CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 215.185 du 16 septembre 2011

G./A.201.376/VI-19.203

En cause : **la société anonyme UNIJEP-KAISER,**

ayant élu domicile chez
Me Christian BOULANGE, avocat,
boulevard Frère Orban, n° 15/16 bte 11,
4000 Liège,

contre :

la province de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
François BELLEFLAMME, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

Vu la demande introduite le 11 août 2011 par la société anonyme UNIJEP-KAISER, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision prise le 07.07.2011 par la partie adverse de ne pas lui attribuer le marché public de fournitures ayant pour objet la réception, l'impression et la distribution de notes de cours et leur assemblage sous forme de syllabus nécessaires aux étudiants de la Haute Ecole de la Province de Liège (pour les années académiques 2011 à 2013), et de l'attribuer au seul autre concurrent en lice, à savoir la SPRL CENTER COPY de Grâce-Hollogne;"

Vu l'ordonnance du 30 août 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 13 septembre 2011 à 10 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. David DE ROY, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Pierre-Jean PICARD, loco Me Christian BOULANGE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me François BELLEFLAMME, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Eric THIBAUT, Premier auditeur 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 de la requête se résument comme suit :

La partie adverse a lancé un appel d'offres général pour un marché public de fournitures ayant pour objet la réception, l'impression et la distribution de notes de cours et leur assemblage sous forme de syllabus nécessaires aux étudiants de la haute école de la province de Liège, marché régi par le cahier spécial des charges portant la référence CP/GED/2011-05250.

Ce marché porte en substance sur :

- la collecte des supports pédagogiques auprès des enseignants;

- l'impression des notes de cours et leur assemblage sous forme de syllabus;

- la distribution des supports pédagogiques à l'ensemble des étudiants sur les dix sites de la haute école de la province de Liège.

La durée annoncée du marché est de deux ans, soit jusqu'au 30 juin 2013.

Les critères d'attribution tels que mentionnés en page 10 du cahier spécial des charges, par ordre décroissant d'importance, sont les suivants :

" 1) Délai (à fixer en jours calendrier) à dater de la commande pour la livraison sur les dix sites : 25 points

2) Prix global : 20 points

3) Modalités proposées par le soumissionnaire pour la collecte des notes : 15 points

4) Modalités proposées par le soumissionnaire pour la distribution des notes aux étudiants sur les 10 sites de la Haute Ecole : 15 points

5) Qualité du produit fini jugée sur échantillon fourni et sur documents similaires soumis : 15 points

6) Délai pour l'impression et l'assemblage complémentaire de syllabus : 10 points".

L'ouverture des offres s'est tenue le 30 juin 2011 et deux offres seulement ont été déposées, l'une émanant de la requérante et l'autre de la S.P.R.L. CENTER COPY de Grâce-Hollogne.

Par une délibération du 7 juillet 2011, le collège provincial de la province de Liège a décidé d'attribuer le marché "au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus intéressante, à savoir la S.P.R.L. CENTER COPY de Grâce-Hollogne aux conditions de son offre du 28 juin 2011 pour un montant estimé à 632.000,00 EUR HTVA". Cette décision constitue l'acte attaqué, lequel est libellé comme suit :

" […]

Considérant que les deux firmes peuvent être sélectionnées;

Considérant que les deux firmes ont remis l'ensemble des documents requis conformément à l'article 90 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, les échantillons ainsi que des copies de travaux avec satisfaction de clients et que leur offre peut être considérée comme conforme et régulière;

Attendu que ces offres peuvent être évaluées sur base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges : La société Unijep Kaiser propose des délais de livraison et d'impression pour assemblage complémentaire de syllabus plus importants, la société Unijep Kaiser propose de couvrir une période moins importante au niveau de la distribution des notes aux étudiants;

Attendu que le tableau récapitulatif suivant peut donc être établi :

	Unijep Kaiser	**Center Copy**
Délai (à fixer en jour calendrier) à dater de la commande pour la livraison sur les dix sites (/25)	18	25
Prix global (/20)	19,11	20
Modalités proposées par le soumissionnaire pour la collecte des notes (/15)	15	15
Modalités proposées par le soumissionnaire pour la distribution des notes aux étudiants sur les 10 sites de la Haute Ecole (/15)	7	10
Qualité du produit fini jugée sur échantillon fourni et sur documents similaires soumis (/15)	15	15
Délai pour l'impression et l'assemblage complémentaire de syllabus (/10)	7	10
TOTAL	**81,11**	**95**

Attendu que l'offre remise par la S.P.R.L. Center Copy de Grâce-Hollogne obtient le meilleur score et qu'elle peut être déclarée adjudicataire;

[…]

ARRETE :

Article 1 : Le marché de fournitures relatif à la réception, l'impression et la distribution de notes de cours et leur assemblage sous forme de syllabus destinés aux étudiants de la Haute Ecole de la Province de Liège est attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus intéressante, à savoir la S.P.R.L. Center Copy de Grâce-Hollogne aux conditions de son offre du 28 juin 2011 pour un montant estimé à 632.000,00 EUR HTVA.

Article 2 : Expédition du présent arrêté sera transmis à Monsieur le Ministre du Service public de Wallonie chargé des pouvoirs locaux pour exercice de la tutelle fixée par l'article 3122-2° du Code de la Démocratie Locale et de la Décentralisation.

[…]";

Considérant que la demande se donne pour premier objet la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer le marché public litigieux à la requérante; que sur ce point, elle est irrecevable; qu'en effet, en procédure d'appel d'offres, il revient au pouvoir adjudicateur de décider lui-même quelle offre est la plus intéressante; que, par ailleurs, ce même pouvoir adjudicateur dispose toujours de la faculté de renoncer à l'attribution du marché; que le Conseil d'Etat ne peut donc, à peine de substituer son appréciation à celle de la partie adverse, annuler la décision implicite de ne pas attribuer le marché public convoité au soumissionnaire requérant;

Considérant que la requérante soulève un premier moyen, pris de la violation de l'article 245 du Code Pénal, de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 78 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 et du principe d'égalité de traitement des concurrents ; qu'après avoir rappelé les termes des dispositions dont la violation est invoquée, elle relève que, bien que son nom n'apparaisse pas sur toutes et chacune des pièces du dossier, le concepteur du marché litigieux est Jacques DE CALUWE, fonctionnaire à la direction générale de la formation de la province de Liège, directeur-président à la haute école Léon-Eli Troclet, membre associé et administrateur de l'A.S.B.L. Centre d'Edition, de Fournitures et d'Aide pour la Lecture (ci-après désignée CEFAL), à laquelle la distribution des syllabus sur les différents sites d'implantation de la haute école avait été confiée dans le cadre du précédent marché, déjà attribué à la S.P.R.L. CENTER COPY; que, selon les informations qu'elle a pu obtenir, une convention de collaboration lie pour trois ans cette société à l'A.S.B.L. CEFAL; qu'elle retient de ces faits que Jacques DE CALUWE est indéniablement juge et partie, puisqu'il est à la base du choix de l'attributaire du marché entériné le 7 juillet 2011 par le collège

provincial de la partie adverse, et simultanément membre actif au sein d'un organisme qui est le principal partenaire ou sous-traitant de cet attributaire; qu'elle considère que, grâce à sa triple "casquette" et à sa parfaite connaissance du fonctionnement interne des hautes écoles de la province de Liège et de leurs besoins, Jacques DE CALUWE est susceptible de faire profiter le soumissionnaire avec lequel il souhaite travailler d'informations essentielles et privilégiées, telles l'accès au réseau informatique interne des hautes écoles pour annoncer la disponibilité des syllabus aux étudiants; qu'elle ajoute que, nonobstant la perspective de mise à la retraite de Jacques DE CALUWE, celui-ci devrait poursuivre l'exercice de ses fonctions au sein du CEFAL, de sorte qu'il a donc tout intérêt à ce que le CEFAL – via la S.P.R.L. CENTER COPY avec laquelle il est lié par une convention de collaboration – enlève le marché litigieux et plus spécifiquement l'important volet "distribution" dudit marché; qu'elle en conclut que la confusion d'intérêts est évidente, étant à cet égard indifférent le fait que le CEFAL ait emprunté la forme juridique d'une A.S.B.L.; qu'elle estime, s'autorisant d'arrêts du Conseil d'Etat qu'elle cite, que la violation des règles d'incompatibilité justifie l'annulation de la décision de l'administration d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis une offre suspecte au regard des règles d'incompatibilités; qu'à titre d'indice supplémentaire de partialité de la décision attaquée et de rupture manifeste de l'égalité de traitement des concurrents, la requérante dénonce également la motivation insuffisante du choix de l'attributaire et la bienveillance dirigée dans la comparaison des offres; qu'elle relève enfin, au titre de fait remarquable, méritant d'être signalé, qu'à une demande de précisions relative au quatrième critère d'attribution, Jacques DE CALUWE lui a répondu qu'il y avait "déjà sur l'affaire d'autres firmes qui étudient le problème de la distribution sous d'autres angles et ont l'intention de faire des propositions novatrices", ce qui la contraint à se demander, alors que seules son offre et celle de la S.P.R.L. CENTER COPY ont été déposées, comment Jacques DE CALUWE pouvait, avant de prendre connaissance de l'offre de cette société ou autrement, savoir que des "propositions novatrices" seraient présentées; qu'il lui apparaît, au vu de l'ensemble de ces considérations, que le premier moyen est sérieux et fondé;

Considérant que, dans sa note d'observations, la partie adverse considère d'emblée, au regard des dispositions dont la violation est invoquée, que la critique de la requérante manque en droit, dès lors qu'il n'est pas (et ne saurait être) prétendu, ni que Jacques DE CALUWE ait pris un intérêt dans l'adjudication, ni qu'il ait un intérêt dans l'une des entreprises soumissionnaires, ni encore moins qu'il ait remis une offre lui-même; qu'elle fait valoir, par ailleurs, que les deux circonstances supplémentaires mises en exergue par la requérante ne laissent pas davantage de doute, dès lors que, d'une part, la prétendue "bienveillance dirigée" dans la comparaison des offres n'existe pas, la requérante restant d'ailleurs en défaut de préciser cette critique, et que, d'autre part, l'échange de courriels entre Monsieur NEZER, de la société requérante,

et Monsieur DE CALUWE ne démontre nullement ce que la requérante entend lui faire dire; qu'enfin, s'autorisant de la doctrine relative à cette question, la partie adverse rappelle les conditions auxquelles, en vertu de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, l'existence d'un intérêt dans la passation d'un marché peut être établie, et démontre en quoi, à son estime, ces conditions ne sont pas réunies dans le cas d'espèce;

Considérant qu'en tant qu'il invoque la violation de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, le moyen est irrecevable; qu'en effet, cette disposition ne s'applique pas en l'espèce et le requérant ne fait d'ailleurs état d'aucun élément qui l'autoriserait à soutenir une interprétation contraire;

Considérant que, s'agissant de la violation alléguée de l'article 245 du Code pénal et de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, la requérante l'impute au rôle joué par Jacques DE CALUWE dans la procédure d'attribution du marché litigieux et aux relations qui l'unissent tant à la partie adverse qu'à l'A.S.B.L. CEFAL, laquelle a exécuté, en qualité de sous-traitant, une part des prestations afférentes au précédent marché attribué en 2010 à la S.P.R.L. CENTER COPY, bénéficiaire de l'acte attaqué; qu'elle soutient notamment que la confusion d'intérêts serait d'autant plus évidente que l'A.S.B.L. CEFAL et l'attributaire du marché litigieux auraient conclu une convention de collaboration pour une durée de trois ans; qu'elle n'établit toutefois pas à suffisance l'existence de cette convention, dont elle n'est pas davantage en mesure de préciser l'objet, de sorte qu'il n'est pas possible, particulièrement à l'occasion de l'examen d'une demande de suspension introduite selon la procédure de l'extrême urgence, d'apprécier l'effet éventuel de cette convention sur la régularité de la procédure qui a conduit à l'adoption de l'acte attaqué; que, par ailleurs, la requérante n'invoque aucun élément qui permettrait d'établir concrètement l'intérêt de Jacques DE CALUWE dans l'attribution du marché litigieux; que, déduisant pareil intérêt des seules relations qu'entretient cette personne avec différents intervenants, elle attache à celles-ci le caractère d'une présomption d'existence d'intérêt dans une hypothèse étrangère à celles que vise l'article 10, § 2, de la loi du 24 décembre 1993;

Considérant, pour ce qui concerne la violation du principe d'égalité des soumissionnaires invoquée par le moyen, qu'elle ne saurait être attestée par la convention de collaboration à laquelle se réfère la requérante, l'existence et l'objet de cette convention n'étant pas dûment établis; qu'elle ne saurait davantage résulter d'une bienveillance dirigée dans la comparaison des offres, ni des échanges, d'ailleurs non contestés par la partie adverse, que Jacques DE CALUWE aurait eus avec différentes firmes intéressées par le marché, dès lors que le caractère objectif des trois critères d'attribution pour lesquels la S.P.R.L. CENTER COPY a obtenu des cotes

sensiblement supérieures à celles de la requérante est de nature à écarter les risques de favoritisme et de partialité;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le premier moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la requérante soulève un second moyen, pris de la violation de l'article 65/5, 7°, de la loi du 24 décembre 1993 et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; qu'elle observe qu'il ressort de l'acte attaqué que pour trois des six critères d'attribution, en l'occurrence les critères 2, 3 et 5, la requérante et la S.P.R.L. CENTER COPY ont obtenu des cotations identiques ou très peu s'en faut, mais sans aucune espèce de motivation ; que, par ailleurs, en ce qui concerne les premier et sixième critères d'attribution où les différences de cotation font "clairement" la différence entre les deux offres, l'acte attaqué se borne à indiquer que "la société UNIJEP KAISER propose des délais de livraison et d'impression pour assemblage complémentaire de syllabus plus importants", élément que la requérante n'estime pas vérifiable en l'état, et dont elle doute même très sérieusement qu'il soit vérifié; qu'à cet égard, elle étaie son argument de considérations aux termes desquelles la S.P.R.L. CENTER COPY ne serait pas en mesure d'honorer les engagements souscrits au travers de son offre ; que, par ailleurs, la requérante expose, à propos du quatrième critère ("Modalités proposées par le soumissionnaire pour la distribution des notes aux étudiants sur les 10 sites de la Haute Ecole"), au regard duquel une différence de 3 points est constatée entre les deux offres, les raisons pour lesquelles cette différence ne lui paraît pas justifiée, alors, notamment, que son offre répondait aux exigences du cahier spécial des charges; qu'elle en conclut que le second moyen est sérieux et fondé;

Considérant que, dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir en substance que, au regard de la comparaison des deux offres, celle de la S.P.R.L. CENTER COPY était nettement supérieure à celle de la requérante, en ce qui concerne les trois critères que cette dernière met en exergue; qu'elle expose ensuite les considérations qui l'autorisent à soutenir qu'aucun des éléments avancés par la requérante pour contester cette appréciation ne saurait être considéré comme fondé;

Considérant qu'il apparaît, à la lecture de l'acte attaqué, que la décision d'attribuer le marché à la S.P.R.L. CENTER COPY résulte des cotes attribuées aux deux offres au regard des six critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges; que, s'agissant des premier, quatrième et sixième critères, les cotes sensiblement différentes qui ont été octroyées aux deux offres sont justifiées dans les termes suivants :

" La société Unijep Kaiser propose des délais de livraison et d'impression pour assemblage complémentaire de syllabus plus importants, la société Unijep Kaiser propose de couvrir une période moins importante au niveau de la distribution des notes aux étudiants" ;

que, sans doute succincte, cette motivation permet néanmoins de comprendre les raisons pour lesquelles l'offre de la S.P.R.L. CENTER COPY a été jugée la plus intéressante; que, pour le surplus, les doutes émis par la requérante sur la capacité de la S.P.R.L. CENTER COPY à honorer ses engagements, sont dénués de pertinence dans le cadre d'un moyen pris de la violation des dispositions légales en vertu desquelles la partie adverse était tenue de motiver formellement l'acte attaqué; qu'il est tout aussi vain, au regard de ces dispositions prétendument violées, de reprocher à la partie adverse d'avoir attribué à la requérante une cote inférieure pour le quatrième critère d'attribution, alors que son offre satisfaisait aux exigences du cahier spécial des charges; qu'il s'ensuit qu'en aucun des griefs qu'il formule, le second moyen n'est sérieux,

D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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, 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 seize septembre deux mille onze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. David DE ROY.