

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.990 du 24 juillet 2015

G./A.216.337/VI-20.493

En cause : **la société anonyme S.C.A.
HYGIENE PRODUCTS,**

ayant élu domicile chez
Mes Carlos DE WOLF et
Anthony VERHEGGEN, avocats,
Etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

**le Centre public d'action
sociale de Charleroi,**
en abrégé C.P.A.S. de Charleroi,

ayant élu domicile chez
Mes Sébastien DEPRE et
Evrard de LOPHEM, avocats,
place Flagey, n° 7,
1050 Bruxelles.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la requête introduite le 3 juillet 2015 par la société anonyme S.C.A. HYGIENE PRODUCTS qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Conseil d'Administration [du C.P.A.S. de Charleroi] d'attribuer le lot 1 du marché public «Marché cadre pour la fourniture de produits de nursing» à la [société ONTEX], et alors pas à la partie requérante";

Vu l'ordonnance du 6 juillet 2015, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 22 juillet 2015 à 9 heures 30;

Vu le paiement, dans le délai prescrit, des droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. Jacques VANHAEVERBEEK, Président de chambre;

Entendu en leurs observations Me Anthony VERHEGGEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Evrard de LOPHEM et Marie LAMBERT de ROUVROIT, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Christian AMELYNCK, 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 du recours se présentent comme suit :

1. Par un avis publié dans le Bulletin des adjudications, le 22 juillet 2014, et au Journal officiel de l'Union européenne, le 26 juillet 2014, la partie adverse lance une procédure d'attribution d'un marché public par appel d'offres ouvert ayant pour objet "un marché cadre pour la fourniture de produits de nursing". Le marché est divisé en cinq lots. Le lot 1 concerne les "protections pour incontinence".

2. Le cahier spécial des charges précise que les fournitures faisant l'objet du marché sont achetées par le C.P.A.S. pour les pensionnaires de neuf maisons de repos citées, mais que d'autres devront éventuellement être livrées en cours d'exécution du marché.

Les critères d'attribution du marché sont les suivants :

- " - le prix (60%);
- la qualité des produits (20%), évaluée sur la base des résultats des tests effectués en maison de repos (10 points) et des améliorations proposées par les soumissionnaires par rapport aux exigences techniques minimales (10 points);
- la description d'une politique environnementale et sociale (20%), évaluée sur la base de la chaîne de production des produits (5 points), la présentation d'un programme effectif de recherche/développement (5 points), la réponse aux normes belges en matière sociale (5 points) et l'intégration des normes et/ou labels de qualité (5 points)".

Les produits à fournir sont décrits avec précision dans le cahier spécial des charges.

3. Cinq offres, dont celle de la requérante, sont déposées pour le lot 1.

4. Un rapport d'examen des offres est rédigé le 30 avril 2015.

5. Le 22 mai 2015, le conseil de l'action sociale de la partie adverse décide de ne pas considérer l'offre de la requérante, pour le lot 1 (protections pour incontinences), comme complète et régulière pour le motif suivant :

" Le matériel demandé en échantillon n'a pas été intégralement déposé par le soumissionnaire et certains changes sont encore au stade de prototype et les prototypes livrés en échantillons ne sauraient être scrupuleusement les mêmes que ceux qui seront proposés durant l'exécution du marché cf. CSCH III.4. L'offre est considérée comme irrégulière et est donc évincée".

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, attribue également le lot 1 du marché à la société ONTEX.

6. Par une lettre recommandée datée du 26 mai 2015, mais confiée à la poste le 8 juin 2015, la requérante est informée de ce que son offre n'est pas choisie pour les lots 1, 2 et 4.

Faisant suite à la demande de la requérante, la partie adverse lui transmet la décision attaquée, par un pli recommandé et un courriel du 19 juin 2015;

Considérant que la requérante demande la suspension de la décision de la partie adverse "d'attribuer le lot 1 du marché public «marché cadre pour la fourniture de produits de nursing» à la partie intéressée, et alors pas à la partie requérante";

Considérant que la décision attaquée déclare l'offre de la requérante pour le lot 1 irrégulière et décide d'attribuer ce lot à la société ONTEX; que s'il ne peut être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision qui déclare son offre irrégulière, il n'en reste pas moins que pour obtenir la censure de ce refus implicite, il doit démontrer, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué; qu'en l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux; qu'il s'ensuit qu'en tant que la demande semble également être dirigée contre le refus implicite d'attribuer le lot 1 du marché litigieux à la requérante, elle est irrecevable;

Considérant que la requérante prend un premier moyen de la violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 10 et 11 de la

Constitution (principe d'égalité des soumissionnaires), de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que de l'obligation de motivation matérielle et du principe de prudence; qu'elle fait état, dans une première branche, d'un traitement inégal des soumissionnaires en ce qui concerne la comparaison, pour le lot 1, de son offre et de celle de la société ONTEX; qu'elle fait valoir qu'elle se trouve dans une situation identique à celle de cette dernière à propos de laquelle la partie adverse relève que "4 produits sur 21 sont inférieurs aux normes ISO et capacité d'absorption demandées", alors qu'en ce qui la concerne, il n'y a qu'un produit sur vingt-et-un inférieur à ces normes et qu'au contraire de l'offre de la société ONTEX, son offre a été déclarée irrégulière; qu'elle estime, par ailleurs, que son offre pour le lot 1 a été traitée, sans aucune justification possible, différemment des offres de la firme PAUL HARTMANN (lot 2) et de la société ONTEX (lot 4) ainsi que de ses propres offres pour les lots 2 et 3; qu'elle relève que l'absence de certains produits dans le cadre d'autres lots et pour les autres soumissionnaires n'a pas entraîné l'irrégularité de ces autres offres sans que la partie adverse ne s'en explique; qu'elle soutient, dans une seconde branche, que "la qualification des changes complets taille XL livrés dans la phase du test comme «prototype» est erronée et sans fondement"; qu'elle explique qu'alors qu'elle était tenue de livrer dans la phase du test, les changes complets taille XL tant avec une capacité d'absorption de 3100 ml qu'avec une capacité d'absorption de 3800 ml, n'ayant pas un produit répondant à cette dernière exigence, elle a livré, pour les deux catégories, des changes avec une capacité d'absorption de 3100 ml, ce qui a amené la partie adverse à déclarer son offre irrégulière; qu'elle affirme n'avoir jamais déclaré que ces changes étaient des prototypes; qu'elle déduit de ces différents éléments que la décision attaquée viole les principes de prudence et de motivation matérielle qui requièrent une enquête prudente des offres;

Considérant, sur les deux branches du moyen réunies, que la décision attaquée relève, en ce qui concerne l'examen matériel des offres pour le lot 1 (protections pour incontinence), "une omission dans le lot 1 ligne 21 p. 8" correspondant au "change complet taille XL, absorption ISO minimum 3800 ml"; qu'il est en outre précisé que "le matériel demandé en échantillon n'a pas été intégralement déposé"; que le cahier spécial des charges prévoyait à cet égard (point III.4. Réalisation de tests) que "le soumissionnaire ne remettant pas les échantillons réclamés sera évincé compte tenu de l'impossibilité du pouvoir adjudicateur de comparer l'offre de celui-ci avec les autres"; que contrairement à ce que fait valoir la requérante, son offre n'a pas été traitée différemment de celle de la société ONTEX pour le lot 1 à propos de laquelle la décision attaquée indique que "4 produits sur 21 sont inférieurs aux normes ISO et capacité d'absorption demandées mais ne concernent que de petites différences et seulement pour l'incontinence légère; cela n'engendrera aucun problème de fonctionnement ni aucun inconfort pour les

utilisateurs. Ces non conformités ne sont pas considérées comme essentielles par le pouvoir adjudicateur"; qu'outre que le motif retenu par la partie adverse n'est pas le même, non-respect du cahier spécial des charges par le non-dépôt d'une partie du matériel demandé, dans le chef de la requérante, et non-respect des normes ISO concernant quatre des vingt-et-un produits concernés en ce qui concerne la société ONTEX, force est de constater que l'explication donnée par la requérante en termes de requête, selon laquelle elle a, pour les deux catégories de change XL pour adultes (absorption ISO minimum 3100 ml et 3800 ml), déposé des changes d'une capacité d'absorption de 3100 ml, n'est pas pertinente; que le manque de capacité d'absorption de 100 ml par rapport à la norme demandée, qui affecte certains produits proposés par la société ONTEX, peut en effet valablement être considéré comme non essentiel, au contraire d'un manque de capacité d'absorption de 700 ml; que par ailleurs, ainsi que le relève la partie adverse en termes de plaidoirie, s'il est toujours possible d'utiliser un change de taille supérieure à la place d'un change de taille inférieure, l'inverse n'est pas possible; qu'en ce qui concerne l'examen des offres déposées dans d'autres lots que le lot 1, il convient de souligner que chaque lot devant être envisagé comme un marché distinct, les offres déposées pour chacun de ces lots ne peuvent être comparées; qu'enfin, la question de la qualification des changes complets taille XL livrés dans la phase du test comme "prototype" est sans intérêt puisque l'offre de la requérante a, à titre principal, été considérée comme irrégulière pour le motif qu'elle comportait une omission pour le poste 21 et que le matériel demandé en échantillon n'avait pas été intégralement déposé, motif qui, à lui seul, justifie valablement la décision attaquée; que le moyen n'est dès lors pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un second moyen de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 précitée ainsi que de l'obligation de motivation matérielle et du principe de prudence; qu'elle soutient que le matériel demandé par la partie adverse dans le cadre du test pour le lot 1 n'était pas représentatif du marché et ne pouvait donc pas conduire à l'identification de l'offre régulière économiquement la plus avantageuse; qu'elle fait à cet égard valoir que les produits demandés ne représentent qu'un volume de 32.272 pièces sur un total de 2.757.937, soit environ 1,2 % de l'ensemble du lot 1;

Considérant que la partie adverse a valablement pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que le poste des changes de taille XL était déterminant et qu'il justifiait le dépôt d'échantillons par les soumissionnaires; que pour le surplus, la requérante, dont l'offre pour le lot 1 a été déclarée irrégulière, n'a pas d'intérêt à contester les critères d'attribution du marché et la manière dont la partie adverse les a appliqués; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que la partie requérante dépose son offre à titre confidentiel;

Considérant que la partie adverse souhaite que soit assurée la confidentialité des offres ainsi que "des informations supplémentaires transmises par les soumissionnaires dans le cadre de la procédure de passation du marché" qu'elle dépose au dossier administratif;

Considérant que, dès lors que la divulgation de ces documents n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité;

Considérant que la partie adverse sollicite qu'une indemnité de procédure de sept cent euros lui soit accordée; qu'il y a lieu de faire droit à cette demande,

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce A du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces 12 à 19, 22, 24 et 41 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le vingt-quatre juillet deux mille quinze par :

MM. Jacques VANHAEVERBEEK,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques VANHAEVERBEEK.