CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 253.787 du 18 mai 2022

A. 236.227/VI-22.333

En cause : **la société à responsabilité limitée ÉTABLISSEMENTS INTERCO**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Marie VASTMANS, Alice TROISFONTAINES et
Mickaël DHEUR, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

le Centre public d'action sociale de Charleroi,
ayant élu domicile chez
M^e^ Michel FADEUR, avocat,
rue Léon Bernus 66
6000 Charleroi.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 avril 2022, la SRL Établissements Interco demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 6 avril 2022 d'attribuer le lot n° 1 relatif à la fourniture de "Matelas Alternating" de l' "accord-cadre pour l'acquisition de matelas et de sous-matelas pour le CPAS de Charleroi" à la SCRL ACTIMED-RESEAU-SOLIDARIS » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 avril 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 mai 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Mickaël Dheur, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Michel Fadeur, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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. Exposé des faits

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. Par un avis de marché publié le 31 août 2021 au *Bulletin des Adjudications* et par un avis de marché publié le 3 septembre 2021 au *Journal Officiel de l'Union européenne* […], le CPAS de CHARLEROI a lancé un marché public de fournitures ayant pour objet l' "accord-cadre pour l'acquisition de matelas et de sous-matelas pour le CPAS de CHARLEROI".

Le marché public est passé par procédure ouverte (avec publicité européenne) et est régi par le cahier spécial des charges 2021-ACH0106 […].

Ce marché public est également divisé en 3 lots qui se présentent comme suit :

- Lot 1 : fourniture de "matelas alternating";
- Lot 2 : fourniture de "matelas ordinaire";
- Lot 3 : fourniture de "sous-matelas de latéralisation".

2. Par un avis de marché rectificatif publié le 9 septembre 2021 au *Bulletin des Adjudications* et par un avis de marché rectificatif publié le 14 septembre 2021 au *Journal Officiel de l'Union européenne* […], le CPAS de CHARLEROI a autorisé le dépôt des offres pour le 22 octobre 2021.

La SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO a ainsi déposé une offre pour les lots 1 et 2 en date du 18 octobre 2021.

3. Aux termes de la décision motivée d'attribution du 6 avril 2022 […], le CPAS de CHARLEROI a décidé d'écarter l'offre déposée par la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO pour le lot 1 au motif qu'elle est "entachée d'une irrégularité substantielle vu le non-respect d'une exigence minimale du cahier des charges". Il a par ailleurs décidé d'attribuer ledit lot à un autre soumissionnaire.

Il s'agit de l'acte attaqué.

4. Par un courrier recommandé et par un courrier électronique du 8 avril 2022 […], le CPAS de CHARLEROI a informé la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO de la décision motivée d'attribution en l'annexant auxdits courriers ».

Le motif d'éviction qui a été communiqué à la requérante se lit comme suit :

Votre offre (Lot 1 – Matelas alternating) a été déclarée nulle pour les motifs suivants :

« *Après analyse de l'offre et des fiches techniques, il s'avère que le compresseur/pompe à régulation thermique dispose d'un bouton 'marche/arrêt' ce qui peut être problématique, entres autres, lors du nettoyage des pompes par le service technique car le bouton peut être éteint malencontreusement par une simple pression (un cas similaire est déjà arrivé au sein d'une maison de repos et de soins), mais aussi dans le cas où le résident est confus/désorienté, ou lors de la visite d'un enfant, etc. Par conséquent, si le matelas s'éteint, il n'y a plus d'alternance des cellules et il y a donc un risque d'escarres pour le résident. De plus, le matelas peut se dégonfler après un certain laps de temps ce qui va altérer le confort et le bien-être du résident. Le*

pouvoir adjudicateur accorde une grande importance au fait que le matelas soit équipé d'une pompe à régulation automatique, qui une fois branchée, ne nécessite plus aucun réglage. En atteste le fait que cette exigence technique était inscrite dans le cahier des charges en gras surlignée : ***"Le matelas sera équipé d'une pompe à régulation automatique. Cette pompe une fois branchée ne devra plus nécessiter aucun réglage. Elle sera capable de s'autoréguler en fonction du poids du patient et de la pression exercée."****. Le pouvoir adjudicateur estime que le bouton marche/arrêt est un réglage. Compte tenu des éléments figurant ci-dessus, le compresseur nécessite une manipulation et par conséquent il ne répond pas à l'exigence technique d'être automatique et de ne pas nécessiter de réglage une fois branché. L'offre est donc entachée d'une irrégularité substantielle vu le non-respect d'une exigence minimale du cahier des charges.* »

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, qu'elle présente comme suit :

« Le moyen unique est pris :

- de la violation des articles 4, 5, 36 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;

- de la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions;
- de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration, du principe de transparence, du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, du devoir de minutie et du principe de légitime confiance;
- de l'erreur manifeste d'appréciation;
- et de l'excès de pouvoir.

Première branche : Erreur manifeste d'appréciation

En ce que la partie adverse prétend que "le bouton marche/arrêt" est un "réglage" de sorte que l'offre de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO ne respecterait pas une exigence minimale du cahier spécial des charges.

Alors que ledit "bouton marche/arrêt" n'est pas indiqué expressément dans le cahier spécial des charges comme une exigence minimale.

Deuxième branche : Défaut de motivation

En ce que la partie adverse motive l'acte attaqué au regard de prétendues exigences de sécurité afin de justifier que le "bouton marche/arrêt" serait une exigence minimale.

Alors que ces exigences de sécurité ne sont pas reprises dans le cahier spécial des charges comme des exigences minimales de sorte que la partie adverse ne motive pas adéquatement l'acte attaqué pour écarter l'offre de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO.

Troisième branche : Violation du principe *Patere legem quam ipse fecisti*

En ce que la partie adverse s'écarte des règles du cahier spécial des charges en considérant le "bouton marche/arrêt" comme une exigence minimale.

Alors qu'elle est tenue d'examiner l'offre de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO au regard des règles qu'elle s'est fixées dans le cahier spécial des charges, et ce conformément au principe *Patere legem quam ipse fecisiti* ».

Après avoir rappelé le motif d'éviction retenu par la partie adverse, ainsi que les enseignements généraux relatifs à certains des principes et dispositions dont elle invoque la violation, la requérante expose les développements suivants à propos de la première branche du moyen :

« 14. Dans le cas d'espèce, l'article III.9 du Cahier spécial des charges (pièce n° 5) indique ce qui suit en page 20/30 :

Le matelas sera équipé d'une pompe à régulation automatique. Cette pompe une fois branchée ne devra plus nécessiter aucun réglage. Elle sera capable de s'autoréguler en fonction du poids du patient et de la pression exercée.

L'offre de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO répond au cahier spécial des charges et prévoit effectivement une pompe à régulation automatique pour le lot n° 1 :

- Fonctionnement 'O.P.S' = Optimal Pressure Setting
- Sans intervention ou réglage de poids, de positionnement de dossier, ou de confort le compresseur démarre automatiquement en Mode 'Dynamique OPS' et fonctionne seul
- Prévu pour un patient de 25 à 160 kg selon le type de matelas
- L'optimalisation de la régulation de pression, selon le patient et ses positions, se fait de manière constante et sans intervention du soignant (intuitif)
- Propose un fonctionnement en mode standard 'Dynamique O.P.S' avec possibilité de basculer en mode 'Statique' ou 'Nursing' ou encore en mode 'Soins palliatifs (SSM)'
- Extrêmement économique, silencieux et sans vibration
- Témoin LED de fonctionnement pour un meilleur contrôle par le personnel soignant
- Alarmes basses pression et alimentation électrique sonores (temporisée) et visuelles
- Compresseur débrochable (passage du câble au travers du matelas et non sur le sol pour éviter tout risque de dégâts et de panne)
- Connecteur CPC. <35 dB
- Entretien recommandé correctif de niveau 2(filtre membrane contrôle) : tous les 2 ans

Il en résulte que la pompe de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO présente les caractéristiques d'une pompe à régulation automatique, conformément au cahier spécial des charges puisqu'elle "fonctionne seule" et "l'optimalisation de la régulation de pression, selon le patient et ses positions, se fait de manière constante et sans intervention du soignant (intuitif)".
Le caractère automatique apparaît également dans la fiche technique de la pompe jointe à l'offre de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO, qui mentionne une adaptation de la "pression du gonflage au poids et à la position du patient" :

FONCTION MATELAS :

OPS : **Optimalisation de la pression de gonflage au poids et à la position du patient.**

15. Par ailleurs, le cahier spécial des charges est imprécis sur la notion de "réglage" de sorte que le CPAS de CHARLEROI ne peut pas valablement prétendre que le "bouton marche/arrêt" est un réglage en tant que tel.

Selon l'article III.19 du cahier spécial des charges, l'absence de réglage doit uniquement impliquer comme résultat la capacité de la pompe "de s'autoréguler en fonction du poids du patient et de la pression exercée".

Le CPAS de CHARLEROI estime toutefois, aux termes de l'acte attaqué, que le "bouton marche/arrêt" constituerait un réglage sans cependant que cela apparaisse expressément dans le cahier spécial des charges au titre d'exigence minimale.

Cela relève du reste du bon sens qu'un tel bouton est nécessaire et ne constitue pas un réglage en soi.

16. À tout le moins, l'absence du bouton "marche/arrêt" comme réglage aurait dû être précisée dans le cahier spécial des charges compte tenu de l'importance que le CPAS de CHARLEROI lui a accordée aux termes de l'acte attaqué.

Cela aurait permis à la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO de pouvoir remettre une offre en tenant compte du caractère prévisible de l'absence de ce "bouton marche/arrêt".

À l'inverse, le CPAS de CHARLEROI n'a pas décrit de façon précise ce qu'il entend par "réglage" dans le cahier spécial des charges de sorte qu'il a manqué à son devoir de minutie à ce propos.

17. Partant, le CPAS de CHARLEROI commet une erreur manifeste d'appréciation en considérant le "bouton marche/arrêt" comme un réglage en contradiction avec le cahier spécial des charges alors que les réglages ne peuvent être uniquement en lien qu'avec l'autorégulation en fonction du poids du patient et de la pression exercée, ce qui n'est absolument pas le cas d'un "bouton marche/arrêt".

Ledit "bouton marche/arrêt" visé par le CPAS de CHARLEROI ne correspond donc pas à un réglage interdit par le cahier spécial des charges de sorte que l'offre de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO ne pouvait pas être écartée au motif qu'elle serait entachée d'une irrégularité substantielle.

18. La première branche du moyen unique est dès lors manifestement sérieuse ».

Après avoir rappelé les enseignements généraux relatifs à l'obligation de motivation d'une décision d'éviction d'un soumissionnaire dont l'offre est jugée entachée d'une irrégularité substantielle, la requérante expose les développements suivants à propos de la deuxième branche du moyen :

« 23. Le CPAS de CHARLEROI ne motive pas adéquatement l'acte attaqué.

Il échet en effet de constater que le CPAS de CHARLEROI fonde sa motivation sur la présence d'un "bouton marche/arrêt" alors que le cahier spécial des charges ne prévoit aucune exigence minimale à ce propos.

Ledit cahier spécial des charges ne prévoit pas davantage d'exigence en matière de sécurité, qui imposerait à la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO de présenter une offre qui comprend une pompe à régulation automatique sans "bouton marche/arrêt".

Pourtant, le CPAS de CHARLEROI justifie la nécessité de l'absence d'un "bouton marche/arrêt" sur la base d'une expérience qu'elle aurait vécue et de prétendues situations hypothétiques (résident confus/désorienté ou présence d'un enfant) alors qu'une telle motivation est stéréotypée et ne s'appuie nullement sur des motifs de fait et de droit qui ressortent des documents de marché.

24. En outre, lorsque le pouvoir adjudicateur ne se base pas sur la liste des présomptions de l'article 76, § 1er , alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, il doit démontrer que l'irrégularité est de nature à produire l'un des effets suivants, à savoir donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, entraîner une distorsion de concurrence, empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Comme l'absence de "bouton marche/arrêt" ne correspond pas à une exigence minimale telle que visée à l'article 76, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le CPAS de CHARLEROI aurait dû motiver sa décision en démontrant les effets susvisés (avantage discriminatoire, distorsion de concurrence, empêchement de l'évaluation de l'offre ou la comparaison de celle-ci ou engagement incertain, inexistant ou incomplet de la SRL INTERCO), ce qu'il n'a manifestement pas fait dans le cas d'espèce.

25. Enfin, la motivation du CPAS de CHARLEROI est d'autant plus stéréotypée lorsqu'elle se focalise uniquement sur la présence d'un simple "bouton (marche/arrêt)".

La SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO en veut pour preuve [que] l'ensemble des centres hospitaliers et des maisons de repos sont équipés d'un dispositif de mise sous tension de type "marche/arrêt".

26. La deuxième branche du moyen unique est dès lors manifestement sérieuse ».

Enfin, la requérante expose les développements suivants à propos de la troisième branche du moyen :

« 27. L'écartement de l'offre de la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO pour le motif exposé ci-dessus est également en contradiction avec le principe *Patere legem quam ipse fecisti*.

Pour rappel, ce principe signifie que "l'autorité administrative est liée par ses propres règlements réguliers et qu'elle ne peut y apporter des dérogations individuelles que si elle y est autorisée par des dispositions de caractère général" (P. MARCHAL, Principes généraux du droit, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.132).

Cette règle procède du principe d'égalité qui veut que tous ceux qui se trouvent dans la même situation soient, en règle, traités de la même manière.

28. Ce principe trouve également à s'appliquer en droit des marchés publics.

Votre Conseil a, notamment, décidé ce qui suit :

"L'adjudicateur est, en vertu du principe *patere legem quam ipse fecisti*, obligé de respecter les règles fixées dans le cahier spécial des charges pour évaluer le contenu des offres, même si elles ne sont pas imposées par la législation et cela, en plus des obligations découlant des principes généraux du droit." (C.E. arrêt n°235.691 du 8 septembre 2016, TRENDHUIS)

29. Dans le cas d'espèce, le CPAS de CHARLEROI s'écarte d'une ligne de conduite qu'il s'est fixée dans le cahier spécial des charges à l'égard de tous les soumissionnaires en exigeant, à l'égard de la requérante, l'absence de "bouton marche/arrêt".

Cela constitue également une violation du principe d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires puisque, tout comme la SCRL ACTIMED-RESEAU-SOLIDARIS, la SRL ÉTABLISSEMENTS INTERCO a répondu aux besoins du CPAS de CHARLEROI de sorte que son offre ne pouvait pas valablement être écartée.

Partant, le CPAS de CHARLEROI viole le principe *Patere legem quam ipse fecisti*.

30. La troisième branche du moyen unique est dès lors manifestement sérieuse ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen critique l'acte attaqué en tant que la partie adverse fait application des exigences fixées par les documents du marché, pour décider que l'offre de la requérante est entachée d'irrégularité. Ces exigences ne sont pas, en tant que telles, critiquées.

Ainsi que cela ressort de l'exposé des trois branches du moyen, la requérante fait reproche à la partie adverse d'avoir traité le « bouton marche/arrêt », dont peuvent être équipés certains compresseurs de matelas, comme une exigence minimale des documents du marché, dont la méconnaissance affecte l'offre d'irrégularité, alors qu'une telle exigence minimale n'a pas été expressément fixée par les documents du marché. Cette critique doit, à la lecture de la requête, être plutôt comprise, et comme cela se déduit notamment du point 23 de celle-ci, en ce sens que c'est l'absence de « bouton marche/arrêt » qui aurait été traitée comme une exigence minimale.

Il ressort très clairement du motif d'éviction de la requérante, qui a été communiqué à celle-ci, que l'exigence qu'il est reproché à la requérante de n'avoir pas respecté en proposant le modèle de matelas sur lequel porte son offre était libellée comme suit :

> « Le matelas sera équipé d'une pompe à régulation automatique. Cette pompe une fois branchée ne devra plus nécessiter aucun réglage. Elle sera capable de s'autoréguler en fonction du poids du patient et de la pression exercée ».

La partie adverse a ainsi considéré que la présence d'un interrupteur utile à l'activation du compresseur du matelas revenait à méconnaître l'exigence précitée. Elle n'a donc pas – et contrairement à ce que laisse entendre le moyen en chacune de ses trois branches – traité l'absence d'interrupteur (« bouton marche/arrêt ») comme une exigence minimale qui n'aurait pas été annoncée dans les documents du marché. Le moyen repose donc sur une lecture erronée de l'acte attaqué.

Pour le surplus, et en poursuivant l'examen du moyen au vu des développements de la requête, les éléments de réponse suivants doivent être apportés :

- L'exigence précitée dont l'application fait en réalité débat est double : il s'agit, d'une part, d'équiper le matelas d'une pompe qui puisse s'auto-réguler et, d'autre part, de faire en sorte qu'une fois branchée, cette pompe ne doive plus nécessiter aucun réglage. Sous ce deuxième aspect, l'exigence se comprend en ce sens que

dès qu'elle est raccordée au réseau électrique, la pompe doit pouvoir fonctionner sans que soit requise quelque autre manipulation. L'activation de l'interrupteur dont est équipé la pompe semble, pour ce que permet d'en juger un examen effectué en extrême urgence, être une manipulation précisément proscrite. En décidant que l'offre d'un matelas dont la pompe est équipée d'un interrupteur porte sur un produit nécessitant un réglage et que cette offre qui ne répond pas à la condition litigieuse déroge à une exigence minimale (caractère qui n'est pas contesté en tant que tel) au point d'être entachée d'une irrégularité substantielle, la partie adverse n'apparaît, *prima facie*, pas avoir commis l'erreur manifeste d'appréciation que lui reproche le moyen en sa première branche. Il est vain, à cet égard, de faire valoir que la pompe proposée par la requérante peut s'auto-réguler, alors que le deuxième aspect de l'exigence en cause n'est pas rencontré.

- Il ressort du motif d'éviction de la requérante reproduit dans l'exposé des faits du présent arrêt que, pour motiver cette décision d'éviction, la partie adverse a rappelé l'exigence dont le respect – par cette offre – posait question, a considéré – sans être contestée sur ce point – que cette exigence devait être tenue pour « minimale » (ce qui fait, implicitement mais certainement, référence à l'une des hypothèse visées à l'article 76, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et ce quoi que soutienne en sens contraire la requérante au point 24 de sa requête) et, enfin, a constaté que cette présence d'un interrupteur pour l'activation de la pompe allait à l'encontre de la prescription précitée des documents du marché. Ce faisant, il n'apparaît, *prima facie*, pas que la partie adverse n'aurait pas adéquatement motivé l'acte attaqué sur le point contesté, grief que formule le moyen en sa deuxième branche.
- Dès lors que la prescription dont la partie adverse a fait application pour écarter l'offre de la requérante était bel et bien fixée par les documents du marché, il ne peut lui être reproché d'avoir méconnu le principe *Patere legem quam ipse fectisti*. Il ne paraît, *prima facie*, pas davantage être question d'atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination, dès lors que la violation alléguée à ce sujet repose sur le postulat que l'offre de la requérante aurait répondu aux besoins de la partie adverse, alors que – comme cela ressort de l'examen de la cause – tel ne paraît pas être le cas en raison de l'irrégularité vainement critiquée.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux en aucune de ses branches.

V. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, qu'elle dépose en pièce A de son dossier.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité de la pièce concernée.

Par ailleurs, conformément à l'article 26 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 de concessions, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des offres versées au dossier administratif et identifiées comme étant les pièces 13 à 17 de celui-ci.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A du dossier de la requérante et 13 à 17 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre siégeant en référé, le 18 mai 2022, par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Nathalie Roba	David De Roy