CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.074 du 9 avril 2014

G./A.211.776/VI-20.160

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

ayant élu domicile chez
Me Kim Eric MÖRIC, avocat,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Association Iris-Achats,

ayant élu domicile chez
Me France VLASSEMBROUCK, avocat,
rue Neerveld, nos 101-103,
1200 Bruxelles.

LE PRESIDENT DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 27 février 2014, la société anonyme HOSPITERA sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution :

" - de la décision du 6 février 2014 de la Partie adverse, approuvée le 7 février 2014 par le Bureau du Conseil d'administration de la Partie adverse, d'attribuer le marché public de fournitures concernant l'«Achat, installation, mise en service et maintenance de stérilisateurs à vapeur avec générateur de vapeur intégré à double porte et Laveur/Désinfecteur/Sécheur de chariot et dispositifs médicaux à chargement au sol à double porte – lot 1 (4 stérilisateurs à vapeur avec générateur de vapeur intégré à double porte)»;
- de la décision de la Partie adverse de rejeter l'offre de la Partie requérante en raison de ce que, selon la Partie adverse, la Partie requérante ne satisferait pas les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière pour ce marché public".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 février 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 3 avril 2014 à 10 heures 30.

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

M^me^ le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Kim Eric MÖRIC, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me France VLASSEMBROUCK, avocat, comparaissant la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a 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

Le lot 1 du marché public litigieux a été attribué par appel d'offres ouvert à la société de droit allemand M.M.M. MÜNCHENER MEDIZIN MECHANIK. Il s'agit de la première décision attaquée.

La seconde décision attaquée consiste dans le rejet de l'offre de la partie requérante au stade de la sélection.

IV. CONFIDENTIALITE

La partie requérante demande le traitement confidentiel, à l'égard de toute partie intervenante, de son offre et en particulier des détails de l'offre technique et des prix repris en pièce 8 – partie 2 de son dossier de pièces.

La partie adverse souhaite que soit préservée la confidentialité des annexes aux pièces 5 et 7 du dossier administratif ainsi que de la pièce 15.2 de celui-ci, à savoir les annexes aux courriers adressés par la société HOSPITHERA à l'Association Iris-Achats le 19 novembre 2013 et le 7 janvier 2014 et la partie technique de l'offre de la société HOSPITHERA.

Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces.

V. SECOND MOYEN

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Le second moyen est pris de la violation du principe général du droit d'égalité de traitement consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de l'obligation de transparence dans les marchés publics.

La partie requérante soutient, en substance, que la partie adverse a créé un niveau d'exigence minimal en matière de capacité économique et financière qui n'avait pas été porté à l'attention des soumissionnaires dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges.

B. Note d'observations

La partie adverse soutient, en substance, que, pour ce qui concerne la recevabilité du moyen, la partie requérante n'a pas intérêt à celui-ci car elle ne critique pas le critère de sélection relatif à la capacité économique et financière que constitue la bonne santé économique du soumissionnaire, que la décision attaquée considère que la partie requérante ne présente pas une bonne santé financière, que le but poursuivi par la partie requérante est de pouvoir présenter des informations de nature à rassurer l'autorité adjudicatrice et d'ainsi être sélectionnée, qu'une suspension sur la base de ce moyen serait impuissante à atteindre ce résultat car la partie requérante n'en resterait pas moins dans une situation financière autre que bonne, que la chance de se voir attribuer le marché fait défaut et que rien n’empêchait la partie requérante de déposer les informations nécessaires pour rassurer l'autorité adjudicatrice. Pour ce qui concerne le fond, la partie adverse fait valoir que le moyen repose sur une lecture inexacte de la décision attaquée, qu'il n'en résulte pas que le déficit de 5.000.000 d'euros constituerait un niveau minimal d'exigence, que la décision attaquée se limite à relever que la partie requérante a un actif net inférieur à la moitié de son capital social, qu'elle devra apurer la somme précitée en cas de continuation des activités et que le risque pour l'autorité adjudicatrice de se retrouver avec un cocontractant en état de faillite ou de réorganisation n'était pas négligeable alors qu'il s'agit d'un contrat de dix ans traduisant un partenariat à long terme.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Recevabilité du moyen

La partie adverse se méprend sur les termes de la requête lorsqu'elle affirme que la partie requérante ne critique pas le critère relatif à la capacité

économique et financière. En effet, en indiquant que la partie adverse a créé un critère d'exigence minimale non annoncé, la partie requérante critique l'absence d'un tel critère dans les documents du marché et sa nécessaire précision.

Par ailleurs, la question de l'admissibilité de la mention "bonne santé financière" est liée au fond du moyen.

De plus, la question de la chance de se voir attribuer le marché mis en compétition ne doit pas être examinée à ce stade car elle présuppose que l'autorité adjudicatrice, si elle devait relancer le marché ou adapter l'avis de marché, choisirait des éléments de capacité financière et économique tels que la partie requérante ne pourrait se voir attribuer le marché, ce qui, d'une part, confinerait au détournement de pouvoir et, d'autre part, ne repose sur aucun élément concret.

Le second moyen est recevable.

B. Caractère sérieux

L'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel qu'applicable en l'espèce, qui renvoie notamment à l'article 67 de ce même arrêté, prévoit ce qui suit:

" § 1er. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.
Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir.".

L'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité impose donc la fixation de niveaux minimum d'exigence des critères de caractère financier, économique, technique ou professionnel.

Si l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 a pour effet de limiter le nombre de soumissionnaires dont les offres seront comparées, cette circonstance ne constitue cependant pas, en soi, une atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination. L'objectif clairement affirmé de cette disposition

est en effet de fixer des niveaux de performance en rapport avec l'objet du marché. Les niveaux doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.

Quant à la transparence en matière de sélection qualitative, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que "la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres"(C.J.C.E., 12 déc. 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, pt 93).

En l'espèce, l'avis de marché est rédigé comme suit pour ce qui concerne la capacité financière et économique :

" Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si [les exigences de capacité économique et financière] sont remplies :

• Des déclarations bancaires appropriées justifiant une bonne santé financière, les comptes de résultats et bilans des deux dernières années comptables".

Quant au cahier spécial des charges, il est rédigé comme suit au point II.5. Sélection qualitative, II.5.2. Capacité économique et financière du soumissionnaire – références requises (critères de sélection):

" Des déclarations bancaires appropriées justifiant une bonne santé financière, les comptes de résultats et bilans des deux dernières années comptables".

Il apparaît clairement de la simple lecture de ces documents qu'aucun niveau d'exigence n'est fixé conformément aux règles prévues dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ni même de manière simplement précise et pertinente. La notion de "bonne santé financière" n'est nullement précisée au moyen de critères précis avec indication de niveaux d'exigence et fixation d'un niveau minimum, alors que le marché est passé en procédure ouverte, comme l'imposent l'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ainsi que les principes généraux d'égalité et de transparence.

Le second moyen est donc sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne demande pas que le Conseil d'État procède, en application de l'article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, à une balance des intérêts et

n'indique d'ailleurs aucun élément établissant que les conséquences négatives d'une suspension pourraient l'emporter sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision du 6 février 2014 de l'Association Iris-Achats, approuvée le 7 février 2014 par le bureau du conseil d'administration, de ne pas sélectionner l'offre déposée par la société HOSPITHERA dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public de fournitures concernant l'"Achat, installation, mise en service et maintenance de stérilisateurs à vapeur avec générateur de vapeur intégré à double porte et Laveur/Désinfecteurs/Sécheur de chariot et dispositifs médicaux à chargement au sol à double porte – lot 1 (4 stérilisateurs à vapeur avec générateur de vapeur intégré à double porte)" et d'attribuer le lot 1 dudit marché à la société M.M.M. MÜNCHENER MEDIZIN MECHANIK.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 8 – partie 2 du dossier de pièces de la requérante ainsi que la pièce 15.2 et les annexes aux pièces 5 et 7 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 neuf avril deux mille quatorze par :

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

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Odile DAURMONT.