

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

n° 85.750 du 2 mars 2000
A. 89.702/XII-2462

En cause : la s.a. WASTE COLLECTION SYSTEMS BELGIUM,
ayant élu domicile chez
Me K. GEELLEN, avocat,
ayant son cabinet à HASSELT,
Gouverneur Roppesingel 131

contre :

l'Intercommunale voor huisvuilverwerking en milieuzorg
DURME-MOERVAART (IDM),
ayant élu domicile chez
Me M. SENELLE, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
chaussée de La Hulpe 110, boîte 5

partie intervenante :

la s.a. PLASTIC OMNIUM,
ayant élu domicile chez
Me K. VAN DER CRUYSSSE, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
rue des Échevins 71.

LE PRÉSIDENT DE LA XII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 21 février 2000, par laquelle la s.a. Waste Collection Systems Belgium demande en extrême urgence la suspension de l'exécution de la décision prise le 1^{er} février 2000 par le conseil d'administration de l'Intercomunale voor huisvuilverwerking en milieuzorg DURME-MOERVAART (IDM) d'attribuer le marché de fourniture et d'installation d'un système DIFTAR à la s.a. PLASTIC OMNIUM;

Vu la note de la partie défenderesse;

Vu l'ordonnance du 22 février 2000 fixant l'affaire à l'audience du 29 février 2000;

Entendu M. J. DE BRABANDERE, président de chambre, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me K. GEELLEN, avocat, qui comparaît pour la partie requérante, Me M. SENELLE, avocat, qui comparaît pour la partie défenderesse, et Me K. VAN DER CRUYSSSE, avocat, qui comparaît pour la partie intervenante;

Entendu M. J. STEVENS, premier auditeur, en son avis conforme;

Vu les articles 17 et 18 et le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que la s.a. PLASTIC OMNIUM demande à pouvoir intervenir dans le référé administratif; que la s.a. PLASTIC OMNIUM est le bénéficiaire de l'acte dont la requérante demande la suspension; qu'il y a lieu, dès lors, d'accueillir sa demande;

1. Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. Le conseil d'administration de l'Intercommunale voor huisvuilverwerking en milieuzorg Durme-Moervaart - ci-après en abrégé IDM - approuve le 26 octobre 1999 le cahier spécial des charges d'un appel d'offres général "projet DIFTAR IDM" relatif à l'instauration échelonnée d'un système d'identification et d'enregistrement fondé sur le pesage. Le marché comprend les lots suivants :

lot 1

Phase préliminaire d'étude, de consultation et de sensibilisation en ce qui concerne l'introduction du système DIFTAR (système de tarification différenciée pour la collecte des déchets); inventaire des conteneurs LFJ distribués dans le passé.

lot 2

Fourniture de conteneurs de collecte des déchets restants et des déchets LFJ.

lot 3

Développement du matériel DIFTAR, fourniture et placement de puces et d'appareils de lecture et de traitement. Formation du personnel.

lot 4

Enlèvement des conteneurs de collecte des déchets restants et adaptation des conteneurs LFJ existants en vue de permettre l'identification.

lot 5

Organisation du suivi

lot 6

Adaptation échelonnée des camions de ramassage des déchets ménagers en vue de l'enregistrement du poids et fourniture échelonnée de systèmes de chargement adaptés - formation du personnel.

Le projet est donc mis en oeuvre en plusieurs phases : dans les communes de Moerbeke et Zelzate dans une première phase, dans les communes de Wachtebeke et Zele dans une deuxième phase et dans les communes de Lochristi et Lokeren dans une dernière phase. Les métrés doivent être complétés pour les phases 1 et 2. En outre, le cahier spécial des charges prévoit que les différents lots sont considérés comme formant un tout indivisible.

1.2. L'avis de marché est publié au Journal officiel des Communautés européennes le 17 novembre 1999 et au Bulletin des adjudications le 26 novembre 1999.

1.3. Des offres sont remises par la s.a. EUROPARTNERS CORPORATION (KLIKO), la s.a. PLASTIC OMNIUM, la s.a. WCS BELGIUM et la s.a. JANSSENS CONTAINERDIENST. Elles sont ouvertes le 14 janvier 2000.

1.4. Une commission d'évaluation établit un rapport détaillé qui accorde à la partie intervenante 732 points sur 1000, à la requérante 674,5 points et à un troisième soumissionnaire 612 points, et qui propose d'attribuer le marché à la partie intervenante.

1.5. Le 1^{er} février 2000, le conseil d'administration de l'IDM attribue le marché à la s.a. PLASTIC OMNIUM. Cette dernière en est informée par lettre recommandée du 3 février 2000.

Également par lettre recommandée du 3 février 2000, l'IDM communique à la partie requérante que sa soumission n'est pas prise en considération.

1.6. Le 4 février 2000, la requérante demande que les motifs de la passation lui soient envoyés.

Par lettre du 8 février 2000, l'IDM transmet à la partie requérante le procès-verbal relatif à la décision attaquée prise le 1^{er} février 2000 par le conseil d'administration.

1.7. À la demande formulée par la requérante dans une lettre du 4 février 2000, l'IDM transmet le rapport détaillé de la commission d'évaluation à la partie requérante par lettre recommandée du 14 février;

2. Considérant que selon l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la suspension d'extrême urgence de l'exécution ne peut être ordonnée qu'à la triple condition que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte attaqué soient invoqués, que l'exécution immédiate de l'acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable et qu'il faille statuer en extrême urgence sur l'affaire;

3.1. Considérant que les parties défenderesse et intervenante soutiennent qu'il n'y a pas d'extrême urgence dès lors que la requérante n'a pas mis tout en oeuvre avec la diligence voulue pour éviter le préjudice qui la menaçait; que, selon elles, lorsqu'elle a consulté le procès-verbal relatif à la décision du conseil d'administration du 1^{er} février 2000, qui lui a été envoyé par lettre du 8 février 2000, la requérante avait déjà connaissance non seulement de la décision attaquée mais aussi de ses motifs; qu'elles soulignent que le recours à la procédure de l'extrême urgence, qui limite strictement les droits de la défense, doit demeurer l'exception et qu'il implique que la requête en suspension doit être déposée sans délai "dès qu'il y a des indices de moyens apparemment sérieux et à première vue fondés";

3.2. Considérant qu'en ce qui concerne l'évaluation des offres sur la base des critères d'attribution justifiant que la préférence a été accordée à la partie intervenante, le procès-verbal précité se limite en substance à faire référence au classement des offres en fonction des points qui leur ont été attribués dans le rapport de la commission d'évaluation; qu'en effet, hormis ce classement par points, il peut seulement se déduire du procès-verbal précité que la requérante dispose de ressources propres limitées, à la différence de la partie intervenante qui dispose d'une solide structure financière et organisationnelle et d'une expérience spécifique étendue et que la circonstance que son offre obtient de meilleurs points pour l'ensemble des critères est due à la partie "Organisation du suivi", sans qu'il soit apporté de précision; qu'il ne peut donc guère être reproché à la requérante d'avoir demandé - d'ailleurs très rapidement - la communication du rapport précité de la commission d'évaluation et d'avoir introduit

sa demande rapidement après avoir eu connaissance de ce rapport; qu'en outre, il faut observer que la partie intervenante avait déjà été informée de l'approbation de son offre et que l'exécution du marché avait manifestement déjà été entamée; que, par conséquent, ce n'est pas à tort que la partie requérante a invoqué à l'extrême urgence;

4.1.1. Considérant que dans un premier moyen, la partie requérante fait valoir la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 110 et 115 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 ainsi que de l'obligation de motivation matérielle, en ce que la commission d'évaluation a attribué les points au critère du prix sur la base de la cotation moyenne des prix proposés pour la soumission de base et des prix proposés pour la soumission relative à la variante 2 pour le lot 5 et en ce que la décision d'attribution tient compte de la dernière composition du marché, alors que conformément aux dispositions invoquées, le marché ne peut être attribué qu'au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus intéressante compte tenu des critères d'attribution du cahier spécial des charges, ce qui implique une évaluation correcte de tous les critères et la prise en considération des variantes proposées;

Considérant que, dans ce moyen, la requérante explique qu'en ce qui concerne l'attribution des points pour le critère du prix, il a d'abord été donné des points aux versions de base proposées des différents lots, puis à ces mêmes versions de base à l'exception toutefois du lot 5 pour lequel la variante obligatoire 2 a été prise en considération et qu'ensuite, il a été procédé au calcul de la moyenne des points obtenus par chaque candidat selon ces deux méthodes d'évaluation; que, selon la requérante, cette pratique n'est pas admise étant donné qu'il faut prendre comme base soit le prix moyen pour toutes les variantes proposées, soit - et de préférence - le prix de la variante choisie en définitive; que la requérante estime que cette obligation découle de l'article 115, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et résulte également - en ce qui concerne les adjudications - de l'article 113, alinéa 1^{er}, du même arrêté royal;

4.1.2. Considérant que les parties défenderesse et intervenante répondent en premier lieu qu'une cotation fondée sur les exécutions de base n'aurait été moins intéressante que pour la requérante, en deuxième lieu que la méthode suivie tenait compte de la réunion des lots et était dès lors conforme à l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et enfin que l'article 113, alinéa 1^{er}, du même arrêté royal ne s'applique qu'aux adjudications pour lesquelles il faut simplement tenir compte du critère du prix

alors que le classement a effectivement été établi sur la base d'un seul classement fondé sur des lots et des variantes libres;

4.1.3. Considérant que l'article 16 de la loi précitée du 24 décembre 1993 dispose qu'en appel d'offres général ou restreint, le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, en tenant compte des critères d'attribution; que selon l'article 115, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur choisit l'offre régulière qu'il juge la plus intéressante en fonction de critères variables suivant le marché et si une amélioration de l'offre est proposée en cas de réunion de plusieurs lots, le choix de l'adjudicataire est déterminé par le groupement de lots qui forme l'offre la plus intéressante au sens de l'article 16 de la loi précitée;

Considérant qu'en cas d'application de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 à un appel d'offres avec variantes et selon une valeur exprimée en points, l'offre la plus intéressante sera, parmi la version de base et les variantes pour l'exécution desquelles le pouvoir adjudicateur a en définitive opté, celle qui a obtenu le plus grand nombre de points; que dans l'affaire à l'examen, la partie défenderesse a choisi la version de base de tous les lots, sauf en ce qui concerne le lot 5, pour lequel son choix s'est porté sur la variante obligatoire 2; qu'en ce qui concerne le prix des offres, il fallait donc procéder à une cotation de la version de base de tous les lots, sauf du lot 5, pour lequel l'offre relative à la deuxième variante devait être prise en considération; que ce principe est également énoncé dans l'article 113, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, bien qu'il ne s'applique pas aux appels d'offres, ainsi que dans l'article 115, alinéa 1^{er}, du même arrêté royal, bien qu'en l'espèce sa deuxième phrase ne soit pas applicable comme telle dès lors qu'aucune offre concernant des lots distincts ne pouvait manifestement être remise; que le moyen est sérieux;

4.2.1. Considérant que, dans un deuxième moyen, la requérante allègue la violation de l'article 16 de la loi précitée du 24 décembre 1993 et des articles 110, § 1^{er}, et 115, alinéas 1^{er} et 2, de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996, ainsi que de l'obligation de motivation matérielle, en ce que la commission d'évaluation a attribué les points au critère du prix sur la base de la cotation moyenne des prix proposés pour la soumission de base et des prix proposés pour la soumission relative à la variante 2 pour le lot 5 et en ce que la décision d'attribution tient compte de la dernière composition du marché, alors que conformément aux dispositions invoquées, le marché ne peut être attribué qu'au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus intéressante compte tenu des critères d'attribution du cahier spécial des charges, ce qui implique une

évaluation correcte de tous les critères, et alors que la disposition énoncée à l'article 115, alinéa 2, de l'arrêté royal précité y ajoute que le cahier spécial des charges peut fixer l'ordre des critères d'attribution, ce qui implique que cet ordre doit être respecté;

Considérant que la requérante explique à propos de ce moyen que pour la cotation de l'élément 'prix' on a élaboré un système dans lequel le prix moyen de chaque lot a été fixé à 50 pour cent des points à obtenir et le nombre maximal de points a été attribué pour 50 pour cent de cette moyenne, que, cependant, ce système est manifestement déraisonnable et démesuré et, en outre, il modifie le système de l'ordre des critères fixé par le cahier spécial des charges, dès lors qu'il en résulte que seuls les prix irrégulièrement bas peuvent obtenir de bons points, et en ce que, même avec des prix nettement plus intéressants, il n'est pas possible d'atteindre un pourcentage raisonnable du maximum, alors que tel est bel et bien le cas pour des critères autres que le prix, de sorte que le nivellement du rapport de la valeur des offres entre elles est excessif;

4.2.2. Considérant que les parties défenderesse et intervenante répondent que la requérante se réfère uniquement aux lots pour lesquels son prix est plus intéressant que celui de ses concurrents, que le système est objectif car il est appliqué pareillement à toute soumission, que la requérante se réfère à tort à l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, étant donné que celui-ci ne s'applique qu'aux adjudications pour lesquelles le prix est l'unique critère, que choisir une fourchette inférieure - plus particulièrement, attribuer des points minimaux et maximaux aux offres se situant 15 pour cent en dessous et au-dessus de la moyenne, au lieu de 50 pour cent - reviendrait à nier le critère du prix, dès lors qu'il y aurait un nivellement des soumissions en ce qui concerne le prix : les soumissions plus élevées seraient pénalisées dès qu'elles dépasseraient un tant soit peu la moyenne, système qui serait très subjectif; que les parties précitées soulignent également qu'une variation de 50 pour cent par rapport au prix moyen est acceptable, étant donné qu'une qualité supérieure entraîne des prix supérieurs et cette qualité, évaluée dans les autres critères d'attribution, est essentielle au regard de l'obligation sociale consistant à exercer adéquatement la tâche prescrite par la loi, que le service et la qualité offerts doivent effectivement se traduire en espèces et ont donc un effet sur le prix offert, que des comparaisons aux adjudications pures et simples ne sont pas pertinentes, dès lors que, dans ce cas, la qualité et la quantité sont décrites clairement dans le cahier spécial des charges et le métré, qu'il est sans pertinence d'affirmer qu'en égard aux cotations relatives aux autres critères, le résultat maximal en ce qui concerne le critère du prix devrait donc être de 80 pour cent des 250

points, dès lors que chaque critère a été évalué indépendamment des autres et que le contraire ne serait pas objectif;

4.2.3. Considérant que dans le cas d'un appel d'offres, la notion de prix irrégulier ne recouvre pas le même contenu que dans celui d'une adjudication dès lors que, comme les parties défenderesse et intervenante le déclarent à bon droit, contrairement à ce qui est prévu dans le cas d'une adjudication, d'autres critères y jouent un rôle plus ou moins prépondérant selon la nature du marché et la partie concernée de celui-ci; que, cependant, alors qu'il est attribué au critère du prix un rôle déterminé dans la cotation totale - ordre et/ou pondération -, les variations éventuelles dans l'attribution des points en ce qui concerne ce critère doivent en quelque sorte aller de pair avec celles qui sont possibles - ou qui sont accordées dans la pratique - pour les autres critères; que dans l'affaire à l'examen, le critère du prix, mentionné en premier lieu dans le classement, comptabilise, pour l'ensemble des lots, 250 points sur un total de 1.000; qu'une comparaison avec les points attribués par la commission d'évaluation aux autres critères montre que les cotations les plus élevées - obtenues en général par la partie intervenante - étaient la plupart du temps largement au-dessus des 80 pour cent du maximum et, en ce qui concerne le prix, le résultat le plus élevé - celui de la requérante selon les deux méthodes décrites dans le premier moyen - n'était que de 50 à 58 pour cent; que, dès lors, le critère du prix, qui en valeur est le plus important, semble en effet être dévalué par rapport aux autres critères; que le moyen est sérieux;

5.1. Considérant que la partie défenderesse conteste l'intérêt de la requérante à invoquer les moyens allégués, dès lors que par la méthode de cotation qu'elle propose pour le critère du prix, prévoyant une fourchette de 15 voire 20 pour cent au-dessus et en dessous de la moyenne des prix proposés, son nombre total de points n'excéderait pas celui de la partie intervenante;

5.2. Considérant, dans un premier temps, que pour procéder à une nouvelle cotation par points du prix, sur une autre base, la commission d'évaluation ne doit pas nécessairement se fonder sur une fourchette de 15 ou 20 pour cent; qu'en outre, les simulations effectuées par la partie défenderesse se basent sur la moyenne entre l'offre de base et la variante 2 pour le lot 5, ce qui n'est possible que si le premier moyen n'est pas jugé sérieux; qu'à première vue, il ne peut, dès lors, pas être considéré comme exclu qu'une évaluation conforme aux considérations formulées ci-dessus à propos des premier et deuxième moyens pris globalement conduise à un autre classement, alors qu'il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant en référé d'extrême urgence, de passer en revue toutes les options possibles;

6.1. Considérant que la requérante fait valoir comme préjudice grave difficilement réparable qu'elle est spécialisée dans les systèmes de collecte de déchets, que la majeure partie du marché est toutefois sous le contrôle de la partie intervenante à laquelle sont attribués presque systématiquement tous les marchés, qu'il est dès lors essentiel pour elle que davantage de marchés lui soient attribués afin d'accumuler ainsi des références et que les dommages et intérêts ne peuvent dès lors constituer pour elle un rétablissement adéquat de la légalité; qu'en outre, la requérante souligne qu'il s'agit en l'espèce d'un des premiers marchés visant à mettre en oeuvre le système "DIFTAR" avec service après-vente consécutivement à la fourniture des conteneurs, dont l'installation est envisagée par de très nombreuses communes; qu'enfin, elle soulève que, vu son chiffre d'affaires actuel de 85.000.000 francs par an et comparé à la valeur totale du marché s'élevant à 73.531.670 francs sur cinq ans, ce marché était pour elle également primordial sur le plan financier et crucial pour sa subsistance;

6.2. Considérant que les parties défenderesse et intervenante répondent que la requérante formule son préjudice grave difficilement réparable en des termes très vagues, qu'à cet égard, il ne suffit pas de déclarer que le marché est crucial pour elle, qu'il ne suffit pas non plus de constater qu'elle-même et la partie intervenante sont concurrentes, que, d'ailleurs, il n'est pas exact que la partie intervenante est le leader du marché, dès lors que cette place est occupée par la s.a. WATCO; que les parties défenderesse et intervenante estiment en outre que de toute façon, le marché ne peut plus être attribué à la requérante, dès lors qu'il prévoit un calendrier très strict en raison des prochaines élections communales, en sorte que le système doit être opérationnel pour le 1^{er} juillet 2000 et que, si l'attribution doit être suspendue, le conseil d'administration de la partie défenderesse recourra à l'option autorisée par le cahier spécial des charges, de ne pas attribuer le marché et de recommencer toute la procédure après les élections communales;

6.3. Considérant qu'il ne peut guère être contesté que le marché concerné aurait un impact important sur le chiffre d'affaires de la requérante; que ses arguments avancés à propos de la pénétration d'un marché assez nouveau sur lequel la partie intervenante, même si elle n'est probablement pas leader du marché, y est tout de même manifestement déjà un acteur de premier plan, paraissent suffisamment convaincants; qu'il n'est pas possible de prévoir si, en cas de suspension, le conseil d'administration de la partie défenderesse interrompra toute la procédure jusqu'après les élections communales; que, s'il en va ainsi, il ne restera d'ailleurs à la requérante qu'à choisir entre ne pas obtenir du tout le marché ou attendre que les élections communales soient terminées; que la condition du préjudice grave difficilement réparable est remplie,

D É C I D E :

Article 1er.

La demande d'intervention de la s.a. PLASTIC OMNIUM dans la procédure en suspension est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 1^{er} février 2000 par le conseil d'administration de l'Intercommunale voor Huisvuilverwerking en Milieuzorg Durme-Moervaart (IDM) d'attribuer le marché de fourniture et d'installation d'un système DIFTAR à la s.a. PLASTIC OMNIUM.

Article 3.

Les dépens relatifs à la demande de suspension sont réservés.

Les dépens de l'intervention dans la procédure de suspension, liquidés à la somme de cinq mille francs, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le deux mars 2000, par :

M.	J. DE BRABANDERE,	président de chambre,
Mme	S. DOMS,	greffier.

Le greffier,

Le président,

S. DOMS

J. DE BRABANDERE

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1ER, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.