

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.542 du 28 novembre 2012

G./A.206.844/VI-19.755

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

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

contre :

**la société coopérative intercommunale centre hospitalier
universitaire et psychiatrique de Mons-Borinage,**

ayant élu domicile chez
Mes Philippe LEVERT et
Mathieu VELGHE, avocats,
avenue Louise, n° 149/22,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 31 octobre 2012, la société anonyme EUROFIDES sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision 9 juillet 2012 [de la société coopérative intercommunale centre hospitalier universitaire et psychiatrique de Mons-Borinage], qui ne retient pas l'offre de la requérante et attribue le marché à la société anonyme CONTENTIA."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 31 octobre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 22 novembre 2012 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Mathieu VELGHE et Philippe LEVERT, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Selon la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

III. 1. La partie adverse a fait publier un avis de marché public relatif à un appel d'offres ayant pour objet le recouvrement des créances hospitalières.

Ce premier marché a été abandonné et a abouti à la publication d'un nouvel avis de marché, le 2 février 2012, intitulé "recouvrement des créances hospitalières", publié sous le n° 2012-502178.

III. 2. L'article I.11 "Critères d'attribution" du cahier spécial des charges est ainsi rédigé :

" Les critères qui suivent sont d'application lors de l'attribution du marché :

1. Les réponses aux points d'attention et les plannings (annexe 1 à 3) : 30 points

- Points d'attention : 5 pts

- Plannings : 25 pts

2. Les outils de gestion (reporting, on-line ..., annexe 4 à 5) mis à disposition : 30 points

- Reporting : 15 pts

- On-line : 15 pts

3. La hauteur des commissions en faveur du soumissionnaire incluant tous les frais annexes à charge du CHUPMB le cas échéant (annexe A) : 40 points.

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué à l'offre la plus avantageuse suivant cette évaluation".

Dans les annexes, on peut lire :

" Annexe 2

Planning

Phase amiable

Le tableau repris ci-dessous reprendra pour chacune des étapes les actions prévues (validation des données transmises, courrier (type : mise en demeure, rappel, ...), contact téléphonique, SMS, visite au domicile, ...) Analyse de la solvabilité".

L'annexe 3, quant à elle, prévoit :

" Planning

Phase juridique

Le tableau repris ci-dessous reprendra pour chacune des étapes les actions prévues (courrier, citation, contact téléphonique, SMS, visite au domicile) Analyse de la solvabilité".

III. 3. La requérante a déposé une offre dans laquelle elle décrit son processus pour la phase amiable et la phase juridique, de la page 21 à la page 25.

La requérante affirme y avoir précisé notamment les délais pour les mises en demeure, relances téléphoniques, conciliateur.

Les échéances pour l'ensemble des étapes de la procédure amiable varient entre cinq et quinze jours, sauf pour la mission "conciliateur", qui est susceptible d'avoir une échéance maximum de trois mois si aucun résultat n'intervient.

La requérante a considéré qu'il s'agissait d'une échéance maximum et uniquement pour ce type particulier de résolution des problèmes.

Elle affirme que le recours à des conciliateurs permet en outre de se faire une meilleure idée de l'évaluation de la solvabilité des débiteurs, des plans d'apurement qui évitent des procédures judiciaires sont proposés, l'efficacité de la procédure amiable en est améliorée, apportant donc une plus-value quant à la mise en œuvre de la procédure.

Elle entend souligner qu'elle était la seule à proposer ce système de visites de conciliateurs, les autres soumissionnaires compensant l'absence de visite par un nombre accru de courriers, "S.M.S." et appels téléphoniques dans un laps de temps extrêmement court, ce qui augmente le taux de non résolution des procédures.

III. 4. La requérante a déposé son offre dans les délais et a reçu, en date du 16 octobre 2012, la décision du 15 octobre 2012 de la partie adverse, qui ne retient pas son offre.

Dans le tableau d'attribution des points, conformément au cahier spécial des charges, les points d'attention ont été notés sur 5.

La requérante a obtenu le maximum.

Par contre, pour le planning, vingt-cinq points ont été divisés en deux phases : quinze points ont été attribués pour la phase amiable et dix points pour la phase judiciaire.

La requérante a obtenu sept points pour la phase amiable alors que la société CONTENTIA obtenait quatorze points.

Pour la phase judiciaire, la requérante et la société CONTENTIA ont obtenu chacune sept points.

La requérante a remis le meilleur prix et arrive au total à 2,95 points de retard par rapport à la société soumissionnaire qui a emporté le marché.

III. 5. La requérante a pris connaissance de la motivation suivante dans la décision attaquée relativement à la question des plannings des phases amiable et juridique :

" Phase amiable : 7 points ont été attribués. Les raisons sont : la durée d'intervention est supérieure à la moyenne calculée pour l'ensemble des soumissionnaires avec un nombre d'étapes moindre.

Phase juridique : 7 points ont été attribués pour le suivi de la procédure judiciaire intégrant une dernière tentative de conciliation".

Sur ce même critère d'attribution, la société CONTENTIA a obtenu le marché avec la motivation suivante :

" Phase amiable : 14 points ont été attribués. Les raisons sont : la durée conforme à la moyenne calculée pour l'ensemble des soumissionnaires, envoi de 5 courriers qui reprend une alternative à l'impossibilité de l'utilisation des SMS et des E-MAIL et des visites domiciliaires.

Phase judiciaire : 7 points ont été attribués pour le suivi de la procédure judiciaire intégrant une dernière tentative de conciliation".

Selon la requérante, il s'agit de l'acte attaqué, daté du 9 juillet 2012 et notifié le 16 octobre 2012.

IV. EXTREME URGENCE

L'acte attaqué a été notifié à la requérante le 16 octobre 2012.

Le recours a été introduit le 31 octobre 2012, soit dans le délai de quinze jours prévus par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'urgence est suffisamment établie.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen "de la violation des principes généraux de droit et d'égalité des soumissionnaires, de proportionnalité, de bonne administration, de transparence, de l'article 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics".

Elle affirme, en substance, que le cahier spécial des charges est imprécis et incomplet, non seulement quant aux communications relatives au contenu des critères d'attribution mais encore à leur application, qu'il lui appartient de contester la légalité du cahier spécial des charges conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat que le cahier spécial des charges n'indique pas la répartition des points au niveau des plannings entre la procédure amiable et la procédure juridique, que, si "de ce point de vue, le principe d'égalité des soumissionnaires n'est peut-être pas violé [...], le principe de transparence l'est indiscutablement dans la mesure où le pouvoir adjudicateur peut répartir comme il l'entend l'importance des points attribués pour la phase amiable ou pour la phase juridique du recouvrement des créances, sans que les soumissionnaires n'en soient avisés", que ce défaut d'information est de nature à influencer la rédaction de l'offre, qu'il fallait soit prévoir deux critères d'attribution distincts, soit préciser que le planning devait être séparé en une phase amiable et en une phase juridique et, à ce moment, préciser la proportion de points pour chacune des phases, qu'au sein de chaque phase, il n'est pas précisé dans le cahier spécial des

charges comment sera pris en considération le critère de notation, que "ce reproche peut être également fait à propos des deuxième et troisième critères, soit les outils de gestion et la hauteur des commissions", qu'à titre d'exemple, en ce qui concerne le prix, il n'est pas indiqué dans le cahier spécial des charges que c'est une moyenne effectuée sur la base du prix le plus bas qui est appliquée et que, en admettant qu'il s'agisse d'un mode de calcul qui respecte la transparence et l'égalité des candidats, tel n'est pas le cas cependant du critère litigieux pour lequel la requérante n'a reçu que sept points sur quinze contrairement à son concurrent qui a emporté le marché et a reçu quatorze points sur quinze.

La requérante fait valoir que le cahier spécial des charges énonce comme critère d'attribution : "planning : 5 points", l'annexe 2, donnant comme précision :

" Le tableau repris ci-dessous reprendra pour chacune des étapes les actions prévues (validation des données transmises, courrier (type : mise en demeure, rappel, ...), contact téléphonique, SMS, visite à domicile, ...) Analyse de la solvabilité",

qu'à aucun moment cependant, la question de la pertinence ou de l'efficacité de l'ensemble de ces éléments n'est définie dans l'annexe 2 au cahier spécial des charges, que "plus grave encore, la question du délai n'est pas considérée dans le cahier spécial des charges comme étant un élément essentiel permettant de départager les différents soumissionnaires", alors que

" c'est précisément ce critère de délai qui va être notamment appliqué pour l'appréciation de ce critère puisqu'on lit dans la décision motivée, relativement à EUROFIDES :

«la durée d'intervention est supérieure à la moyenne calculée pour l'ensemble des soumissionnaires avec un nombre d'étapes moindre.»;

Dès lors, dans le rapport d'analyse des offres, non seulement le délai aurait une importance fondamentale pour la comparaison des différents soumissionnaires mais en outre le nombre d'étapes pouvait également entrer en ligne de compte ;

Ce faisant, l'auteur de l'acte attaqué s'est basé sur un cahier spécial des charges imprécis quant au contenu et à la mise en œuvre de ce critère d'attribution".

La requérante soutient que l'attention des soumissionnaires n'a pas été attirée sur l'importance de ces éléments dans le cahier spécial des charges, qu'en indiquant seize jours dans l'annexe 2 et 3 mois d'échéance maximale dans le corps de son offre pour la phase "conciliateur", elle ignorait qu'elle pouvait être notée sur ces critères.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse commence par affirmer que le moyen manque en droit en ce qu'il est pris de la violation de l'arrêté royal du 26

septembre 1996, lequel est étranger à l'espèce, et que les principes généraux d'égalité des soumissionnaires, de proportionnalité, de bonne administration et de transparence ne peuvent être lus isolément.

La partie adverse fait valoir, à titre subsidiaire, que la critique adressée au cahier spécial des charges par la requérante n'est pas fondée.

Elle rappelle l'énoncé 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 et celui de l'article 115, alinéa 2, 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 ainsi que les critères d'attribution du marché, tels que mentionnés par le cahier spécial des charges et précisés par ses annexes.

Quant au critère du planning, la partie adverse énonce que, pour un marché de recouvrement de créances, le critère d'attribution idéal consisterait dans le taux de recouvrement par les soumissionnaires de créances impayées qui leur sont confiées, qu'un tel critère est cependant purement théorique, que pour jauger l'efficacité et la cohérence du processus de recouvrement, elle a demandé aux soumissionnaires, qui sont tous des professionnels du recouvrement de créances et qui ne peuvent en ignorer les contraintes, de fournir un planning détaillé, un premier planning étant demandé pour la phase amiable et un second pour la phase judiciaire, que le rapport d'évaluation des offres précise la méthode retenue, qu'après avoir indiqué que le planning devait être séparé en une phase amiable et une phase juridique, elle n'était pas obligée de préciser dans le cahier spécial des charges la proportion de points qui serait attribuée pour chacune de ces phases ni la méthode d'évaluation appliquée, que les données du marché doivent être appréciées en fonction du soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent, que, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et celle du Conseil d'Etat, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa tâche et qu'il peut, sans modifier les critères d'attribution du marché établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées, hypothèse à laquelle correspond l'espèce, que la préférence donnée au recouvrement amiable procède d'un élément notoire qui ne devait pas être mentionné dans le cahier spécial des charges, qu'il est préférable à l'évidence de récupérer une créance de manière amiable sans devoir recourir à la phase judiciaire, que la requérante indique elle-même à l'appui de son offre qu'elle "privilégiera toujours un règlement amiable dans des délais raisonnables", qu'elle est particulièrement malvenue de reprocher à la partie adverse de ne pas avoir indiqué la prépondérance du recouvrement amiable dans le cahier spécial des charges, que cette préférence explique la répartition des

vingt-cinq points à concurrence de quinze points pour la phase amiable et de dix points pour la phase juridique, que la requérante ne soutient que par une pétition de principe que si cette ventilation lui avait été communiquée plus tôt, elle aurait préparé son offre en conséquence, "sachant qu'il n'y a pas 36 manières de récupérer une créance", que toute société de recouvrement de créance raisonnablement informée et normalement diligente pouvait déduire sans difficulté de l'annexe 2 Planning, phase amiable et de l'annexe 3 Planning, phase juridique que pour le critère du planning, les offres seraient évaluées "en fonction de la durée de réalisation de chacune des phases amiable et juridique, du nombre d'étapes qu'ils contiennent, des actions proposées et de leur fréquence, des actions planifiées et de leur pertinence et des techniques de communication utilisées", soit les éléments énoncés dans le rapport d'examen des offres, que la requérante ne peut soutenir que la question du délai n'est pas considérée dans le cahier spécial des charges comme un élément essentiel permettant de départager les différents soumissionnaires alors qu'il leur a été demandé de produire à l'appui de leur offre un planning détaillé de chacune des phases du processus de recouvrement, que la requérante faisait valoir à l'appui de son offre le caractère raisonnable des délais de règlement amiable, que le même raisonnement vaut pour la critique de la requérante en ce qu'elle soutient que le nombre d'étapes prévues au planning de recouvrement ne pouvait entrer en ligne de compte en l'absence d'indication dans le cahier spécial des charges, que le lien entre la mise en œuvre par la partie adverse de ce critère d'attribution et l'objet du marché était si étroit que les soumissionnaires ne pouvaient ignorer que ces éléments seraient pris en considération et qu'ils ne devaient pas être individualisés dans le cahier spécial des charges sous la forme de sous-critères d'attribution expressément et préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires.

La partie adverse affirme encore qu'elle n'avait pas l'obligation de préciser, dans le cahier spécial des charges, la méthode d'évaluation qui serait applicable au regard des critères relatifs aux outils de gestion et à la hauteur des commissions, soit en réalité le prix proposé par le soumissionnaire, d'autant moins que la requérante ne conteste pas l'application qui a été faite de ces critères d'attribution.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

On ne peut suivre la partie adverse en ce qu'elle affirme que le moyen manque en droit parce qu'il est pris de la violation de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, lequel serait étranger à l'espèce.

L'article 2 de cet arrêté royal prévoit en effet que les règles d'exécution applicables à un marché déterminé sont précisées, notamment, par le cahier spécial des charges contenant les règles particulières d'exécution ou les documents en tenant lieu.

En l'espèce, la requérante met en cause la légalité d'une disposition du cahier spécial des charges et de ses annexes applicables au présent marché.

Il appartient au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue de se fonder sur l'irrégularité d'une clause du cahier spécial des charges en vue de faire annuler ou suspendre l'exécution de la décision même d'attribution du marché.

La requérante critique essentiellement l'énoncé de l'article I.11 du cahier spécial des charges, point 1 - plannings et de son annexe 2 relatives au Planning en phase amiable, pour lequel elle a obtenu 7 points sur 15, alors que la société attributaire du marché en obtenait 14.

S'agissant des "Plannings", auxquels 25 points ont été attribués par l'article I.11 du cahier spécial des charges, et non pas 5, comme la requérante le mentionne erronément à la page 7 de sa requête, ils ont fait l'objet des annexes 2 pour la "phase amiable" et 3 pour la "phase juridique".

En phase amiable, les étapes des actions prévues faisaient l'objet d'exemples : "validation des données transmises, courrier (type : mise en demeure, rappel ...), contact téléphonique, S.M.S., visite au domicile ...) Analyse de la solvabilité", le tableau comportant une colonne "JOUR", J+0 et une colonne "ACTIONS".

En phase juridique, les étapes des actions prévues faisaient l'objet d'exemples : "courrier, citation, contact téléphonique, S.M.S., visite au domicile ...) Analyse de la solvabilité", le tableau comportant une colonne "JOUR", J+0 et une colonne "ACTIONS".

Selon le rapport d'examen des offres, celle de la requérante a reçu 7 points sur 15 pour la phase amiable et 7 points sur 10 pour la phase juridique, sur la base d'appréciation que la requérante a reproduite dans son exposé des faits.

La requérante affirme, *prima facie* à juste titre, que la pertinence ou l'efficacité des éléments figurant à l'annexe 2 du cahier spécial des charges n'a pas été définie dans les documents du marché, que la question du délai n'est pas considérée dans ces documents comme un élément essentiel permettant de départager les différents soumissionnaires, alors que c'est sur la base de ce délai que son offre a été

appréciée puisqu'il ressort de la décision motivée que "la durée d'intervention est supérieure à la moyenne calculée pour l'ensemble des soumissionnaires avec un nombre d'étapes moindres".

On ne peut suivre la partie adverse en ce qu'elle soutient que toute société de recouvrement de créance raisonnablement informée et normalement diligente pouvait déduire sans difficulté de l'annexe 2 Planning, phase amiable et de l'annexe 3 Planning, phase juridique que pour le critère du planning, les offres seraient évaluées en fonction de "la durée de réalisation de deux phases, le nombre d'étapes y reprises, leurs fréquences, l'action planifiée avec pour chacune d'elle une évaluation de leur pertinence, les techniques de communication utilisées et leur alternative", ces précisions étant énoncées dans le rapport d'examen des offres et non dans le cahier spécial des charges et ses annexes.

Prima facie, la requérante est fondée à conclure que la partie adverse a méconnu les principes d'égalité des soumissionnaires et de transparence invoqués au premier moyen.

Celui-ci paraît sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La requérante fait valoir que, dans le dossier en cause, un premier marché a été lancé préalablement à l'avis du 2 février 2012, que la décision attaquée a été prise le 9 juillet 2012 et seulement notifiée le 15 octobre 2012, qu'il ne semble dès lors pas qu'il y ait une grande urgence pour le pouvoir adjudicateur à attribuer ce marché, qu'en ce qui concerne l'intérêt de la requérante, il s'agit d'un marché extrêmement important (20.000 dossiers), d'une durée de deux à trois ans, avec un chiffre en bénéfice pour la requérante de 147.000 euros sur des montants à récupérer d'environ 3.000.000 d'euros, et que le C.H.U. de Mons compte parmi les quelques grands hôpitaux de Wallonie.

La partie adverse ne soutient pas, et il n'apparaît pas, que les conséquences négatives de la suspension de l'exécution de la décision attaquée pourraient l'emporter sur leurs avantages.

VII. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Dans sa note d'observations, la partie adverse énonce que la société CONTENTIA, attributaire du marché, a marqué son accord sur le dépôt de son offre

tout en souhaitant que la partie relative à l'extranet ne soit pas divulguée aux autres soumissionnaires.

La partie adverse demande que les extraits des autres offres soient considérés comme confidentiels.

Elle demande en outre qu'il en soit de même de la décision attaquée en ce qu'elle mentionne les prix des différentes offres.

Rien ne s'oppose, à ce stade de la procédure, à ce que la confidentialité des offres soit sauvegardée.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du 9 juillet 2012 par laquelle la société coopérative intercommunale centre hospitalier universitaire et psychiatrique de Mons-Borinage attribue le marché public de services ayant pour objet le recouvrement de créances hospitalières à la société anonyme CONTENTIA.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les documents constitutifs des offres des sociétés EUROFIDES, PINCHART - COLLEE - JULIANI, VENTURIS, CONTENTIA, LEROY et ASSOCIES, JAUMOTTE, IRC GROUP, FINARIUS et INTRUMJUSTICIA demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Il en est de même de la décision attaquée et du rapport d'examen des offres tels qu'ils figurent aux pièces numérotées 9 et 11 du dossier administratif.

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 vingt-huit novembre deux mille douze par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.