

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.164 du 29 décembre 2010

G./A.198.478/VI-18.916

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
S.H.S. COMPUTER,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 270,
4000 Liège,

contre :

**l'Intercommunale Centre Hospitalier Régional
de la Citadelle,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haibe, n° 10,
5002 Namur.

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

Vu la requête unique introduite le 10 décembre 2010 par la société privée à responsabilité limitée S.H.S. COMPUTER, qui demande l'annulation et tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution des décisions par lesquelles :

- " - d'une part, elle attribue, en date du 19/11/2010, le marché public de fournitures ayant pour objet la fourniture d'ordinateurs, d'écrans, d'ordinateurs portables et d'imprimantes pendant trois ans à un autre soumissionnaire;
- d'autre part, en date du 01/12/2010 elle déclare l'offre de la requérante non recevable sur le plan de la sélection qualitative";

Vu l'ordonnance du 10 décembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 20 décembre 2010 à 14 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M^{me} Odile DAURMONT, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant 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 le marché, passé par appel d'offres général, a pour objet la fourniture d'ordinateurs, d'écrans, d'ordinateurs portables et d'imprimantes pendant trois ans à la partie adverse; que le marché a été divisé en quatre lots et estimé dans le cahier spécial des charges (ci-après C.S.C.) à "près de 950.000" euros; que l'avis de marché a été publié le 14 juin 2010; que le 1^{er} décembre 2010, la requérante est informée de ce qui suit :

- " Conformément à l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que la marché précité a été attribué par notre institution le 19 novembre 2010 à un autre soumissionnaire.
Veuillez trouver ci-dessous les motifs de votre non-sélection :
- Votre firme ne satisfait pas aux exigences financières et économiques minimale fixées par le cahier des charges.
- SHS n'a pas géré un seul marché de l'ampleur du nôtre contrairement aux autres soumissionnaires. (...)";

qu'il s'agit de la décision attaquée;

Considérant que la partie adverse fait valoir que la requérante "n'établit pas à suffisance son intérêt à obtenir la suspension en extrême urgence de la décision d'attribuer le marché et de ne pas sélectionner son offre"; que selon elle, la requérante devrait démontrer qu'elle peut "être dans une position utile en vue de l'obtention du marché. A défaut, son recours n'aurait pour objet que de permettre aux pouvoirs adjudicateurs, de retirer des décisions imparfaites parfois, pour adopter une nouvelle décision à la perfection immaculée mais qui ne modifierait en rien le classement final et l'attribution du marché";

Considérant qu'un soumissionnaire, qui a pris part à un appel d'offres et qui n'est pas retenu en sélection qualitative, a intérêt à attaquer la décision de non-sélection, même en extrême urgence; qu'en effet, s'il obtient la suspension de

l'exécution de la décision de non-sélection, la partie adverse ne pourra attribuer le marché sans avoir réexaminé la sélection qualitative; qu'en raison du pouvoir d'appréciation dont dispose la partie adverse en la matière, il est exclu de considérer qu'elle serait tenue d'écarter la requérante; que le recours en suspension d'extrême urgence est recevable;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation des "articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs du 29 juillet 1991, de l'inexactitude des motifs de fait et de droit des décisions attaquées, des articles 65/4.4° et 65/5° et 7° de la loi du 24 décembre 1993 (Livre IIbis), des articles 42, 44 et 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du principe d'égalité des candidats et de la circulaire du 10 mai 2007 relative à la simplification et à la transparence des marchés publics"; qu'elle critique les deux motifs de la décision attaquée; qu'elle fait valoir que le premier motif, selon lequel elle ne satisfait pas aux exigences financières et économiques minimales fixées par le C.S.C., est inexact en droit et en fait; qu'elle fait observer que le C.S.C. n'établit aucun niveau minimal de chiffre d'affaires ou tout autre plafond d'exigences financières et rappelle la réglementation et de la jurisprudence en la matière; qu'elle estime que la motivation est lacunaire, inexacte et tautologique non seulement par rapport à sa situation mais également par rapport au libellé du C.S.C.; qu'elle fait remarquer que pour ce qui concerne le second motif selon lequel elle "n'a pas géré un seul marché de l'ampleur du nôtre contrairement aux autres soumissionnaires", aucune exigence de marché d'ampleur comparable n'est exigée dans le C.S.C.; que selon elle, seules ont été demandées des attestations d'exécution de services auprès d'autorités publiques ou privées, ce qu'elle a fait; qu'elle rappelle l'article 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et une circulaire ministérielle du 10 mai 2007;

Considérant que la partie adverse réfute, en citant des arrêts du Conseil d'Etat, l'argumentation de la requérante par les cinq observations suivantes :

1. le C.S.C. exigeait bien une déclaration relative au "chiffre d'affaires lié spécifiquement à ce type de marché au cours des trois derniers exercices";
2. le C.S.C. contenait deux exigences en termes de capacité technique et de chiffre d'affaires spécifiques qui sont intimement liées. Or, l'offre de la requérante ne contenait qu'un simple listing de clients et le seul chiffre d'affaires global de l'entreprise était mentionné; le pouvoir adjudicateur a d'ailleurs invité la requérante à compléter ces documents : seules des "références insignifiantes par rapport à l'ampleur du marché litigieux" ont été renvoyées;
3. il est "raisonnable de considérer que la mention «pas OK» manquante dans le tableau sous la colonne «Techn» ne peut dans les circonstances de l'espèce, justifier une censure au nom du défaut de motivation externe ou interne de l'acte ou

- d'un défaut d'information, la partie requérante ayant elle-même mélangé les deux aspects dans son offre, et ayant parfaitement compris les raisons de son éviction";
4. "la motivation de la décision semble conforme à votre jurisprudence puisqu'elle énonce succinctement sans doute, les raisons de la non-sélection";
 5. la critique consistant à reprocher au C.S.C. de ne pas contenir des exigences minimales n'est pas fondé puisque d'une part, il ne s'agissait pas d'une procédure sélective et éliminatoire mais plus simplement d'apprécier le caractère "suffisant" des références produites et d'autre part, "le contrôle de votre conseil" est marginal quant à cette appréciation du caractère suffisant;

Considérant que le litige se situe au stade de l'appréciation de l'aptitude générale des entreprises à réaliser le marché; que la sélection qualitative s'opère sur la base des aptitudes juridique, économique et financière ainsi que technique; que pour la capacité économique et financière, le C.S.C. exigeait notamment ce qui suit : "le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires lié spécifiquement à ce type de marché, au cours des trois dernières années"; que pour la capacité technique, le C.S.C. demandait notamment "la liste des principales livraisons effectuées pendant les trois dernières années", leurs montants, leurs destinataires privés ou publics, dates et certificats de bonne exécution; que le rapport d'examen des offres comporte le tableau suivant :

" S.H.S. COMPUTER
Capacité économique et financière : PAS OK
Capacité technique : OK
Il a été choisi de demander aux soumissionnaires une Déclaration sur l'honneur";

que dans l'annexe 1, figure la mention suivante :

" De petite taille S.H.S. Computer ne présente pas un chiffre d'affaires en rapport avec le chiffre d'affaires des différents lots de notre marché pour lesquels elle se positionne";

qu'en vertu de l'annexe 2,

" S.H.S. au point de vue marchés équivalents ne rencontre pas nos exigences [...]. Le chiffre d'affaires relatif de S.H.S. pour les trois ans est de 234.472 [euros]. Nous constatons que S.H.S. n'a pas géré un seul marché de l'ampleur du nôtre contrairement aux autres soumissionnaires";

Considérant que l'affirmation "ne satisfait pas aux exigences financières et économiques minimales fixées par le cahier des charges", qui constitue l'un des deux motifs de la décision attaquée, est d'autant plus imprécise que le C.S.C. n'apporte aucune précision à cet égard et met simplement en œuvre l'article 44 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; que le second motif se rapporte à la capacité technique, telle que visée à l'article 45 de l'arrêté royal précité; que selon ce motif

"S.H.S. n'a pas géré un seul marché de l'ampleur du nôtre [...]" alors que d'après le rapport d'examen des offres, c'est "OK" pour la capacité technique; qu'il apparaît que la partie adverse a confondu les deux notions de capacité; que pareille confusion ne se limite pas à une simple "erreur matérielle", comme le soutient la partie adverse, mais affecte l'appréciation même de celle-ci et partant la décision prise; que le moyen est sérieux;

Considérant que selon la partie adverse, une suspension serait "disproportionnée";

Considérant que la partie adverse perd de vue qu'à défaut de prendre une décision adéquatement motivée, elle encourt les conséquences néfastes d'une annulation; qu'il s'ensuit que l'argument invoqué par la partie adverse pour faire la balance des intérêts n'est pas suffisant pour ne pas accorder la suspension,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du 19 novembre 2010 par laquelle l'Intercommunale Centre Hospitalier Régional de la Citadelle déclare l'offre de la société S.H.S. COMPUTER non recevable sur le plan de la sélection qualitative et attribue le marché public ayant pour objet la fourniture d'ordinateurs, d'écrans, d'ordinateurs portables et d'imprimantes pendant trois ans à d'autres soumissionnaires;

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

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 4.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.