

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.567 du 20 janvier 2011

G./A.198.637/VI-18.942

En cause : **la société anonyme GIGA SERVICES,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HERMAN, avocat,
rue T'Serclaes de Tilly, n° 49-51,
6061 Montignies-Sur-Sambre,

contre :

la province de Hainaut,

ayant élu domicile chez
Mes Isabelle VAN KRUCHTEN et
Patrick THIEL, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 28 décembre 2010 par la société anonyme GIGA SERVICES, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 9 décembre 2010, prise par le Collège du Conseil provincial de Hainaut, de retirer sa décision du 21 octobre 2010 d'attribution à la requérante d'un marché public de fournitures pour imprimantes, d'arrêter la procédure de marché public en cours et de charger "l'OCA de préparer un projet de nouvelle procédure d'attribution";

Vu l'ordonnance du 29 décembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 17 janvier 2011 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 Philippe HERMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, loco Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme M^{me} WILLEMART, Auditeur;

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 :

Le 21 octobre 2010, la partie adverse a attribué à la requérante un marché public concernant des fournitures pour les imprimantes des institutions de la province de Hainaut.

A la suite de deux recours en suspension formés, selon la procédure d'extrême urgence, par des sociétés ayant soumis une offre, la partie adverse a adopté, le 9 décembre 2010, l'acte attaqué qui est rédigé de la manière suivante :

" [...]

Vu le cahier spécial des charges du marché de fourniture de consommables (cartouches d'encre et toners) pour les imprimantes informatiques de l'ensemble des Institutions provinciales situées sur le territoire de la Province de Hainaut;

Vu les offres des différents soumissionnaires;

Vu la décision du 21 octobre 2010 de ne pas retenir l'offre des sociétés LYRECO, MIG et ARSYS, et d'attribuer le marché précité à la société GIGA SERVICES qui a remis l'offre régulière la plus intéressante;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, en particulier, son article 18;

Attendu que la société momentanée ARSYS et la société MIG ont introduit un recours en extrême urgence devant le Conseil d'Etat à l'encontre de la décision du 21 octobre 2010 précitée;

Attendu qu'à la lecture de ces recours et après réexamen des documents du marché, il est apparu que le besoin à satisfaire gagnerait à être autrement détaillé dans le cahier spécial des charges;

Attendu qu'il paraît alors opportun de retirer la décision du 21 octobre 2010 de lancer le cas échéant une nouvelle procédure de mise en concurrence;

En conséquence de quoi,

Entendu Monsieur le député Serge Hustache;
En son rapport;

Décide :

Article 1 :

La décision du 21 octobre 2010, précitée, est retirée.

Article 2 :

La procédure de mise en concurrence 23.384ter est arrêtée.

Article 3 :

Le Collège charge l'OCA de préparer un projet de nouvelle procédure d'attribution qui sera soumise à une prochaine séance.

[...]" ;

Considérant que la requérante soulève un premier moyen pris de la violation "des articles 18, 65/4, 6°, 65/5, 8° et 65/9 de la loi du 24 décembre 1993 [relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services], des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires"; qu'elle soutient que l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 ne permettait pas à la partie adverse de "décider «de lancer le cas échéant une nouvelle procédure de mise en concurrence» et [de] charger l'OCA de préparer un projet de nouvelle procédure d'attribution"; qu'elle précise que la "décision de recommencer la procédure et le choix du mode d'attribution doivent être simultanés et définitifs mais pas éventuels car ils font naître le droit, dans le chef d'un soumissionnaire de la première procédure, d'exiger du pouvoir adjudicateur, toutes choses restant égales par ailleurs, de respecter sa décision de recommencer le même marché selon le mode choisi et non de pourvoir aux fournitures dans le cadre d'un marché ayant un objet plus vaste ou différent qui ne lui permettrait pas d'y participer avec les mêmes chances de succès, voire de vérifier si le nouveau mode d'attribution n'a pas été choisi pour l'écarter du marché" ;

Considérant qu'à titre principal, la partie adverse répond qu'elle n'a pas décidé de recommencer la procédure mais qu'elle a chargé ses services de préparer un projet de nouvelle procédure d'attribution et de le lui soumettre afin qu'elle décide s'il convient ou non d'engager une nouvelle procédure; qu'elle estime que, sur ce point, l'acte attaqué n'est que préparatoire et ne cause pas directement grief à la requérante; qu'elle en déduit que le premier moyen est irrecevable;

Considérant qu'à la suite des recours, formés par certains soumissionnaires, la partie adverse a décidé, le 9 décembre 2010, de retirer sa décision du 21 octobre 2010 d'attribution du marché public concerné et d'arrêter la procédure qu'elle avait engagée; que, par contre, elle n'a encore ni renoncé à passer le marché public, ni décidé d'initier une nouvelle procédure; qu'elle s'est limitée à charger ses services de préparer et de lui soumettre, pour décision, un projet de nouvelle procédure d'attribution; que le premier moyen est sans objet dès lors qu'il est dirigé contre une décision d'engagement d'une nouvelle procédure de marché public que la partie adverse n'a pas prise;

Considérant que la requérante soulève un second moyen pris de la violation "des articles 18, 65/4, 6°, 65/5, 8°, et 65/9 de la loi du 24 décembre 1993, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes

administratifs"; qu'elle fait valoir que le "fait que des recours soient introduits ne suffit pas, en fait, à fonder une décision de renoncer à attribuer un marché public", que le "motif selon lequel « à la lecture de ces recours et après réexamen des documents du marché, il est apparu que le besoin à satisfaire gagnerait à être autrement détaillé dans le cahier spécial des charges » est une formule creuse qui ne [lui] permet pas [...] de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a abandonné la procédure", que la partie adverse "ne précise pas [quels] sont les manquements, les lacunes, les incohérences, les erreurs ou les contradictions qu'elle aurait découverts dans les prescriptions techniques ou administratives du cahier spécial des charges, ni en quoi ces manquements, lacunes, incohérences, erreurs ou contradictions ont une importance telle qu'ils rendent impossible la sélection qualitative et ou l'attribution, qu'ils sont susceptibles de compromettre la comparaison objective des offres" et que la partie adverse "ne précise pas davantage quel est le moyen développé par les soumissionnaires évincés qui serait à son estime fondé et qui motiverait la décision de retirer l'acte";

Considérant que la partie adverse répond qu'à "la suite des recours introduits par les soumissionnaires évincés de la procédure d'attribution, [elle] a procédé à un nouvel examen des documents du marché", "a constaté qu'[ils] ne définissaient en réalité pas de manière précise le besoin à satisfaire par le marché litigieux" et que c'est "cette lacune qui a motivé l'arrêt de la procédure et qui est expressément indiquée dans la décision attaquée"; qu'elle précise qu'il est "intéressant de relever que la requérante ne conteste pas expressément le fond de la motivation de la décision de retrait, mais se contente de critiquer le fait qu'elle aurait pu être davantage étayée ou précisée"; qu'elle ajoute que "la définition du besoin à satisfaire est un élément fondamental dans le processus de la commande publique" et que s'il "n'est pas précisément déterminé - tel que c'est le cas en l'espèce - les soumissionnaires ne sont pas en mesure de remettre une offre en toute connaissance de cause"; qu'elle indique qu'à lecture des recours et des documents du marché, elle a pris conscience que le cahier spécial des charges ne permettait pas aux soumissionnaires de savoir quelles fournitures étaient utilisées par les institutions provinciales et qu'ils ont été amenés, en conséquence, à soumettre une offre de fournitures très large; qu'elle explique qu'elle a comparé "les offres sur la base d'une commande fictive reprenant dix produits" sélectionnés par hasard et qu'à la suite des recours, il lui est apparu que "seule la requérante, précédent adjudicataire du marché, a pu proposer tous les produits sélectionnés dans le cadre de la commande fictive" et que les "autres soumissionnaires n'étaient pas en mesure de répondre à cette commande fictive, étant donné qu'ils ignoraient [ses] besoins"; qu'elle en déduit que cette mauvaise "définition du besoin à satisfaire constitue donc le motif d'arrêt de la procédure, en ce qu'elle vicie l'entière de la procédure d'attribution"; qu'elle fait valoir également qu'en exigeant qu'elle "précise «le moyen développé par les

soumissionnaires qui serait à son estime fondé et qui motiverait la décision de retirer l'acte», la requérante revendique que la partie adverse exprime les motifs de ses motifs alors qu'elle n'y est pas tenue; qu'elle soutient que lorsque le soumissionnaire critique, comme en l'espèce, l'appréciation du pouvoir adjudicateur, il s'en déduit qu'il a compris les motifs de telle sorte que l'objectif de la loi précitée du 29 juillet 1991 est atteint; qu'enfin, elle indique que les recours, à la suite desquels l'acte attaqué a été adopté, ont été notifiés à la requérante qui connaissait dès lors précisément les critiques qui y étaient développées;

Considérant qu'après avoir examiné un des deux recours (aff. 198.349/VI/18.894) formés à l'encontre de la décision d'attribution du 21 octobre 2010, la partie adverse a valablement constaté qu'elle était illégale en raison de l'imprécision du cahier spécial des charges quant au besoin à satisfaire et du type de mécanisme de commande fictive servant à évaluer les offres qui ne lui permettaient pas de les comparer en respectant l'égalité entre les soumissionnaires; que cette demande de suspension a été notifiée à la requérante qui en connaît donc le contenu; que, dès lors, la motivation de l'acte attaqué apparaît suffisante; qu'elle permet en effet à la requérante de comprendre aisément que la partie adverse a retiré sa décision du 21 octobre 2010 et a arrêté la procédure en cours en raison de leur illégalité qui a été pointée dans l'un des recours; que, par ailleurs, étant donné que la requérante connaissait les moyens soulevés dans cette demande de suspension, elle n'a pu ignorer l'illégalité qui y était dénoncée et à laquelle la partie adverse s'est référée lorsqu'elle a fait état dans la motivation de l'acte attaqué de la nécessité de préciser le besoin à satisfaire dans le cahier spécial des charges; que le second moyen n'apparaît pas sérieux,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

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.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt janvier deux mille onze par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Yves HOUYET.