

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.338 du 26 novembre 2014

G./A.214.079/VI-20.295

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée
IMMUCOR GAMMA BENELUX,
2. la société par actions simplifiée IMMUCOR FRANCE,**

ayant élu domicile chez
Mes Bob MARTENS et
Kim MORIC, avocats,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
le Centre Hospitalier Régional de la Citadelle,**
en abrégé CHR Citadelle,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 28 octobre 2014, la société privée à responsabilité limitée IMMUCOR GAMMA BENELUX et la société par actions simplifiée IMMUCOR FRANCE sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de

" la décision de la Partie adverse, prise le 3 octobre 2014, d'attribuer le marché public de fournitures concernant «Fourniture, mise en service et maintenance d'un analyseur d'immuno-hématologie» à la société DIAMED BENELUX;

la décision de la Partie adverse de ne pas attribuer le marché public de fournitures concernant «Fourniture, mise en service et maintenance d'un analyseur d'immuno-hématologie» à IMMUCOR".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 29 octobre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 novembre 2014 à 10 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Alain DELFOSSE, loco Mes Bob MARTENS et Kim MORIC, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann-Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en 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. Le Centre hospitalier régional (CHR) de la citadelle à Liège a fait publier au Bulletin des adjudications du 15 janvier 2014 et au Journal officiel de l'Union européenne du 18 janvier 2014 un marché public de fournitures ayant pour objet la "fourniture, mise en service et maintenance d'un analyseur d'immuno-hématologie".

III. 2. Le mode de passation retenu est "l'appel d'offres ouvert". Les deux critères d'attribution sont définis et pondérés comme suit : soixante points pour le coût et quarante points pour la valeur technique.

III. 3. Le 4 mars 2014, la partie adverse a constaté le dépôt de trois offres.

III. 4. Par courrier daté du 3 octobre 2014 la partie adverse informe la première partie requérante de sa décision d'attribuer le marché public à un autre soumissionnaire, la société DIAMED BENELUX.

Il s'agit du premier acte attaqué.

III. 5. Un rapport d'examen des offres est joint à ce courrier du 3 octobre 2014. Il ressort de ce document que soixante points ont été attribués à DIAMED BENELUX et zéro à IMMUCOR GAMMA BENELUX pour ce qui est du coût et que trente-sept points ont été attribués à DIAMED BENELUX et vingt-deux à IMMUCOR GAMMA BENELUX pour ce qui est de la valeur technique. Le classement final des offres régulières s'établit comme suit :

"

N°	Nom	Score	Prix TVAC*
1	DIAMED BENELUX	97	161.924,00 €
2	IMMUCORGAMMA BENELUX	22	112.121,00 €

* Montants contrôlés

N.B.- Le calcul du coût tient compte de l'économie – avec l'automate proposé par DIAMED – d'un demi équivalent temps plein de technicien Labo soit 55.000 € / an x $\frac{1}{2}$ x 5 ans = 137.500 € sur 5 ans. C'est ainsi que le coût sur 5 ans avec l'automate de DIAMED est de 161.924 € – 137.500 € = 24.424 € TVAC".

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

IV. RECEVABILITE

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité en ce qui concerne la seconde requérante. Elle relève, en effet, que l'offre déposée dans le cadre du marché public litigieux a uniquement été déposée par la première requérante et que par conséquent, la seconde requérante n'a pas la qualité de soumissionnaire au marché public litigieux et ne dispose dès lors en l'espèce d'aucun intérêt au sens de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

A l'audience, les parties requérantes admettent que la seconde requérante est sans intérêt à la cause.

Au vu de ce qui précède, il convient de constater le défaut d'intérêt à agir de la seconde requérante. La requête est, en conséquence, irrecevable en ce qu'elle émane de la seconde requérante.

V. SECOND MOYEN – PREMIERE BRANCHE

V.1 Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un second moyen de la violation du principe général du droit à l'égalité de traitement consacré par les articles 10 et 11 de

la Constitution, des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence et du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence.

Dans une première branche, elles reprochent à la partie adverse d'avoir, après l'ouverture des offres, "inventé une formule de calcul permettant de donner la meilleure pondération pour le critère d'attribution du prix à l'offre présentant pourtant le prix le plus élevé". Elles expliquent qu'en effet, la partie adverse a, "dans son calcul des points accordé à la société DIAMED BENELUX pour le critère d'attribution du prix, modifié le prix de son offre de 161.924,00 € T.V.A.C. pour le réduire à un montant de 24.424,00 € T.V.A.C. en décomptant l'économie présumée que son offre générerait sur une période de 5 ans, alors que cette faculté d'altérer le prix offert par un critère d'attribution ou un sous-critère d'attribution fondée sur l'économie présumée sur une période de 5 années n'est pas précisée dans l'avis de marché ni dans le cahier spécial des charges".

Elles rappellent ensuite la teneur du rapport d'examen des offres qui retient d'une part dans l'évaluation de la valeur technique l'"avantage important [de l'offre de DIAMED BENELUX] en terme de praticabilité car c'est la technique utilisée actuellement au Laboratoire en manuel et en garde et ceci permettra d'économiser ½ ETP [équivalent temps plein] de technicien Labo" et utilise également cet avantage dans l'évaluation du coût de l'offre en extrapolant sur cinq ans l'économie ainsi escomptée.

Les parties requérantes font valoir que ce procédé est critiquable, dès lors que ni l'avis de marché, ni le cahier spécial des charges ne prévoyaient qu'il serait tenu compte d'une éventuelle économie en frais de personnel réalisée grâce à la fourniture qui faisait l'objet du marché.

Elles estiment qu'en "tenant compte de cette économie présumée, la partie adverse a ajouté, après l'ouverture des offres, un sous-critère d'attribution, voire un critère d'attribution" et qu'en "opérant une compensation entre ce nouveau critère d'attribution – inconnu des soumissionnaires – et le critère d'attribution du prix, la partie adverse a complètement dénaturé ce dernier. Ce faisant, la partie adverse a, selon elle, déjoué les prévisions raisonnables des soumissionnaires en général et de chacune des parties requérantes en particulier".

Les parties requérantes reprochent à la partie adverse d'avoir de la sorte violé le principe d'égalité de traitement et l'"obligation de transparence qui en est le corollaire. Elles rappellent à cet égard que l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement imposent que les critères d'attribution, leur pondération, les sous-critères ainsi que les modalités d'évaluation soient annoncées dans les documents du marché public". Elles concluent qu'il est inadmissible que la partie adverse invente après l'ouverture des offres un nouveau critère d'attribution pour donner la meilleure évaluation du critère de prix à l'offre présentant le prix le plus élevé.

Elles ajoutent encore le cahier spécial des charges ne fait pas mention d'une durée de cinq années, période sur laquelle l'économie présumée a été calculée, mais bien d'une durée du contrat de maintenance d'un an renouvelable par tacite reconduction pour une période d'égale durée.

B. Note d'observations

La partie adverse observe que les requérantes se méprennent sur le "libellé pourtant clair du premier critère d'attribution". Celui-ci porte sur le "coût", et non sur le prix de l'appareil faisant l'objet du marché. Elle indique à cet égard que lorsque le cahier spécial des charges précise que le coût comprend "tous les frais (notamment ceux du matériel et de sa maintenance omnium)", il laisse clairement entendre que les frais cités le sont à titre exemplatif et non de manière exhaustive.

La partie adverse soutient, en conséquence que "les frais du personnel nécessaire pour faire fonctionner l'appareil font indubitablement partie du «coût» de l'appareil, au même titre que les frais de maintenance et d'autres frais de fonctionnement". Il s'imposait donc selon elle de noter positivement dans l'appréciation globale du coût de l'appareil la circonstance que le degré d'automation de l'appareil de l'attributaire permet une économie substantielle.

Elle illustre son propos en comparant le rapport existant entre le "prix" et le "coût" et celui existant entre le prix d'achat et le coût de revient.

La partie adverse rappelle, par ailleurs, que la description des exigences techniques figurant au cahier spécial des charges indique expressément qu'une préférence sera donnée à l'équipement dont les fonctionnalités de l'automate permettent, notamment, un temps d'intervention très limité de la part du personnel technique. Elle en déduit que "le degré d'automation de l'appareil du soumissionnaire et, en particulier, le «temps d'intervention ... de la part du personnel technique» en

charge de son fonctionnement, est un élément dont il doit être tenu compte dans la détermination de l'offre la plus avantageuse (et en particulier l'appréciation du «coût») et que les requérantes, comme tout soumissionnaire, étaient expressément invitées par le cahier des charges à préciser dans leur offre les éléments permettant au CHR de déterminer l'éventuelle économie en frais de personnel générée par leur appareil."

Dans ces conditions, la décision attaquée n'ajoute, selon la partie adverse, rien aux documents du marché, mais ne fait qu'appliquer le critère d'attribution concerné tel qu'il est prévu par le cahier spécial des charges, ce critère devant être lu en combinaison avec la clause technique concernée.

La partie adverse considère que c'est donc à bon droit que le rapport d'examen des offres effectue un calcul du coût tenant compte de l'économie d'un demi équivalent temps plein de technicien labo en appliquant la formule suivante : $55.000 \text{ €} / \text{an} \times \frac{1}{2} \times 5 \text{ ans} = 137.500 \text{ €}$ sur 5 ans. Ce montant pouvait, selon la partie adverse, à bon droit être soustrait du prix proposé par DIAMED (161.924 €) pour parvenir à un coût effectif de 24.424 € T.V.A.C..

Elle estime donc que la première branche du deuxième moyen n'est pas sérieuse.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 précitée prévoit dans ses alinéas pertinents pour l'examen de la cause que :

- " Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par appel d'offres, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution.
Les critères d'attribution doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Les critères sont par exemple la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, des considérations d'ordre social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, les garanties en matière de pièces de rechange et la sécurité d'approvisionnement.
[...]".

Il ressort de cette disposition que des critères comme le coût d'utilisation ou la rentabilité peuvent valablement être utilisés comme critères d'attribution. Ils ne se confondent cependant pas avec le critère de prix, également visé par le législateur, et

ne peuvent, de surcroît, l'être qu'à la condition expresse d'avoir été indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

En l'espèce, le cahier spécial des charges indique deux critères d'attribution; à savoir, d'une part, le coût, avec la précision suivante : "comprenant tous les frais (notamment ceux du matériel et de sa maintenance omnium)" et, d'autre part, la valeur technique, pour laquelle il est précisé ceci : "qualité fonctionnelle et technique". En l'absence de toute indication contraire, les soumissionnaires pouvaient légitimement s'attendre à ce que d'une part, il soit donné à ces termes une signification conforme au sens généralement admis et, d'autre part, à ce que ces deux critères donnent lieu à une évaluation distincte.

En ce qui concerne le critère du coût, la signification communément admise de ce terme est la somme que coûte une chose, son montant ou son prix. S'agissant d'une relation contractuelle, le coût s'entend, en règle, du prix ou du montant qui est demandé par le vendeur ou par l'adjudicataire d'un marché public en contrepartie du bien ou de la prestation qu'il s'engage à fournir. A défaut d'une indication expresse, il n'intègre pas des facteurs échappant à l'emprise du vendeur ou du soumissionnaire, comme une plus ou moins grande familiarité avec la technologie proposée ou même une économie escomptée par l'acheteur ou l'adjudicateur.

En l'occurrence, la seule précision apportée dans le cahier des charges visait des frais susceptibles d'être mis à charge de l'adjudicateur par l'adjudicataire. *A priori*, cette formulation du critère ne permet pas d'en déduire une volonté de l'autorité adjudicatrice d'y inclure autre chose que les frais dont l'attributaire du marché pourrait lui réclamer le paiement.

La partie adverse a toutefois estimé pouvoir intégrer dans l'évaluation du critère de coût la prise en compte d'une économie escomptée. Ce faisant elle a, en réalité, opéré une confusion entre ce critère et un critère qui pourrait correspondre à celui du "coût d'utilisation" ou de la "rentabilité", voire de la plus ou moins grande familiarité du personnel avec la technique proposée. Or, aucun critère ou sous-critère de cette nature ne transparaît des documents du marché pour ce qui concerne l'évaluation du coût du marché.

La partie adverse a, en outre, attaché au nouveau critère ou sous-critère ainsi ajouté *a posteriori* un poids tel qu'il aboutit à escamoter la prise en compte du montant réel du marché. Le mode de calcul utilisé l'a ainsi conduite à évaluer le "coût" du marché à 24.424 €, alors que le prix dont elle devra, en réalité, s'acquitter est de 161.924 €. Elle l'a également conduite à considérer que le montant de l'offre de la

première requérante était de 359,1% plus élevé que celui de l'attributaire, alors que la première requérante soumet un prix qui est, en réalité, inférieur de 49.803 € (soit près d'un tiers) au montant demandé par l'attributaire. En procédant de la sorte, la partie adverse a non seulement ajouté après-coup un nouveau critère ou sous-critère d'attribution, non indiqué dans les documents du marché, mais elle a aussi complètement dénaturé la portée du critère de coût tel que les soumissionnaires pouvaient légitimement le comprendre.

La partie adverse ne peut, par ailleurs, pas être suivie lorsqu'elle soutient que le cahier spécial des charges contenait une indication que le coût devait inclure la prise en compte d'une économie escomptée en termes de frais de personnel, la rubrique III. 3 du cahier spécial des charges ("Description des exigences techniques") mentionnant qu'une préférence serait donnée à l'équipement offrant notamment comme fonctionnalité de permettre "un temps d'intervention très limité de la part du personnel technique". En effet, cette mention figure dans une rubrique consacrée, comme son intitulé l'indique, à la description des exigences technique et non au calcul du prix. Elle autorisait donc la partie adverse à tirer, comme elle l'a d'ailleurs fait, une conséquence dans le cadre de l'évaluation du critère technique de la moindre praticabilité de la technique proposée par la première requérante. Rien ne l'autorisait, pour autant, à réutiliser le même critère dans l'évaluation du coût en l'absence de toute indication en ce sens dans les documents du marché.

A ce stade de l'examen, il apparaît donc que la partie adverse n'a pas attribué le marché en "tenant compte des critères d'attribution" tels qu'ils sont "indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché", ainsi que l'y obligeait l'article 25, alinéas 1^{er} et 2 de la loi du 15 juin 2006 précitée, dont les requérantes invoquent la violation.

Le moyen est sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait pas état, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, d'élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande dans sa note d'observation la confidentialité des offres des deux soumissionnaires.

L'instruction de Monsieur le Premier Auditeur laisse apparaître que les parties requérantes et la partie adverse sont convenues de lever la confidentialité de l'offre de la première requérante. A l'audience, la première partie requérante confirme qu'elle souhaite pouvoir consulter sa propre offre, celle-ci ne lui étant plus accessible autrement en raison d'un problème interne.

La communication à la première requérante de sa propre offre n'est pas de nature à nuire à une concurrence loyale entre entreprises ne au secret des affaires. En outre, cette communication s'avère, en l'espèce, de nature à créer les conditions d'un débat équitable. Il convient, en revanche, d'éviter à ce stade de la procédure qu'elle puisse être communiquée à un éventuel intervenant, ce qui serait de nature à compromettre le secret des affaires et le respect d'une saine concurrence.

Par conséquent, il y a lieu de maintenir, à ce stade de la procédure, la confidentialité de l'offre de la société DIAMED BENELUX, qui contient des informations propres à ce soumissionnaire dont la divulgation serait de nature à nuire à une concurrence loyale entre entreprises. Il convient, pour les mêmes raisons, de maintenir également la confidentialité de l'offre de la première requérante, sauf à l'égard de cette dernière.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est irrecevable en ce qu'elle émane de la seconde requérante.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision de la société coopérative à responsabilité limitée, le Centre Hospitalier Régional de la Citadelle, prise le 3 octobre 2014, d'attribuer le marché public de fournitures, mise en service et maintenance d'un analyseur d'immuno-hématologie à la société DIAMED BENELUX.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 5.

Les offres contenus dans le dossier administratif sous les pièces 9 et 10 soit, à ce stade de la procédure tenues pour confidentielles, sauf en ce qui concerne la pièce 10 à l'égard de la première requérante.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

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

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.