

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE
A R R Ê T

n° 250.482 du 30 avril 2021

A. 230.102/VI-21.701

En cause : **la société anonyme SERVITEX,**
 ayant élu domicile chez
 M^e Pierre LEJEUNE, avocat,
 rue des Fories 2
 4020 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
 Centre Hospitalier Régional de la Citadelle,
 ayant élu domicile chez
 M^e Renaud SIMAR, avocat,
 place des Nations Unies 7
 4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 janvier 2020, la SA Servitex demande l'annulation de « la décision prise par le bureau exécutif du C.H.R. de la Citadelle le 27 septembre 2019, de ne pas attribuer le lot 1 du marché public de service relatif à la location et l'entretien du linge plat (Cahier spécial des charges BBE19007), de renoncer à passer le marché et de relancer une nouvelle procédure ».

II. Procédure

L'arrêt n° 247.300 du 12 mars 2020 a ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué et réservé les dépens.

Cet arrêt a été notifié aux parties.

M^{me} Elisabeth Willemart, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note, le 13 juillet 2020, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par des courriers du 27 août 2020 et du 2 septembre 2020, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

La partie adverse n'a pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Aucune des parties n'a demandé à être entendue

Il convient dès lors d'apprécier si le premier moyen, qui a été jugé sérieux par l'arrêt de suspension n° 247.300 du 12 mars 2020, justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé *via* la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen du premier moyen

La requérante prend un premier moyen de la violation « des articles 66 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 76 § 1^{er}, § 2 et § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des dispositions du cahier spécial des charges relatives aux fournitures proposées, à la forme et aux contenu des offres : art. I.10, II.2, II.7, IV. : description des vêtements et du linge à mettre à disposition du CHR; du devoir de minutie, du principe de proportionnalité, du principe de légitime confiance, du

principe de légalité, du principe selon lequel une décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et être exempte d'une erreur manifeste d'appréciation; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4 et 5 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 des concessions ». Elle le formule comme suit :

« 12.- Pour déclarer nulle l'offre de la requérante, la partie adverse soutient que celle-ci est affectée de trois types d'irrégularités substantielles à savoir :

- une absence totale de certains échantillons (i);
- une absence partielle de certains échantillons pour certains articles (ii);
- un écart entre les caractéristiques des produits proposés par la requérante et les spécifications techniques du cahier spécial des charges : dimension et composition de tissus (iii).

i) Sur l'absence totale de certains échantillons

À titre principal

13.- Selon la partie adverse, deux échantillons sont manquants : les échantillons concernant le "drap housse" et le "drap housse bébé".

14.- La requérante conteste cette absence d'échantillons en ce qui concerne le "drap housse bébé". En raison du principe de légalité, il appartient à la partie adverse d'établir la réalité du fait sur lequel sa décision repose, ce qui n'est pas le cas.

15.- En ce qui concerne le "drap housse", la requérante a fourni un échantillon unique pour deux postes différents de l'inventaire, soit le "drap housse" et le "drap housse anti-escarre" au motif que le produit proposé était identique pour ces deux postes et porte la même référence "NE 24 NERS 30/1". Sur l'emballage de l'échantillon, les deux postes de l'inventaire avaient été clairement identifiés par la pose de deux étiquettes correspondantes.

La partie adverse ne peut donc reprocher une absence d'échantillons alors que le produit proposé était identique sur ces deux postes. La fourniture de deux échantillons identiques n'aurait apporté aucune information supplémentaire.

16.- Le cahier spécial des charges comporte l'indication suivante :

“ La restitution des produits a lieu au C.H.R. de la Citadelle sera effectuée après que la décision du Pouvoir adjudicateur quant à la désignation ne soit plus susceptible de recours. Cette restitution est aux frais et sous la responsabilité du déposant.

NB : Si la décision du Pouvoir adjudicateur fait l'objet d'un recours, le matériel est conservé jusqu'à extinction du recours”.

17.- Le 21 janvier 2020, en contradiction avec la règle qu'elle s'était donnée à elle-même à des fins probatoires, la partie adverse a estimé opportun de restituer les échantillons à un des chauffeurs de la requérante qui assurait l'exécution du

contrat en cours. La partie adverse s'est donc placée elle-même en situation de ne plus pouvoir établir la réalité des faits sur base desquels sa décision repose.

18.- À la restitution des échantillons, la requérante a opéré un contrôle et constaté la présence effective, dans les caisses restituées, des deux échantillons prétendument manquants. Il se confirme ainsi que la partie adverse a pris sa décision sur base de faits inexacts.

Subsidiairement

19.- Le cahier spécial des charges indique que “seront considérées comme non conformes et ne seront pas prises en considération les offres non accompagnées des échantillons demandés” (art. II.2).

Mais il précise également que les échantillons ont pour but de “vérifier la conformité au cahier spécial des charges du matériel proposé et/ou afin d’analyser ce matériel au vu des critères d’attribution” (art. II.7).

20.- Un des buts déclarés par la partie adverse - “analyser ce matériel au vu des critères d’attribution” - est inopérant, dans la mesure où :

- contrairement à certains marchés où la qualité des fournitures fait l’objet d’un critère d’appréciation - et où l’analyse du matériel trouve pleinement à s’appliquer -, il n’y a, en l’espèce, pas plusieurs critères, mais un seul à savoir le prix;
- l’examen de l’unique critère d’attribution qu’est le prix se réalise par une pure opération mathématique où l’analyse d’un échantillon ne trouve pas sa place.

Or, les buts poursuivis par la partie adverse lors de la rédaction du cahier spécial des charges sont un des indices permettant de considérer qu’une irrégularité est ou n’est pas substantielle.

21.- Est considérée comme substantielle, l’irrégularité qui est de nature :

- à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ou à entraîner une distorsion de la concurrence;
- à empêcher l’évaluation de l’offre ou la comparaison de celle-ci avec les autres offres;
- à rendre inexistant, incomplet ou incertain l’engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Mais aucune de ces caractéristiques n’est présente à propos de l’offre de la requérante.

22.- S’agissant d’examiner la conformité du matériel proposé par rapport aux spécifications techniques du cahier spécial des charges, l’examen comparé des spécifications et de la fiche technique de chaque fourniture révèle :

- que la majeure partie des spécifications est exprimée sous forme de souhaits et non d’exigences;
- que la lecture des fiches techniques permettait sans difficulté d’examiner les caractéristiques du matériel proposé.

23.- Pour le “drap housse”, le cahier spécial des charges expose les spécifications suivantes :

“ Modèle : de dimension 240x80x30cm
Pour une meilleure tenue au lit, une confection de type ‘boite à mouchoirs’ est souhaitée.

Composition du tissu :

Pour une meilleure tenue du tissu (rétrécissement moins important), un mélange coton/polyester est souhaité. La composition précise est laissée à l'appréciation du buandier".

La "fiche technique 17", faisant partie intégrante de l'offre de la requérante fournit les indications suivantes :

" Dim +/- 240 x 80 x 30 cm
Type boîte à mouchoirs
50% coton, 50% polyester".

... ainsi que d'autres précisions non demandées au cahier spécial des charges.

24.- Pour le drap housse bébé, le cahier spécial des charges précise :

" Composition du tissu :
Pour une meilleure tenue du tissu (rétrécissement moins important), un mélange coton/polyester est souhaité.
Modèle :
Pour une meilleure tenue au lit, une confection de type « boîte à mouchoirs » est souhaitée".

La "fiche technique 19", faisant partie intégrante de l'offre de la requérante répond en tous points aux souhaits exprimés par la partie adverse :

" 50% polyester, 50% coton
Confection type boîte à mouchoirs".

... et fournit également d'autres précisions non demandées.

25.- Dans cette mesure, l'absence de deux échantillons ne peut, sans violer le principe de proportionnalité, être érigée en irrégularité substantielle au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

ii) Sur l'absence partielle de certains échantillons

26.- Selon la partie adverse, les manquants suivants ont été constatés :

- pyjama enfants (5 tailles) : reçu 1 échantillon (sans taille), 4 échantillons manquants;
- grenouillère (3 tailles) : reçu 1 échantillon (0-3 mois), 2 échantillons manquants.

27.- Sur le plan factuel, la requérante ne conteste pas ces constatations de la partie adverse.

28.- Mais les dispositions du cahier spécial des charges imposaient de fournir un échantillon par poste de l'inventaire :

" Les échantillons seront gratuits, correspondant à l'article tel qu'il sera livré, seront identifiés par nom du soumissionnaire et n° du poste tel que repris à l'inventaire. Un échantillon correspond à une pièce" (art. II.7).

Lors d'une séance organisée par la partie adverse, à la question 20 "Échantillons à fournir ?" la partie adverse avait répondu "1 échantillon (1 pièce) pour CHAQUE poste du lot 1 (linge hospitalier et vêtements en location). Pour les sets, voir question n° 1".

Or, la grenouillère est visée au poste 26 de l'inventaire, et le pyjama enfant au poste 40. La partie adverse ne pouvait donc pas considérer que l'absence d'échantillons dans toutes les tailles était un motif d'irrégularité substantielle de l'offre.

29.- À nouveau, l'examen des échantillons et des fiches techniques 26 et 40 permettait à la partie adverse de vérifier que les tailles demandées étaient bien proposées. Au demeurant, les tailles sont standards et l'examen de plusieurs échantillons de chaque taille n'aurait rien apporté en termes de vérification par rapport aux spécifications techniques du cahier spécial des charges.

iii) Sur les écarts quant à la composition du tissu et à la dimension des produits

30.- La partie adverse adresse les reproches suivants à l'offre de la requérante :

- vêtements amphi : 50% coton - 50% polyester, au lieu de 65% coton - 35% synthétique;
- bonnet pour bébé : 95% coton, 5% élasthane au lieu de 100% coton;
- taie d'oreiller : taille 87 x 70 cm au lieu de 65 x 65 cm;
- édredon bébé : taille 80 x 62 cm au lieu de 60 x 70 cm;
- édredon enfant : taille 67 x 65 cm au lieu de 120 x 140 cm.

À titre principal

31.- La requérante est attributaire du précédent marché, en cours d'exécution actuellement. Le cahier spécial des charges de ce précédent marché comporte les prescriptions techniques concernant les produits à mettre en location :

- vêtements amphi : composition 65% coton, 35% synthétique;
- taie oreiller : 65 x 65 cm, (modèle 80*40 cm non accepté);
- édredon bébé : taille 60 x 70cm;
- édredon enfant : 120 x 140 cm.

Il n'y avait pas de bonnet bébé.

32.- Le précédent cahier spécial des charges précisait que la description technique du linge "définit les critères essentiels auxquels les articles qui seront proposés par les différents soumissionnaires doivent correspondre. Ces critères reflètent ce qui est actuellement utilisé au CHR ou souhaité. Les soumissionnaires sont donc invités à proposer dans leur offre des articles répondant le plus scrupuleusement possible à ces critères" (art. 2).

Cette disposition est reproduite à l'identique dans le cahier spécial des charge du marché litigieux (art. IV.2).

33.- Dans la mesure où la requérante a proposé des articles qui "reflètent ce qui est actuellement utilisé au CHR" et où aucune difficulté particulière n'était apparue à ce propos en cours d'exécution, la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître le principe de légitime confiance, décider que la non-conformité par rapport à ce qui est non pas "actuellement utilisé" mais "souhaité" était une irrégularité substantielle.

Subsidiairement

34.- Selon le cahier spécial des charges "les soumissionnaires pendant la passation et le ou les adjudicataires pendant l'exécution ont une obligation d'information et de conseil envers le Pouvoir adjudicateur sur le produit ou service proposé qui doit correspondre aux besoins exprimés dans le présent cahier spécial des charges" (art. I.10).

35.- Dès lors qu'en phase de passation du contrat, les soumissionnaires ont un devoir de conseil envers la partie adverse à propos des produits proposés, il en résulte nécessairement une certaine latitude par rapport à la description technique de la partie adverse : à défaut, ce devoir de conseil n'a aucune signification.

Ainsi, en vue de pouvoir procurer plus de confort au bébé, la requérante a proposé un bonnet dont la composition n'est pas de 100% coton, mais de 95%, l'autre matière, l'élasthane, ayant pour propriété de permettre une élasticité en vue de s'adapter aux morphologies différentes des bébés.

36.- Pour le surplus, dans la mesure où :

- la description vise des produits qui, en dehors de ceux utilisés pour le marché en cours, sont souhaités et non imposés;
- les articles doivent correspondre, "dans la mesure du possible", à ces critères;

... il doit être admis que le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation.

Partant, les écarts minimes relevés par la partie adverse ne sauraient constituer un motif de non régularité substantielle et révèlent une erreur manifeste d'appréciation.

iv) Motivation lacunaire et inadéquate

37.- Enfin, au point de vue formel, la partie adverse s'abstient d'indiquer pourquoi les manquements qu'elle dénonce [sic] constituent autant d'irrégularités substantielles alors qu'un devoir de motivation pèse sur elle sur ce point.

Il en va de même en ce qui concerne sa décision de renoncer à poursuivre la procédure et d'en relancer une nouvelle, alors que d'autres options - par exemple passer en procédure négociée - s'offraient à elle.

38.- Le premier moyen est sérieux et fondé ».

Après avoir rejeté les exceptions d'irrecevabilité soulevées par la partie adverse, l'arrêt n° 247.300 du 12 mars 2020 a jugé ce premier moyen sérieux pour les motifs suivants :

« L'obligation de motivation formelle qui s'impose à l'autorité en vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs doit non seulement permettre au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais elle doit en outre permettre au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision.

Au titre de cette obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur confronté à une offre qui lui apparaît déroger à une disposition du cahier spécial des charges, ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle. Par ailleurs, pour motiver la qualification d'irrégularité "substantielle", le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère "essentiel" de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents.

En l'espèce, et tel qu'il a été communiqué à la requérante, le motif de la décision déclarant son offre entachée d'irrégularité substantielle se lit comme suit :

“ Votre offre (Lot 1) a été déclarée nulle pour les motifs suivants :
Vêtement amphi : échantillon reçu 50 % coton – 50 % polyester (au lieu de 65% coton - 35% synthétique)
Pyjama enfants (5 tailles) : reçu 1 échantillon (sans taille), 4 échantillons manquants
Grenouillère (3 tailles) : reçu 1 échant (0-3 mois), 2 échantillons manquants
Bonnet pour bébé ; échantillon reçu 95% coton - 5% élasthane (au lieu de 100% coton)
Drap housse : échantillon manquant
Taie d'oreiller : échantillon reçu 87*70 cm (au lieu de 65*65 cm)
Drap housse bébé : échantillon manquant
Edredon bébé : échantillon reçu 80*62 cm (au lieu de 60*70 cm)
Edredon enfant : échantillon reçu 67*65 cm (au lieu de 120*140 cm)”.

Ces indications ne permettent manifestement pas de répondre à l'obligation de motivation formelle, dans l'étendue qu'il s'impose de lui reconnaître, ainsi que cela vient d'être précisé, pour une décision qui déclare une offre affectée d'irrégularité substantielle.

En particulier, cette motivation ne permet pas de comprendre pourquoi certaines “irrégularités” ont été identifiées comme telles : ainsi, par exemple, en est-il – s'agissant du pyjama pour enfant ou de la grenouillère – de l'absence d'échantillons pour chaque taille, alors que les documents du marché imposaient de fournir un échantillon pour chaque poste de l'inventaire, et non expressément pour chaque taille de l'article identifié dans un poste. De même, le motif communiqué à la requérante ne permet-il pas de comprendre les raisons pour lesquelles les irrégularités qu'il identifie comme telles ont été qualifiées de substantielles, alors que la lecture des documents du marché n'impose pas à l'évidence cette qualification, celle-ci ne pouvant, contrairement à ce que suggère la partie adverse, être déduite à suffisance de l'article II.8 du cahier spécial des charges, disposition libellée comme suit :

“ [...] Par la présentation de son offre, le soumissionnaire accepte toutes les clauses du Cahier des Charges et renonce à toutes les autres conditions. Si le pouvoir adjudicateur constate, lors de l'analyse des offres, que le soumissionnaire a ajouté des conditions qui rendent l'offre imprécise ou si le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du Cahier des Charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière”.

À supposer que les “écarts” reprochés à la requérante puissent relever des prévisions de cette disposition, celle-ci doit, en toute hypothèse, être lue en combinaison notamment avec celles qui visent des produits “souhaités” ou stipulent que les articles proposés doivent correspondre, “dans la mesure du possible”, aux caractéristiques techniques énoncées. Dans ces circonstances, tout écart entre les caractéristiques d'un article proposé et celles qu'énoncent, pour l'article concerné, les prescriptions du marché ne constitue pas, en soi et à l'évidence, une irrégularité, a fortiori substantielle, de sorte que si cette qualification doit bien être retenue, il doit être possible pour le destinataire de la décision de comprendre les raisons qui ont déterminé l'autorité en ce sens.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le premier moyen doit être déclaré sérieux en tant qu'il met en cause la motivation formelle de l'acte attaqué ».

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 247.300, précité. Le premier moyen est ainsi jugé fondé. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, l'acte attaqué est annulé.

IV. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure liquidée à son montant de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande et de lui accorder 700 euros à ce titre.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision du 27 septembre 2019, prise par le bureau exécutif du C.H.R. de la Citadelle, de ne pas attribuer le lot 1 du marché public de service relatif à la location et l'entretien du linge plat (Cahier spécial des charges BBE19007), de renoncer à passer le marché et de relancer une nouvelle procédure, est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 30 avril 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky