

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 209.502 du 3 décembre 2010

G./A.198.207/VI-18.876

En cause : **la société anonyme POLYMEDIS,**

ayant élu domicile chez
Me Kim MORIC, avocat,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

l'association de droit public IRIS-ACHATS,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

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

Vu la requête unique introduite le 15 novembre 2010 par la société anonyme POLYMEDIS, qui demande l'annulation et tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision de l'association de droit public IRIS-ACHATS du 25 octobre 2010 attribuant le lot 3 "Gestion des flux hospitaliers" et le lot 4 "Dossier clinique informatisé" du marché public de services pour le renouvellement intégré des systèmes d'information hospitaliers et cliniques des hôpitaux IRIS à l'Universitair ziekenhuis brussel (U.Z.B.);

Vu l'ordonnance du 17 novembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 30 novembre 2010 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Kim MÖRIC, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section 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 du recours sont les suivants :

1. Le 4 mai 2007, la partie adverse décide, en se fondant sur l'article 17, § 3, 4°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, d'entamer une procédure négociée avec publicité pour la passation d'un marché public de services pour le renouvellement intégré des systèmes d'information hospitaliers et cliniques des hôpitaux IRIS. La partie adverse estime, en substance, que la complexité du marché, liée à la nature des services, est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres.

2. Le 9 août 2007, la partie adverse publie, dans le Journal officiel de l'Union européenne, un avis relatif à la passation de ce marché public. Elle publie également un tel avis dans le Bulletin des adjudications le 14 août 2007.

3. Le dépôt des offres a lieu le 31 octobre 2007. Sept offres sont déposées dont celles de la requérante et de U.Z.B. pour les lots 3 et 4.

4. Le 28 février 2008, la partie adverse présélectionne les soumissionnaires AGFA et U.Z.B. en vue d'entamer avec eux des négociations.

5. Le 25 octobre 2010, à l'issue des négociations menées avec ces deux soumissionnaires, la partie adverse décide que toutes les offres sont régulières et répondent aux exigences de sélection qualitative, que les négociations devaient être menées avec la société AGFA et U.Z.B., et que les lots 3 et 4 du marché concerné sont attribués à U.Z.B.. Il s'agit de l'acte attaqué.

6. Le 29 octobre 2010, la partie adverse transmet à la requérante, par courrier électronique, la décision attaquée. Elle la lui transmet, par courrier ordinaire, le 2 novembre 2010.

Considérant que la partie adverse conteste la compétence du Conseil d'Etat pour statuer sur le présent recours en raison du fait qu'elle ne serait pas une

autorité administrative dès lors qu'elle ne pourrait adopter de décisions obligatoires à l'égard de tiers;

Considérant que, dans le cadre d'un examen *prima facie* auquel il est procédé lors d'un recours en suspension, formé selon la procédure d'extrême urgence, il apparaît que la partie adverse est une association de droit public formée en application des chapitres XII et XII bis de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale; qu'une telle association de droit public dans laquelle, conformément à la loi précitée du 8 juillet 1976, les personnes de droit public disposent toujours de la majorité des voix dans les différents organes d'administration et de gestion de l'association, qui est soumise à un contrôle de tutelle administratif et qui, en outre, dispose du pouvoir de fixer le statut administratif et pécuniaire de son personnel, est une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, ainsi que 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, applicable en l'espèce, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que, dans la première branche de son deuxième moyen, la requérante soutient que la partie adverse a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires; qu'elle expose que la partie adverse a prévu, dans le cahier spécial des charges, que les offres seraient classées en tenant compte de trois critères d'attribution, à savoir la qualité technique de la solution, le coût du projet ainsi que la qualité et la spécialisation du soumissionnaire, et selon une pondération également précisée dans le cahier spécial des charges; qu'elle indique qu'il ressort de la décision attaquée et du rapport de comparaison des offres du 15 octobre 2010 par référence auquel l'acte contesté est motivé que la partie adverse n'a comparé que deux des sept offres, soit celles d'AGFA et U.Z.B., au regard des trois critères d'attribution précités et que, concernant les cinq autres soumissionnaires dont la requérante fait partie, la partie adverse a comparé leurs offres en ne tenant compte que du premier et du troisième critère; que la requérante en conclut qu'en n'évaluant pas l'ensemble des offres au regard de tous les critères prévus par le cahier spécial des charges pour leur comparaison, la partie adverse a méconnu le principe d'égalité entre les soumissionnaires;

Considérant que la partie adverse répond que, lors de la passation du marché public litigieux, aucune disposition légale ou réglementaire ne lui imposait de

comparer les offres de tous les soumissionnaires par rapport à l'ensemble des critères d'attribution; qu'elle précise qu'elle devait seulement respecter les principes généraux du droit et traiter les soumissionnaires de façon égale à chaque phase de la procédure; qu'elle ajoute qu'elle pouvait écarter, au premier stade la procédure, les offres qui, comme celle de la requérante, ne répondaient pas aux objectifs minimaux du projet qu'elle entendait réaliser; qu'elle estime qu'il n'y avait pas de sens, sous l'angle de la rationalité économique qui est l'objectif visé par la réglementation relative aux marchés publics, d'avoir égard, à ce stade, au prix proposé car cela aurait pu aboutir au résultat paradoxal qu'elle aurait dû négocier, le cas échéant, avec un soumissionnaire proposant un prix particulièrement bas mais présentant une offre qualitativement médiocre; que la partie adverse soutient également que la requérante n'a pas d'intérêt à cette critique de légalité car, en raison de la mauvaise qualité de son offre, celle-ci aurait certainement été écartée des négociations même si elle avait été comparée au regard des trois critères d'attribution; qu'elle fait valoir en outre que ce n'est qu'au stade de la négociation que les offres peuvent être comparées de façon détaillée par rapport à tous les critères d'attribution;

Considérant qu'il ressort du point VI.6.1. du cahier spécial des charges que la partie adverse a décidé que le classement des offres sera établi en tenant compte de trois critères d'attribution, à savoir la qualité technique de la solution, le coût du projet ainsi que la qualité et la spécialisation du soumissionnaire, et ce, selon une pondération également précisée dans le point précité du cahier spécial des charges; que la partie adverse s'est ainsi obligée, en vertu du cahier spécial des charges, à évaluer toutes les offres, régulières et répondant aux exigences de sélection qualitative, au regard de ces trois critères d'attribution; qu'eu égard à ces exigences qu'elle s'était donc imposées et au regard desquelles les soumissionnaires ont préparé leurs offres, elle ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité des soumissionnaires, ne comparer que certaines offres par rapport à tous les critères d'attribution et non l'ensemble de celles-ci; qu'à supposer que le respect de ces obligations soit contraire à l'objectif de rationalité économique invoqué par la partie adverse, cette contrariété résulterait du contenu des critères d'attribution que la partie adverse a défini et qu'elle s'est imposés; que toutefois, cette circonstance, à la considérer établie, ne la dispensait pas de respecter les critères précités; qu'au surplus, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas en quoi la comparaison de l'ensemble des offres au regard de tous les critères d'attribution n'aurait pas permis à la partie adverse d'identifier les meilleures offres et de mener efficacement la négociation; qu'enfin, dès lors que la partie adverse n'a pas comparé l'offre de la requérante, qu'elle jugea au demeurant régulière et répondant aux exigences de sélection qualitative, à toutes les autres offres par rapport aux trois critères d'attribution et n'a pas appliqué la pondération, prescrite par le cahier spécial des charges, le Conseil d'Etat ne peut préjuger ce qu'aurait été le résultat d'une telle comparaison concernant l'offre de la

requérante; qu'il ne peut donc être affirmé, comme le fait la partie adverse, que l'offre de la requérante n'aurait nécessairement pas été retenue et qu'elle ne peut se prévaloir d'un intérêt à la présente critique de légalité; qu'en conséquence, la première branche du deuxième moyen apparaît recevable et sérieuse en tant qu'elle est prise de la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires;

Considérant que la requérante soutient que la décision attaquée la prive de la possibilité de se prévaloir d'un marché de référence et est donc susceptible de lui causer un risque de préjudice grave difficilement réparable; qu'elle expose notamment que le caractère de référence du marché public litigieux est lié à la complexité des solutions devant être conçues pour répondre aux besoins de la partie adverse;

Considérant que, concernant la complexité du marché public concerné, la partie adverse indique qu'elle ne la conteste pas; qu'elle ajoute cependant que l'argumentation de la requérante est contradictoire car, d'une part, elle admet la complexité du marché public lorsqu'elle invoque l'existence d'un risque de préjudice grave difficilement réparable mais que, d'autre part, elle soutient à l'appui de son premier moyen que la partie adverse n'a pas justifié la complexité du marché public au regard de laquelle elle a décidé de recourir à une procédure négociée;

Considérant que la perte d'un marché de référence constitue un risque de préjudice grave difficilement réparable; 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 attributaire une réputation toute particulière; qu'en l'espèce, les parties conviennent de la complexité du marché public litigieux; que celle-ci est par ailleurs justifiée dans la décision du 4 mai 2007 par laquelle la partie adverse a décidé, en se fondant sur l'article 17, § 3, 4°, de la loi du 24 décembre 1993, de recourir à une procédure négociée avec publicité; que le risque de préjudice grave difficilement réparable apparaît donc établi;

Considérant que les conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, sont réunies,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision de l'association de droit public IRIS-ACHATS du 25 octobre 2010 attribuant le lot 3 "Gestion des flux hospitaliers" et le lot 4 "Dossier clinique informatisé" du marché public de services pour le renouvellement intégré des systèmes d'information hospitaliers et cliniques des hôpitaux IRIS à U.Z.B..

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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trois décembre deux mille dix par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.