

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 212.371 du 1^{er} avril 2011

G./A.199.517/VI-19.057

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

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

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Association Intercommunale Hospitalière du
Sud-Hainaut et du Sud-Namurois,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et Virginie DOR,
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 requête unique introduite le 17 mars 2011 par la société anonyme COSEP, qui demande l'annulation et tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution "de la décision du 27 décembre 2010 de la partie adverse de ne pas retenir ses offres pour les deux lots du marché de services de coordination et de planification de travaux au Centre de Santé des Fagnes et à la maison de repos Le Chalon et d'attribuer ces deux lots à un autre soumissionnaire, le groupement d'intérêt économique MATES";

Vu l'ordonnance du 17 mars 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 29 mars 2011 à 11 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 Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur 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 de la demande sont les suivants :

1. Le 26 mai 2010, la partie adverse publie dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne un avis relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché public de services ayant pour objet la coordination générale de travaux et la planification pour la construction d'une nouvelle aile à l'hôpital Centre de Santé des Fagnes (lot 1) ainsi que la planification et la coordination sécurité santé pour la construction et le réaménagement de résidences pour la maison de repos Le Chalon (lot 2).

2. Le 16 juillet 2010, deux offres sont soumises à la partie adverse. L'une émane du groupement d'intérêt économique MATES et l'autre est déposée par la requérante.

3. Le 30 septembre 2010, la partie adverse attribue le marché public au groupement d'intérêt économique MATES. A la suite d'un recours en suspension formé, selon la procédure d'extrême urgence, par la requérante et enrôlé sous le n° G./A.197.987/VI-18.836, la partie adverse retire cette décision le 28 octobre 2010.

4. Le 27 décembre 2010, la partie adverse attribue le marché public au groupement d'intérêt économique MATES.

Il s'agit de l'acte attaqué;

Considérant qu'en tant que le recours est dirigé à l'encontre de la décision implicite de ne pas retenir l'offre de la requérante, la requête est irrecevable car il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle de la partie adverse quant à la détermination du soumissionnaire auquel il convient d'attribuer le marché public litigieux;

Considérant que la requérante soulève un troisième moyen pris de la violation de l'article 53 de la directive 2004/18 du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, du titre III et, en particulier, des articles 110, § 1^{er}, et 115 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, de l'article 1.10.2. du cahier spécial des charges ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir; qu'elle soutient qu'en violation des dispositions, invoquées à l'appui du moyen, la partie adverse a prévu dans le cahier spécial des charges deux critères d'attribution, à savoir celui concernant la connaissance technique de la construction en particulier dans le secteur hospitalier et celui relatif à l'expérience de la personne affectée à l'exécution du marché, qui sont également des critères de sélection; qu'elle précise que, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, des critères de sélection ne peuvent servir de critères d'attribution d'un marché public; qu'elle ajoute qu'elle a un intérêt à ce moyen car en l'absence de ces critères d'attribution illicites, les soumissionnaires auraient pu concevoir leurs offres différemment;

Considérant que la partie adverse répond que la requérante n'a pas d'intérêt à ce moyen en tant qu'il concerne le lot 1; qu'elle fait valoir que ce lot est relatif à une mission de surveillance d'un chantier que la requérante ne pourrait exécuter, que cette mission impliquerait que la requérante contrôle l'exécution d'un projet conçu par un bureau d'architecture dans lequel elle a un intérêt et que, dans une telle situation, l'article 10 de la loi précitée du 24 décembre 1993 interdit que la requérante effectue une telle surveillance; qu'elle estime que l'illégalité, invoquée par la requérante, ne lui a pas causé grief car elle a obtenu les mêmes cotes que sa concurrente pour les critères litigieux; que la partie adverse soutient que le moyen est tardif car la requérante n'a pas émis de critique au sujet du cahier spécial des charges avant de soumettre son offre; qu'elle ajoute que la requérante avait déjà formé un recours contre la décision du 30 septembre 2010, qui fut retirée, et qu'elle n'avait pas soulevé le présent moyen dans cette requête alors qu'elle aurait pu le faire; que, par ailleurs, elle considère que le moyen n'est pas sérieux car des critères, servant en principe pour la sélection, peuvent être utilisés pour l'attribution lorsqu'il s'agit d'un marché de services requérant que la personne chargée de l'exécuter dispose d'une connaissance et d'une expérience particulières;

Considérant, concernant la recevabilité du troisième moyen, que la partie adverse n'a pas écarté l'offre de la requérante en raison du fait que l'article 10 de la loi précitée du 24 décembre 1993 lui interdirait d'exécuter la mission de surveillance relevant du lot 1; qu'elle ne peut dès lors se prévaloir d'une telle interdiction pour

contester l'intérêt de la requérante à soulever le troisième moyen; que, par ailleurs, les critères d'attribution doivent être appréhendés dans leur globalité; qu'en conséquence, si les critères contestés par la requérante étaient illicites et ne pouvaient être appliqués par la partie adverse, la procédure litigieuse serait viciée dans son ensemble; que, dès lors, le fait que la partie adverse ait retenu des critères d'attribution qui ne pouvaient l'être, est susceptible de faire grief à la requérante même si elle a reçu pour les critères critiqués la même cote que sa concurrente; qu'enfin, la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre les prescriptions d'un cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si elle ne l'a pas contestée auprès de la partie adverse; qu'enfin, la requérante n'était pas davantage tenue de soulever le présent moyen à l'occasion du recours formé contre la décision du 30 septembre 2010 que la partie adverse a retirée; qu'elle a donc la faculté de l'invoquer de manière recevable à l'encontre de l'acte attaqué par lequel la partie adverse a clos la procédure de passation du marché public litigieux; que le troisième moyen est recevable;

Considérant, quant au sérieux du troisième moyen, que dans une procédure de passation d'un marché public, les étapes de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'examen de la régularité des offres et de leur comparaison au regard du ou des critères d'attribution sont nettement distinctes; que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché sont deux opérations séparées qui sont régies par des règles différentes; que sont exclus comme critères d'attribution ceux qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché public; que les normes, invoquées à l'appui du moyen, s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur retienne, comme critères d'attribution, les critères contestés qui portent sur la connaissance technique des soumissionnaires et sur l'expérience de leur personnel; qu'à première vue, ces critères ne concernent pas la qualité des offres mais la capacité des soumissionnaires à garantir une bonne exécution du marché public; que le troisième moyen est sérieux;

Considérant, concernant la balance des intérêts, que la partie adverse soutient qu'en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, elle devrait verser de lourdes indemnités pour les marchés publics déjà attribués qui sont sans commune mesure avec l'enjeu du litige actuel; qu'elle indique que la mise à la disposition des infrastructures concernées par le marché public litigieux aux patients de l'hôpital et aux pensionnaires de la maison de retraite serait retardée; qu'elle ajoute que la

procédure d'attribution a déjà été prolongée à la suite du premier recours formé contre la décision du 30 septembre 2010 dans lequel la requérante n'avait pas invoqué l'illégalité soulevée dans le troisième moyen de la présente requête;

Considérant que la partie adverse affirme qu'elle serait débitrice de lourdes indemnités si l'exécution de la décision contestée était suspendue; que, cependant, elle ne soumet aucun élément démontrant qu'elle aurait déjà attribué d'autres marchés publics et qu'elle aurait souscrit des engagements impliquant qu'elle devrait verser de telles indemnités; que, par ailleurs, selon le cahier spécial des charges, les travaux que la partie adverse entend réaliser ont trait à la construction d'une nouvelle aile d'un hôpital ainsi qu'à la construction de quinze résidences et au réaménagement d'une résidence pour une maison de repos; qu'il n'apparaît pas, et la partie adverse ne soutient pas, que la prolongation du délai nécessaire pour la réalisation de ces constructions nouvelles ou de ces travaux de réaménagement, affecterait gravement le fonctionnement de l'hôpital et de la maison de repos concernés; qu'il n'est donc pas avéré que d'éventuelles conséquences négatives, liées à la suspension de l'exécution de la décision entreprise, pourraient excéder les avantages qui en découleront,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du 27 décembre 2010 de la société coopérative à responsabilité limitée Association Intercommunale Hospitalière du Sud-Hainaut et du Sud-Namurois d'attribuer les deux lots du marché public de services de coordination et de planification de travaux au Centre de Santé des Fagnes et à la maison de repos Le Chalon au groupement d'intérêt économique MATES.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

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 dépens sont réservés.

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.