

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 209.795 du 16 décembre 2010

G./A.172.073/VI-17.127

En cause : **1. la société anonyme BIOXPR,
2. la société de droit français SIBIO S.A.S.,
3. la société de droit français GENOMINING S.A.,
4. la société de droit français S.Q.L.I. S.A.,**

ayant élu domicile chez
Me Eric LEMMENS, avocat,
place Verte, n° 13,
4000 Liège,

contre :

l'université de Liège,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 13 avril 2006 par laquelle la société anonyme BIOXPR, la société de droit français SIBIO S.A.S., la société de droit français GENOMINING S.A. et la société de droit français S.Q.L.I. S.A. demandent l'annulation de "la décision prise par l'Université de Liège, le 2 février 2006, «de désigner adjudicataire du marché public de fournitures, installation et mise en service d'un laboratoire virtuel transfrontalier "laboratory information management system" - LIMS - orienté vers la génomique, la protéomique et la bioinformatique, la société SPL GROUP LABVANTAGE, rue J.H. Mansart 11 à 92600 Asnières sur Seine en France, pour un montant de 616.970,00 € (TVA non comprise) à répartir entre les 4 universités de Maastricht, Aachen, Hasselt et Liège», des deux décisions du même jour qui en sont la conséquence, soit la décision de charger le team d'évaluation composé d'un représentant de chaque institution, du suivi technique du marché et le service des marchés, du suivi administratif du marché, et la décision de charger l'administration des ressources financières de l'Université de Liège de prendre l'engagement provisoire pour le compte de l'Université de Liège [...], ces décisions

ayant été notifiées à la deuxième requérante par un courrier du 7 février 2006 reçu le 15 février 2006, et de la décision implicite de ne pas désigner les requérantes ou le consortium formé entre elles comme adjudicataires du marché public de fournitures, installation et mise en service d'un laboratoire virtuel transfrontalier «laboratory information management system» - LIMS - orienté vers la génomique, la protéomique et la bioinformatique";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 29 octobre 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 24 novembre 2010;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Elisabeth KIEHL, loco Me Eric LEMMENS, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Véronique BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section;

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 sont les suivants :

1. Le 9 juillet 2005, l'université de Liège, administration des ressources financières, service des marchés, a fait publier un avis de marché de fournitures dont l'objet est défini dans les termes suivants au point II.1.6 :

" Le présent marché de fournitures consiste en la mise en place d'un «laboratoire virtuel» reliant quatre génopôles de l'Euregio Meuse-Rhin pour mettre à la disposition de l'industrie biotech, des hôpitaux et de l'infrastructure académique de l'EMR un e-environnement transfrontalier qui promeut la collaboration et le partage des ressources des 4 centres. Un «Laboratory Information Management System» - LIMS - orienté vers la génomique, la protéomique et la bioinformatique doit être implémenté de manière à fonctionner comme une entité unique et de

manière totalement transparente entre les quatre centres de recherche répartis dans 3 pays différents afin de créer un «laboratoire virtuel». Le marché comprendra également la création d'un «computer grid» qui renforcera, par la puissance de calcul, l'infrastructure globale du «laboratoire virtuel».

L'université de Liège apparaît comme le seul pouvoir adjudicateur, les autres universités ne figurant que comme des sites de livraison et d'installation.

Selon le point IV.3.5. de l'avis de marché, la seule langue pouvant être utilisée dans l'offre ou la demande de participation, est l'anglais.

2. Le marché, à passer par appel d'offres, est régi par le cahier spécial des charges UL.LAMH./A.O.G.E./1515-05/ALMA, qui précise dans la partie administrative, au point 4, que l'université de Liège a été mandatée comme pouvoir adjudicateur par un accord inter-universitaire entre les universités de Liège, Hasselt, Maastricht et Aachen, au point 14, les exigences requises en sélection qualitative et au point 17.3, les trois critères d'attribution : un critère économique comportant six sous-critères, valant cinquante pour cent des points, un critère de qualité technique et fonctionnelle comportant quatorze sous-critères, valant pour quarante pour cent des points et un critère de qualité du service avec cinq sous-critères valant pour dix pour cent des points.

La partie technique est exclusivement rédigée en anglais.

3. Le 7 septembre 2005, six offres ont été déposées, émanant, selon le procès-verbal d'ouverture des soumissions, des firmes :

- " 1. OCIMUM d'Inde
- 2. LABVANTAGE d'Angleterre
- 3. THERMO ELECTRON de France
- 4. APPLIED BIOSYSTEMS de France
- 5. SOPRA GROUP de Bruxelles
- 6. SIBIO de France".

4. Le 14 septembre 2005, le service des marchés de la partie adverse a rédigé un "rapport administratif de vérification des soumissions n° 1422" portant sur le contrôle des documents joints aux offres.

Ce rapport concluait à l'irrecevabilité de l'offre de la société anonyme APPLERA, à défaut pour celle-ci d'y avoir joint la formule de soumission conformément à l'article 89 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.

5. Le 26 janvier 2006, un comité d'évaluation ou "Evaluation team", composé d'un ou plusieurs membres de chaque université concernée, a rédigé un rapport d'évaluation d'un point de vue technique, exclusivement en anglais sans traduction en français.

Ce rapport suggérait d'écarter les offres émanant des sociétés THERMO ELECTRON et OCIMUM pour non-conformités techniques et proposait de retenir l'offre de la société LABVANTAGE comme étant la plus intéressante.

Les notes attribuées à ce soumissionnaire et au Consortium SIBIO étaient les suivantes :

"

Dependency (% of max total given)	Sibio	Sopra	LabVantage
Price (max 50 %)	30	23	35
Technology and function (max 40 %)	30	25	35
Quality of Service etc.... (max 10 %)	7	5	9
Overall ranking	67 %	53 %	79 %

"

6. La partie adverse expose que :

" Le 2 février 2006, le Service des marchés de l'UNIVERSITE DE LIEGE a proposé d'attribuer le marché à la société LABVANTAGE qui avait seule signé l'offre (pièce 10). Cependant, en raison d'une erreur, c'est la société «SPL GROUP LABVANTAGE» qui a été mentionnée sur cette proposition. Elle se fondait sur le rapport administratif du Services des Marchés de L'UNIVERSITE DE LIEGE ainsi que sur le rapport technique d'évaluation du «team d'évaluation», qui y étaient annexés. Le Recteur de l'Université a marqué verbalement son accord sur cette proposition de décision qui a dès lors été communiquée au Consortium SIBIO par courrier recommandé du 7 février 2006, déposé à la poste le 8, conformément à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 (pièce 11)".

7. Par le pli recommandé à la poste le 8 février 2006, adressé par l'ingénieur en chef, directeur du service des marchés en application de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, tel qu'alors en vigueur, les requérantes ont reçu la décision motivée datée du 2 février 2006, attribuant le marché à la société SPL GROUP LABVANTAGE, rue J.H. Mansart 11 à 92600 ASNIERES sur SEINE en France.

Cette décision motivée comportait en annexe 1, le rapport administratif du 14 septembre 2005 et, en annexe 2, l'"Evaluation report for LIMS", rédigé en anglais exclusivement.

8. Le 13 février 2006, Raynald de LAHONDES, agissant comme mandataire du groupement SIBIO, GENOMINING, SQLI et BIOXPR, a informé la partie adverse de son intention d'introduire un recours conformément à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, précité.

Parmi les arguments développés dans ce courrier ainsi que dans un courrier parallèle de la firme BIOXPR, il était fait état de ce que "la société qui offre la solution «Labvantage» est un sous-traitant nommé «SPL». Cette société n'a aucun lien d'aucune sorte avec «Labvantage» et n'est donc ni filiale, ni société contrôlée".

9. Le service des marchés de la partie adverse a rédigé une nouvelle décision d'attribution datée du 16 février 2006, dans laquelle la mention "SPL GROUP LABVANTAGE" a été remplacée par "LABVANTAGE SOLUTIONS".

Cette nouvelle décision motivée n'a pas été communiquée aux requérantes dont l'offre régulière n'avait pas été retenue.

La partie adverse n'en a pas fait état dans la note d'observations déposée le 4 mars 2006 qui a fait partie de la procédure de suspension d'extrême urgence, ni en plaidoirie à l'audience du 6 mars 2006.

10. Le 24 février 2006, les sociétés BIOXPR et SIBIO ont introduit un recours en suspension d'extrême urgence de la décision du 2 février 2006 désignant la société SPL GROUP LABVANTAGE.

Celui-ci a été rejeté par l'arrêt n° 155.960 du 7 mars 2006 pour le motif que le recours n'avait été introduit que par deux membres du consortium constituant en fait une société momentanée.

11. La décision motivée du 16 février 2006 attribuant le marché à la société LABVANTAGE SOLUTIONS, signée conjointement par l'administrateur et par le recteur de l'Université de Liège, a été notifiée à cette société le 28 mars 2006.

Le contrat a dès lors été conclu avec la société LABVANTAGE SOLUTIONS;

Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que le marché n'a pu être attribué qu'au signataire de l'offre déposée le 7 septembre 2005, que ce signataire était la société de droit anglais LABVANTAGE SOLUTIONS ltd, alors que la société SPL GROUP LABVANTAGE n'est que le distributeur de la société LABVANTAGE SOLUTIONS pour les marchés belges et français et qu'elle a reçu à ce titre mandat de négocier le contrat au nom de la société LABVANTAGE SOLUTIONS, que c'est donc par erreur que la société SPL GROUP LABVANTAGE a été mentionnée en tant qu'adjudicataire du marché, que cette erreur a été rectifiée dans la décision signée par le recteur et notifiée à l'adjudicataire le 28 mars 2006;

Considérant que, dans leur dernier mémoire, les requérantes font valoir que la partie adverse n'a pas pris deux décisions distinctes mais une seule décision d'attribuer un marché public précis de fournitures, installation et mise en service d'un laboratoire virtuel transfrontalier à la société SPL GROUP LABVANTAGE, qu'aux fins de rectifier l'erreur matérielle dans la dénomination de la société adjudicataire, la partie adverse a corrigé le nom SPL GROUP LABVANTAGE par celui de LABVANTAGE SOLUTIONS le 16 février 2006, décision notifiée à l'adjudicataire par la partie adverse le 28 mars 2006, qu'il s'agit manifestement de la rectification de l'erreur dénoncée par les requérantes dans leur recours et non d'une nouvelle décision, ainsi que le reconnaît la partie adverse dans son mémoire en réponse, et que dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une décision nouvelle mais de la correction d'une erreur matérielle, il n'y avait pas lieu d'étendre le recours à celle-ci; qu'elles ajoutent, pour autant que de besoin, que les développements du mémoire en réplique comportent nécessairement l'extension de l'objet du recours à la rectification de l'erreur matérielle qui ne fait qu'une avec la décision initiale, la nouvelle société désignée étant tout aussi inexistante que la société SPL GROUP LABVANTAGE; qu'elle font encore valoir, "très subsidiairement", qu'elles n'ont pu perdre leur intérêt au recours même s'il fallait conclure qu'une deuxième décision était intervenue remplaçant la première le 16 février 2006, "puisque'il n'existe pas de société LABVANTAGE SOLUTIONS rue J.H. Mensart [sic] 11 à 92600 ASNIERES-SUR-SEINE, de sorte que l'éventuelle décision d'attribution d'un marché à une société inexistante est elle-même inexistante et ne peut en conséquence avoir pour effet juridique une perte d'intérêt à leur recours dans le chef des parties requérantes";

Considérant que la "décision motivée", datée du 2 février 2006, attribuant le marché à la société SPL GROUP LABVANTAGE, rue J.H. Mansart 11 à 92600 ASNIERES sur SEINE en France, a été notifiée aux requérantes par pli recommandé à la poste le 8 février 2006, en application de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993; qu'elle constitue une décision et non une "proposition" faite par la partie

adverse, comme l'indique cependant celle-ci en page 4 de son mémoire en réponse, en ajoutant que "le Recteur de l'Université a marqué verbalement son accord sur cette proposition de décision [...]"; que le service compétent de la partie adverse a notifié, cette décision avec en annexe, les rapports d'examen des offres; que la partie adverse ne peut être suivie en ce qu'elle affirme qu'il ne s'agissait que d'une proposition de décision; que l'article 21bis impose de communiquer la décision motivée et non quelque proposition antérieure ou document préparatoire; que l'application de l'article 21bis, telle qu'elle ressort du courrier de la partie adverse, daté du 7 février 2006, envoyé par pli recommandé à la poste le 8 février 2006 au "consortium SIBIO/GENOMINING/SQLI/BIOXPR C/O SIBIO S.A.S.", implique qu'une décision d'attribution du marché avait été prise, fût-elle affectée d'irrégularité; qu'au demeurant, la partie adverse n'a pas soutenu, au cours de la procédure en suspension en extrême urgence introduite à l'encontre de la décision du 2 février 2006 attribuant le marché à la société SPL GROUP LABVANTAGE que l'acte attaqué n'aurait été qu'une proposition et non une décision d'attribution du marché; que la décision du 2 février 2006, seule à avoir été notifiée aux requérantes dans les formes prescrites par la loi du 24 décembre 1993, désigne la société SPL GROUP LABVANTAGE; que si cette décision du 2 février 2006 comportait une erreur sur l'identité de l'offrant, élément essentiel du marché, cette irrégularité n'a rendu la décision d'attribution ni matériellement inexistante, elle n'en a pas moins été prise par une autorité administrative compétente, ni juridiquement inexistante, elle n'est pas affectée d'un vice d'une gravité telle qu'il empêcherait de la qualifier d'acte juridique; que les services de la partie adverse, ayant aperçu l'erreur commise, ont élaboré une décision nouvelle, datée du 16 février 2006, attribuant le marché à la société LABVANTAGE SOLUTIONS, décision qui a été signée conjointement par l'administrateur et par le recteur de l'Université de Liège; qu'ainsi, deux décisions successives ont été prises par la partie adverse, qui différaient non seulement par leur date mais encore et surtout par l'identité de la société ayant fait offre, soit une première décision du 2 février 2006 notifiée aux requérantes le 8 février 2006, désignant comme adjudicataire "la société SPL GROUP LABVANTAGE, rue J.H. Mansart 11 à 92600 ASNIERES sur SEINE", pour un montant de 616.970 euros, T.V.A. non comprise, puis une décision du 16 février 2006 désignant comme adjudicataire du même marché "la société LABVANTAGE SOLUTIONS, rue J.H. Mansart 11 à 92600 ASNIERES sur SEINE" pour un montant de 616.380 euros, T.V.A. non comprise, avec laquelle le contrat a été finalement conclu par l'effet de la notification intervenue le 28 mars 2006; qu'à supposer même que, dans cette décision du 16 février 2006, la société LABVANTAGE SOLUTIONS se soit vu attribuer une adresse erronée, cette erreur ne suffirait à rendre cette décision ni matériellement ni juridiquement inexistante; que la décision du 16 février 2006 est un acte administratif unilatéral produisant des effets de droit de nature à faire grief;

Considérant que les requérantes n'ont poursuivi l'annulation de la décision du 16 février 2006, dont elles ont eu connaissance par la communication du mémoire en réponse de la partie adverse, reçu le 19 juillet 2006, et par les pièces de la procédure (pièce n° 16 du dossier administratif), ni par une requête distincte ni en demandant l'extension de l'objet de leur requête du 13 avril 2006; que, dans leur mémoire en réplique, elles ne visent que l'annulation de la décision du 2 février 2006 désignant la société SPL GROUP LABVANTAGE comme adjudicataire du marché; qu'elle ne peuvent être suivies en ce qu'elles soutiennent, dans leur dernier mémoire, que les décisions du 2 février 2006 et du 16 février 2006 ne font qu'une, la seconde ne consistant qu'en la rectification d'une erreur matérielle affectant la première; qu'abstraction faite de la légère différence de prix que présentent les deux décisions, une erreur sur l'identité de l'offrant ne peut être considérée comme une simple erreur matérielle pouvant donner lieu à une rectification; que, ayant aperçu cette erreur déterminante, la partie adverse a remplacé la décision du 2 février 2006 par une nouvelle décision du 16 février 2006, qui s'y est substituée et n'a pas été attaquée par la requérante;

Considérant que la requête est devenue sans objet à la suite de l'accomplissement par la partie adverse de la décision du 16 février 2006; que, dans les circonstances de l'espèce, rien ne justifie que cette décision soit substituée d'office à celle dont les requérantes ont poursuivi l'annulation; que la requête est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

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

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
Yves HOUYET,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.