

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.648 du 1^{er} décembre 2016

G./A.220.625/VI-20.895

En cause : **la société anonyme KONE BELGIUM,**

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

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire de Liège,
en abrégé C.H.U. Liège,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme SCHINDLER,

ayant élu domicile chez
Me Philip PEERENS, avocat,
boulevard du Souverain, n° 100,
1170 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 2 novembre 2016, la société anonyme KONE BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse le 18 octobre 2016 et notifiée le même jour à la requérante, de sélectionner Schindler, de considérer l'offre de Schindler comme complète et régulière et «d'attribuer le marché "Construction d'un nouveau bâtiment CIO-Unilab à savoir le regroupement des laboratoires d'analyses cliniques et la création d'un centre intégré d'oncologie : Ascenseurs et engins de levage" au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit Schindler, Rue de la Source 15 à 1060 Bruxelles, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de

720.905,00 € hors TVA ou 872.295,05 €, TVA comprise» et la décision, par conséquent, implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 3 novembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 novembre 2016 à 10 heures.

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

La société anonyme SCHINDLER a, par une requête introduite le 21 novembre 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Les 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 ont été acquittés.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me France VLASSEMBROUCK, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Isabelle VERSCHUEREN, *loco* Me Philip PEERENS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue 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

III. 1. La partie adverse a publié un avis de marché le 11 février 2016 au Bulletin des adjudications et le 16 février 2016 au Journal officiel de l'Union européenne, portant sur la "Construction d'un nouveau bâtiment CIO-Unilab à savoir le regroupement des laboratoires d'analyses cliniques et la création d'un centre intégré d'oncologie : Ascenseurs et engins de levage".

Le mode de passation du marché est l'adjudication ouverte.

L'avis de marché et le cahier spécial des charges prévoient notamment que pour prouver leur capacité financière, les soumissionnaires doivent, "déposer les bilans et comptes de résultats tels que déposés au greffe du tribunal de commerce et concernant les trois dernières années précédant celle de l'ouverture des offres". Ils précisent ce qui suit :

- " Les soumissionnaires ne seront sélectionnés que si :
- Ratios de liquidité :
 - o Le ratio de liquidité est supérieur ou égal à 1 (arrondi à la 2^e décimale);
 - o Le fonds de roulement net est positif;
 - Ratios de rentabilité :
 - o La capacité d'autofinancement est positive;
 - o La valeur ajoutée brute est positive;
 - Ratios de solvabilité :
 - o Le degré d'endettement global est inférieur à 95% (arrondi à la 2^e décimale);
 - o Le pourcentage de couverture des fonds de tiers par le cash-flow est positif.

Néanmoins, la société présentant un ou plusieurs ratios inférieurs à la demande pourra être sélectionnée si elle est couverte

- soit par ses associés (en cas d'association momentanée),
- soit par sa maison mère,

à la condition que le soumissionnaire joigne à son offre le document démontrant la solidarité financière des «garants»".

III. 2. Les 18 et 23 février 2016, la partie adverse a publié, respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, un avis d'informations complémentaires.

III. 3. Lors de la séance d'ouvertures des offres, le 31 mars 2016, deux offres sont déposées, à savoir celle de la requérante et celle de la société anonyme SCHINDLER.

III. 4. Le 3 mai 2016, la partie adverse adresse à la société anonyme SCHINDLER un courriel rédigé en ces termes :

" Madame, Monsieur,

Le 31 mars dernier, vous avez déposé une offre dans le cadre du marché repris en rubrique.

L'analyse des bilans transmis laisse apparaître un ratio de liquidité inférieur à 1, un fonds de roulement négatif, une capacité d'autofinancement négative ainsi qu'un pourcentage de couverture des fonds de tiers par le cash flow négatif.

En conséquence, conformément au § 5 de la partie I des clauses administratives du cahier spécial des charges, pourriez-vous nous fournir, pour le mardi 17 mai 2016 au plus tard délai de rigueur, un document pertinent démontrant la solidarité de votre maison mère au moment du dépôt de votre offre ?

[...]"

III. 5. Par un courriel du 27 juin 2016, la société anonyme SCHINDLER transmet à la partie adverse le document demandé. Ce document porte la date du 30 mars 2016.

III. 6. L'auteur du projet rédige un rapport d'analyse des offres dans lequel il considère que la société anonyme SCHINDLER a transmis un "(document) pertinent démontrant la solidarité financière [...] de la maison-mère", et que par conséquent, cette société répond au critère de capacité économique et financière.

Il conclut son analyse des offres comme suit :

- " - L'Architecte constate que la firme SCHINDLER sa a fourni dans le délai imparti toutes les justifications nécessaires au sens du § 2 de l'article 99 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, et que qualitativement ladite société satisfait donc à la sélection.
- L'Architecte constate aussi que, sur base des quantités retenues pour la comparaison des offres, l'offre conforme la plus basse est celle de la firme SCHINDLER sa pour un montant de 720.905,00 € HTVA.
- En conséquence, l'Architecte conseille de désigner la firme SCHINDLER sa adjudicataire pour le marché 8 «Ascenseurs» et de lui passer commande pour un montant de 720.905,00 € HTVA sur base des quantités admises et du bordereau qui sera transmis ultérieurement".

III. 7. Le 18 octobre 2016, la partie adverse, faisant sien le rapport d'analyse des offres, a décidé de sélectionner la requérante et la société anonyme SCHINDLER, de considérer leurs offres comme complètes et régulières, d'approuver la proposition d'attribution du marché litigieux et d'attribuer celui-ci à la société anonyme SCHINDLER. Le rapport d'examen des offres est annexé à la délibération, qui indique qu'il en fait partie intégrante.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cet acte a été notifié à la requérante par courriel et par envoi recommandé du 18 octobre 2016.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 21 novembre 2016, la société anonyme SCHINDLER demande à intervenir dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE

La partie adverse soulève, dans sa note d'observations, une exception d'irrecevabilité *ratione temporis*. Elle indique toutefois à l'audience qu'elle renonce à cette exception.

En toute hypothèse, la décision ayant été notifiée à la requérante le 18 octobre 2016, le recours en suspension d'extrême urgence introduit le 2 novembre 2016, date du cachet de la poste figurant sur l'envoi recommandé, est formé dans le délai de quinze jours fixé par 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 et est, par conséquent, recevable *ratione temporis*.

VI. MOYEN UNIQUE

VI. 1. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique "de la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 4, al. 1^{er}, 8°, 29, § 1^{er} 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 58, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2° et al. 2, 59, 1° et 2°, 67, § 1^{er} et § 2, 99 § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article III.2.2 concernant la capacité économique et financière des avis de marché publiés au Bulletin des Adjudications les 11 et 18 février 2016 et au JOUE des 16 et 23 février 2016, de l'article 5 relatif à la capacité économique et financière de la partie I des clauses administratives du cahier spécial des charges «Centre hospitalier universitaire de Liège, Construction d'un nouveau bâtiment CIO-Unilab au C.H.U. de Liège sur le site du Sart Tilman. Marché 08 : Ascenseurs et engins de levage», des principes généraux du droit «*patere legem quam ipse fecisti*», de motivation matérielle des actes administratifs, de bonne administration, ainsi que de l'excès de pouvoir".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir considéré que la partie intervenante a transmis dans le délai imparti le document démontrant la solidarité financière de sa maison-mère pour prouver qu'elle répond aux critères financiers requis par le cahier spécial des charges et d'en avoir conclu que, par

conséquent, elle a fourni toutes les justifications nécessaires "au sens du § 2 de l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

Dans une première branche, elle rappelle qu'"en cas de non-satisfaction à un ou plusieurs ratios en matière de bilans et de comptes de résultats, l'article III.2.2 concernant la capacité économique et financière des avis de marché et l'article 5 relatif à la capacité économique et financière de la partie I des clauses administratives du cahier spécial des charges imposent au soumissionnaire de produire un document attestant de la solidarité financière des associés momentanés ou de la société mère". Elle ajoute que si, "en vertu de l'article 59, 1° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur peut inviter les soumissionnaires à compléter ou expliciter les renseignements et documents visés en matière de sélection qualitative [...], il appartient dans ce cadre au pouvoir adjudicateur de respecter les règles qu'il s'est lui-même fixées en vertu du principe *patere legem quam ipse fecisti*".

Elle relève qu'"en l'espèce, il résulte du rapport d'analyse des offres que l'analyse des bilans et comptes de résultats de Schindler laisse apparaître un ratio de liquidité inférieur à un, un fonds de roulement négatif, une capacité d'autofinancement négative et un pourcentage de couverture des fonds de tiers par le cash flow négatif, de sorte que Schindler aurait dû joindre à son offre un document démontrant la solidarité financière de garants, telle la société mère".

Elle souligne qu'après avoir posé ce constat et avoir, faisant application de l'article 59, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, invité la partie intervenante à produire le document de solidarité financière de la société mère pour le 17 mai 2016, en indiquant que ce délai était "de rigueur", la partie adverse a néanmoins tenu compte du document envoyé le 27 juin 2016 par la partie intervenante, soit bien après l'expiration du délai qu'elle lui avait fixé.

Or, selon elle, dès lors que la partie adverse avait imposé à la partie intervenante le respect d'un délai de rigueur, le dépassement d'un tel délai devait nécessairement entraîner une sanction "qui, dans ce cas, aurait dû être l'écartement du document produit avec retard et, donc, la non-sélection de Schindler". Elle précise qu'"il en va d'autant plus ainsi que le document concerné porte la date du 30 mars 2016, soit une date antérieure au dépôt des offres et bien antérieure au délai imparti du 17 mai 2016".

Elle fait encore grief au rapport d'analyse des offres, que fait sien la partie adverse, d'indiquer que les éléments transmis par la partie intervenante étaient complets, même antérieurement à l'envoi du document de solidarité financière de la société mère et d'avoir ensuite, après la production de ce document, considéré que la

partie intervenante a "fourni dans le délai imparti toutes les justifications nécessaires au sens du § 2 de l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et que qualitativement ladite société satisfait donc à la sélection".

Elle estime, enfin, que l'acte attaqué a aussi violé l'article 99, § 2 précité, dès lors que cet article ne se rapporte pas à la sélection mais à la régularité des offres au niveau des prix.

Dans une seconde branche, la requérante fait valoir qu'"en vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ceux-ci doivent être motivés formellement et les motifs doivent être adéquats et pertinents [et qu'en] vertu des articles 4, al. 1^{er}, 8°, 29, § 1^{er} 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 et du principe général de droit de motivation matérielle des actes administratifs, la décision d'attribution doit être motivée et les motifs doivent être exacts".

Or, elle estime que "l'acte attaqué contient une motivation contradictoire, dès lors qu'il ressort des e-mails de la partie adverse du 3 mai 2016 et de Schindler du 27 juin 2016 - mails intégrés dans le rapport d'analyse des offres - que Schindler a remis le document de solidarité financière de sa société mère après l'expiration du délai de rigueur, alors que le rapport constate que les éléments transmis par Schindler sont complets même avant, et donc, sans ce document et qu'il conclut après la production de ce document que Schindler a remis toutes les justifications dans le délai imparti".

Elle ajoute qu'"à tout le moins, l'acte attaqué n'indique pas en quoi il considère que les justifications auraient été remises dans le délai imparti".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat sur les deux branches réunies

L'avis de marché, en son point III.2.2., relatif à la capacité économique et financière des soumissionnaires, prévoit que ceux-ci ne pourront être sélectionnés que si l'analyse de leurs bilans et comptes de résultats relatifs aux trois années précédant celle de l'ouverture des offres fait apparaître qu'ils satisfont à certaines conditions quant aux ratios de liquidité, de rentabilité et de solvabilité. Cette exigence est toutefois nuancée par l'indication suivante :

- " Néanmoins, la société présentant un ou plusieurs ratios inférieurs à la demande, pourra être sélectionnée si elle est couverte
 - soit par ses associés (en cas d'association momentanée),
 - soit par sa maison mère,

à la condition que le soumissionnaire joigne à son offre le document démontrant la solidarité financière des «garants»".

Cette condition de sélection qualitative est reprise au point 5 de la partie I des clauses administratives du cahier spécial des charges.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la partie intervenante présentait des ratios inférieurs aux critères prévus par l'avis de marché et le cahier spécial des charges. Il n'est pas contesté non plus qu'elle n'a pas joint à son offre de document démontrant la solidarité financière de son "garant", en l'occurrence sa maison-mère. Toutefois, rien n'indique, et la requérante ne le soutient d'ailleurs pas, que la jonction à l'offre de ce document constituait une condition imposée à peine de nullité. Comme en convient la requérante, l'article 59, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques autorisait, dès lors, la partie adverse à inviter la partie intervenante à compléter les documents relatifs à sa capacité financière.

La partie adverse a envoyé le 3 mai 2016 à la partie intervenante un courriel l'invitant à transmettre un document établissant la solidarité financière de sa maison-mère. Bien qu'il n'en soit pas fait mention expressément, cette demande trouve son fondement dans l'article 59, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. La référence à l'article 99, § 2, du même arrêté en page 33 du rapport d'analyse des offres procède de toute évidence d'une erreur matérielle qui ne saurait, à elle seule, entraîner l'irrégularité de la démarche de la partie adverse. La requérante ne s'est, par ailleurs, pas trompée sur la nature et la portée de cette démarche, ainsi qu'en attestent les développements de sa requête.

La requérante soutient, toutefois, que si la partie adverse pouvait inviter un soumissionnaire à compléter son dossier, elle ne pouvait déroger au délai qu'elle lui avait elle-même imposé pour ce faire. A cet égard, il convient de rappeler que l'article 59, 1°, précité, n'impose au soumissionnaire aucun délai de rigueur pour envoyer sa réponse et n'impose pas au pouvoir adjudicateur de fixer un tel délai. Seul le courriel du 3 mai 2016 fait état d'un délai, qu'il qualifie "de rigueur". Ce courriel émane d'un agent du "Département Services Logistiques - Service Marchés Publics" de la partie adverse. Rien n'autorise à considérer que cet agent aurait été habilité à imposer un tel délai de rigueur à un soumissionnaire au nom de la partie adverse, ni encore moins à imposer à celle-ci d'attacher une quelconque sanction au non respect de ce délai. Il n'apparaît pas davantage des pièces du dossier que la mention de ce délai découlait des documents du marché ou traduisait une décision d'une autorité habilitée à engager la partie adverse sur ce point. La mention litigieuse ne peut, dès lors, s'entendre que comme celle d'un délai indicatif, informant le soumissionnaire que la

partie adverse attendrait son expiration pour statuer. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il n'apparaît pas que cette mention pouvait, à elle seule, faire obstacle à la prise en compte d'un document communiqué à la partie adverse avant qu'elle ne prenne sa décision, bien qu'ultérieurement à l'expiration du délai indiqué dans le courriel. Il est indifférent, à cet égard, que le document soit daté du 30 mars 2016.

Il résulte de ce qui précède qu'à première vue, la partie adverse pouvait prendre en considération le document transmis par la partie intervenante le 27 juin 2016. Il n'est, pour le surplus, pas soutenu que la partie adverse ne pouvait pas, sur la base de ce document, valablement conclure que la partie intervenante répondait aux critères de capacité économique et financière de la sélection qualitative.

Par ailleurs, le rapport d'analyse des offres, que fait sien l'acte attaqué et qui y est joint, permet aisément de comprendre que la partie intervenante a déposé un dossier paraissant, dans un premier temps, complet, mais que l'analyse des bilans et des comptes de résultats fournis dans ce dossier a fait apparaître la nécessité de produire un document complémentaire, afin de compenser le constat du caractère insuffisant de certains ratios, que la partie adverse a invité en conséquence la partie intervenante à compléter son dossier, que celle-ci a donné suite à cette demande avant que la partie adverse ne prenne la décision attaquée et que celle-ci considère que le document ainsi produit démontre la solidarité financière de la maison-mère de la partie intervenante, en sorte que cette dernière satisfait aux critères économiques et financiers de la sélection qualitative.

Cette motivation est suffisante et est exempte de contradiction.

Le moyen n'est dès lors sérieux en aucune de ses deux branches.

VII. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 1.400 euros qu'elle justifie par le fait que "la présente procédure est relative à la réglementation des marchés publics".

La partie adverse obtenant gain de cause, il y a lieu de lui accorder une indemnité de procédure. En revanche, rien ne justifie, en l'espèce, de s'écarter du montant de base de 700 euros prévu par l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté du Régent précité du 23 août 1948. En effet, si une indemnité maximale supérieure est prévue pour les litiges relatifs à la réglementation sur les marchés publics et certains marchés de travaux, de services et de fournitures (2.800 euros au lieu de 1.400 euros), le fait que

le litige relève de cette matière n'implique pas que le montant de base de l'indemnité de procédure soit doublé et porté à 1.400 euros.

A défaut pour la partie adverse d'invoquer des circonstances concrètes particulières justifiant l'octroi d'une indemnité de procédure supérieure au montant de base, il s'indique de lui accorder une indemnité de procédure de 700 euros.

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande le bénéfice de la confidentialité pour les offres qu'elle dépose dans son dossier.

La communication de ces pièces n'apparaît pas, à ce stade, nécessaire à la solution du litige et serait susceptible de nuire au secret des affaires. Il convient, en conséquence, de faire droit à la demande de la partie adverse et de maintenir la confidentialité des pièces 10 et 11 du dossier administratif.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme SCHINDLER est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 10 et 11 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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 aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 5.

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

Article 6.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante, à concurrence de 200 euros, et à la charge de la partie intervenante, à concurrence de 150 euros.

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

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.