquées par la partie intervenante que sa requête est recevable.

Il y a, dès lors, lieu d'accueillir la requête en intervention introduite par la société anonyme COFACE SERVICES BELGIUM, dans la procédure en référé d'extrême urgence.

V. TROISIEME MOYEN

VI.1. Requête

La partie requérante invoque un moyen, le troisième de sa requête, de la violation des articles 65/4, alinéa 1^{er}, 5°, et 65/5, spécialement 6° et 7°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et, pour autant que de besoin, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle l'expose comme suit:

" En ce que la décision attaquée se borne à reproduire trois tableaux de notation des offres selon les critères de qualité et de prix ainsi qu'un tableau de synthèse de ces deux ensembles de critères;

Alors que la décision d'attribution d'un marché public doit exposer les raisons concrètes qui ont déterminé le choix du pouvoir adjudicateur,

Qu'il est constant qu'en appel d'offres, la seule mention des notes attribuées aux différents soumissionnaires ne satisfait pas à ces exigences et ne constitue, partant, pas une motivation au vœu de la loi,

Que la décision entreprise n'indique nullement les avantages et inconvénients respectifs qui ont conduit la partie adverse à attribuer aux soumissionnaires en lice les points obtenus au titre des différents sous-critères, qu'elle ne précise même pas,

D'où il suit que l'acte attaqué n'est pas régulièrement motivé (violation des dispositions visées au moyen).

Que le moyen est dès lors sérieux et a fortiori fondé.

Développements

Sur ce que la décision d'attribution doit permettre aux soumissionnaires évincés de comprendre les raisons pour lesquelles l'offre de leur concurrent a été retenue et doit rendre compte des avantages et inconvénients respectifs reconnues aux différentes offres en concurrence, voy. notamment C.E., s.p.r.l. T.E.A.U., 19 octobre 2005, n° 150.423 et C.E., s.a. CNIM e.a., 6 février 2006, n° 154.549.

Faisant application de ces principes, Votre Conseil a jugé à différentes reprises que "conférer une note à un élément ne suffit pas en soi à le justifier ni à l'objectiver" (C.E., s.a. Dalkia, 19 mars 2008, n° 181.351 ; C.E., s.a. Gestanet, 11 janvier 2010, n° 199.415).

Cette dernière décision en particulier relève qu'«un tableau de notes ne suffit pas à motiver formellement une décision d'attribution de marché en procédure d'appel d'offres»."

V.2. Note d'observations

La partie adverse expose ce qui suit dans sa note d'observations:

- " Le moyen invoqué repose sur un postulat inexact selon lequel la motivation de l'acte attaqué ne reposerait que sur la reproduction de trois tableaux de notation des offres.

Ceci est à tout le moins incomplet, puisque l'acte attaqué contient un paragraphe résumant la position de la partie adverse et permettant à chaque concurrent de comprendre les raisons qui ont justifié la décision adoptée :

«(...) l'offre de COFACE est la seule qui réponde aux besoins et intérêts du pouvoir adjudicateur. L'offre d'INFOBASE (dont la qualité est presque aussi élevée que celle de COFACE) est trois fois plus chère que celle de COFACE. Par ailleurs, la firme Companyweb, qui est la moins chère, propose un service qui est jugé peu satisfaisant. Tant sur les plans financiers et de la qualité des services, le choix de l'offre de COFACE répond à un souci de bonne gestion»

Ce paragraphe permet de différencier les offres reçues qui sont soit équivalentes d'un point de vue technique, mais très différentes d'un point de vue budgétaire, ou alors inégales d'un point de vue technique.

A toutes fins utiles, il convient de relever que le dossier administratif contient également un document reproduisant un tableau intermédiaire des résultats obtenus par chacun des soumissionnaires aux différentes questions posées, ceci permet d'explicitier davantage encore la décision attaquée."

V.3. Requête en intervention

Ce moyen n'est pas exposé dans la requête en intervention

V.4. Décision du Conseil d'Etat

Le cahier spécial des charges prévoit en son point 29 quatre critères d'attribution : le prix (30 %), l'exhaustivité et l'exactitude des informations mises à disposition (25 %), la rapidité dans l'adaptation des données (25 %) et la qualité de l'infrastructure technique (20 %).

Ces critères ont eux-mêmes été divisés en sous-critères (sous forme de question) et ont été pondérés.

La motivation de la décision attaquée, telle que reproduite ci-dessus, se borne cependant à la production de tableaux très synthétiques qui ne permettent pas de comprendre les raisons des notes qui y figurent. En effet, aucune comparaison des sous-critères qui ont permis d'arriver à ces notes globales n'est faite. Les tableaux détaillés à cet égard, visés au dossier administratif, n'ont pas été communiqués à la partie requérante de sorte qu'ils ne peuvent suppléer la carence de la motivation formelle de la décision attaquée.

Le troisième moyen est donc sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

VI.1. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse expose ce qui suit, quant à la balance des intérêts:

- " Conformément à l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 la partie requérante est dispensée de la démonstration de l'existence d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

En revanche, l'alinéa 3 de l'article 65/15 de la loi précitée énonce que «l'instance de 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».

Dans le cadre de l'examen de cette balance des intérêts, il convient de prendre notamment en considération le fait que le bon fonctionnement du service public concerné exige une certaine célérité, notamment eu égard au fait qu'initialement, il s'agit d'un contrat d'une année, expirant en avril 2012, renouvelable à trois reprises.

Plus fondamentalement, il convient d'avoir à l'esprit le fait que les griefs mis en évidence par la partie requérante, qui portent pour l'essentiel sur une prétendue contrefaçon dans le chef de la société COFACE bénéficiaire du marché, à les supposer fondés, demeurent naturellement de la compétence des tribunaux judiciaires (civils et/ou pénaux) au contentieux subjectif. En effet, si par hypothèse, les arguments de la société requérante étaient fondés et qu'en réalité, le marché confié à la société COFACE était exécuté en violation de ses droits d'auteur la requérante aurait la possibilité tout d'abord de démontrer la véracité de ces propos dans le cadre de l'exécution du marché et le cas échéant saisir les tribunaux compétents par une action en cessation ou une action en responsabilité.

En d'autres termes, à les supposer fondés, les griefs émis par la société requérante demeurent à ce stade prématurés et susceptibles d'être réparés ultérieurement.

Dans de telles circonstances, il convient de privilégier le fonctionnement optimal d'un service public et de permettre à la partie adverse de conclure le marché litigieux.

D'autre part, s'agissant de la situation de la requérante, des doutes peuvent être sérieusement formulés concernant le fait que le marché litigieux constituerait un marché de référence pour elle. Aucune information n'est donnée par la requérante au sujet de son chiffre d'affaires annuel, alors que l'on peut imaginer que la perte de ce marché n'est pas sérieusement susceptible de porter atteinte à sa stabilité financière.

Pour rappel, il a déjà été jugé qu'«un marché de référence est 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 titulaire une réputation toute particulière» (cfr C.E. 3 décembre 2010, n° 209.502, en cause, S.A. Polymedis). A l'évidence, il n'est nullement question de ceci en l'espèce."

VI.2. Requête en intervention

La partie intervenante expose quant à elle ce qui suit:

" Comme le souligne à juste titre l'INASTI :

- le nouvel article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 permet à INFOBASE d'introduire une action en suspension selon la procédure d'extrême urgence sans avoir à justifier d'un préjudice grave difficilement réparable;
- cette disposition ne dispense pas pour autant Votre Conseil d'effectuer une «balance des intérêts» en présence, avant d'accorder la suspension de la décision litigieuse;
- l'intérêt de la continuité du service public doit l'emporter en l'espèce dès lors qu'INFOBASE pourra obtenir adéquatement réparation de son préjudice devant les Tribunaux si sa thèse devait, quod non, se révéler fondée;
- il en va d'autant qu'il ne saurait être sérieusement soutenu que le marché en question constituerait un marché de référence pour INFOBASE.

La [partie intervenante] se limitera à ajouter que le seul intérêt poursuivi par INFOBASE consiste en réalité à pouvoir nuire indument à COFACE sans attendre un éventuel arrêt d'annulation et en anticipant sur l'issue des procédures judiciaires qu'elle espère, quod non, favorable à sa cause. Le recours lui aura par ailleurs permis de prendre connaissance de marchés importants obtenus par COFACE et ainsi de continuer sa propagande en envoyant aux administrations des courriers orientés visant à mettre fin à ces marchés sur la seule base des arrêts du 2 avril et du 11 septembre 2009.

Relevons enfin que si Votre Conseil devait envisager d'accorder la suspension sollicitée, il ne saurait dans ce cas se départir du fait que sa décision serait la seule à constater, même prima facie, l'existence d'une faute - autre que celle pour laquelle INFOBASE a déjà été indemnisée - dans le chef de société COFACE ... et ce alors qu'il n'est pas compétent pour statuer sur l'existence de la contrefaçon alléguée par INFOBASE."

VI.3. Décision du Conseil d'Etat

Aucune démonstration concrète n'est faite par la partie adverse de difficultés de nature à empêcher qu'une suspension de l'exécution de la décision attaquée ne puisse être ordonnée.

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme COFACE SERVICES BELGIUM est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du 29 juin 2011 du conseil d'administration de l'INASTI attribuant le marché public de services pour la consultation d'une banque de données informatisée pour les entreprises à la société anonyme COFACE SERVICES BELGIUM et écartant l'offre de la requérante.

Article 3.

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 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.