

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

n° 262.106 du 23 janvier 2025

A. 243.545/VI-23.210

En cause : **LA SOCIÉTÉ DE DROIT BÉNINOIS
BENIN MÉDICAUX GROUP,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Charles-Henri DE LA VALLEE POUSSIN
et Claire SPONAR, avocats,
chaussée de Charleroi 112
1060 Bruxelles,
assistée et représentée par M^e Maxime CHOME, avocat,

contre :

**la société anonyme de droit public à
finalité sociale ENABEL,**
ayant élu domicile chez
M^e Isabelle COOREMAN, avocat,
avenue Charles Quint 586 boîte 9
1082 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 novembre 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de date inconnue qui lui a été notifiée le 18 octobre 2024, par laquelle la partie adverse a décidé d'écarter l'offre qu'elle a déposée dans le cadre du marché BEN23006-10009 ayant pour objet "l'acquisition de médicaments et de consommables médicaux pour les soins palliatifs, les SONU et la planification familiale au profit des formations sanitaires dans les départements du Borgou, du Couffo et de l'Atlantique" » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 novembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 décembre 2024.

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, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Charles-Henri de la Vallée Poussin et Claire Sponar, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Maxim Lecomte *loco* M^e Isabelle Cooreman, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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 partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme il suit :

- « 1. La présente procédure concerne un marché public de fournitures passé par la partie adverse et ayant pour objet l'«Acquisition de médicaments et de consommables médicaux pour les soins palliatifs, les SONU et la planification familiale au profit des formations sanitaires dans les départements du Borgou, du Couffo et de l'Atlantique» (ci-après, le «Marché»).
- La procédure de passation choisie est la procédure négociée directe avec publication préalable.

Un avis de marché a été publié sur e-Procurement le 19 juillet 2024.

2. Le Marché est régi par un cahier spécial des charges (ci-après, «CSC») portant la référence BEN23006-10009 (pièce 1).

Le marché est divisé en deux lots. Les lots sont les suivants :

Lot 1 : Fourniture de médicaments

Lot 2 : Fourniture de consommables et intrants pour soins palliatifs, planification familiale et dépistage du cancer du col de l'utérus.

Les offres suivantes sont soumises (pièce 2):

N°	Soumissionnaire	Adresse	Date & Heure de dépôt	Lot
1	PHARMACIE SAINTE FOI	Carré 1081 Quartier Vodjè Cotonou Tél : 95 95 07 42 Email : saintefoipharmacie@gmail.com	14/08/2024 à 08h19	1
2	EQUIMED SARL	Quartier Akpakpa Sodjèatinmè Est Parcelle 140 Msn Gbenaba Pauline Tél : 96 55 20 25 / 95 79 19 66 Email : contact@equimedbenin.com	14/08/2024 à 09h20	2
3	MAPIA SARL	Akpakpa Carré 533 Msn Agognon Anselme BP 229 Cotonou Tél : 69 59 64 59 Email : mapia.sarl2019@gmail.com	14/08/2024 à 09h28	2
4	BENIN MEDICAUX GROUP	Cotonou Sikècodji Carré 840 Msn Houngnibo Lucien 03BP 2093 Tél : 97 18 03 84 Email : beninmedicaux@yahoo.fr	14/08/2024 à 09h43	2
5	BIOS PARTNERSHIP	Carré 511-191 BCSP St Michel 01BP 6337 Cotonou Tél : 63 90 90 90 Email : contact@biospartnership.com	14/08/2024 à 09h54	2
6	PHARMACIE OLUWA-TOBI KILIBO	C/SB Msn Affolabi Amos Boni Qrtier Kilibo Olata- Balley Savè 01BP 6020 Cotonou Tél : 97 73 13 95 / 95 37 43 27 Email : guillaumedoflien@gmail.com	14/08/2024 à 09h59	1

3. Le 15 octobre 2024 est dressé un rapport d'évaluation proposant (pièce 3) :

- D'écarter l'offre de la partie requérante pour le lot 2

Le soumissionnaire 5-Bénin Médicaux Group a été blacklisté par Enabel par courrier REPBEN/N°992/24/OKR/ADI du 02 octobre 2024 en réponse à sa lettre N°178/BM/DG/08/2024 du 28 août 2024 en réponse à la notification du marché de fournitures BEN19010-10028 relatif à l'acquisition d'équipements pour les soins obstétricaux et néonataux d'urgence (SONU) et les maladies non

transmissibles (MNT). En conséquence, il est exclu de la participation aux marchés publics d'Enabel pour une durée de trois (03) ans.

- D'attribuer le Lot 1 à PHARMACIE SAINTE FOI
- D'attribuer le Lot 2 à EQUIMED

Le 18 octobre 2024 est dressée la décision motivée d'attribution, acceptant le rapport d'évaluation. (pièce 4)

Le 18 octobre 2024 est notifié à la partie requérante l'écartement de son offre (pièce 5) :

“ Monsieur,
Conformément à la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, nous vous informons que votre offre a été écartée.
En effet, votre offre a été écartée vu que, par courrier REPBEN / N°992 / 24/ OKR / ADI du 02 octobre 2024 en réponse à votre lettre N°178/ BM / DG / 2024 du 28 août 2024, votre entreprise a été exclue de la participation aux marchés publics d'Enabel pour une durée de trois (03) ans.
Vous remerciant pour votre participation et vous souhaite bonne réception de la présente, nous vous prions d'agréer, Monsieur, l'expression de nos meilleures salutations”.

Il s'agit là de la décision attaquée dans le cadre de la présente procédure G/A 243.545/VI-23.210

4. Le marché pour les deux lots est déjà conclu. Pour les deux lots, il y a déjà des commandes en cours. (pièces 6 et 7)

5. Cette notification du 18 octobre 2024 fait référence à une lettre du 2 octobre 2024 :

“ Monsieur le Directeur,
Par lettre du 21 août 2024, Enabel vous a notifié les résultats du marché BEN19010-10028 relatif à 'l'acquisition d'équipements pour les soins obstétricaux et néonataux d'urgence (SONU) et les maladies non transmissibles (MNT)'. Par la même occasion, elle vous a demandé de présenter vos moyens de défenses concernant des constatations faites sur le poste 16 du lot 4 'lit métallique' et du poste 14 du lot 2 'ballon de ventilation'. En réponse vous avez présenté des moyens de défense qui se résument comme suit :
-Concernant le poste 16 du lot 4 'lit métallique', vous avez fourni comme justificatifs, un certificat d'authenticité censé être délivré par le fabricant du lit suite à un e-mail que vous lui avez adressé. Dans sa réponse le fabricant SAIKANG atteste de la similarité en termes d'image des modèles de lits K2K et Y3W14 mais note qu'ils sont différents en termes de fonctionnalités.
-S'agissant du poste 14 du lot 2 'ballon de ventilation', vous avez fourni des échanges d'e-mails et une attestation d'authentification de la fiche technique délivrée par votre fournisseur GSH.
L'analyse de vos moyens de défense appelle aux commentaires suivants :
Au titre du poste 16 du lot 4 'lit métallique'
-Le mail que vous avez envoyé au fabricant du lit ne concerne pas l'authentification du prospectus que vous avez mis dans votre offre. Vous affirmez plutôt que Enabel estime que la capacité de charge du lit K2K correspond à celui du lit Y3W14 à savoir 200Kg particulièrement compte tenu du fait qu'ils ont la même image. Vous demandez par conséquent au fabricant de vous produire un certificat d'authentification de la différence entre les deux lits. La question que vous posez à votre fournisseur ne correspondant pas à la préoccupation soulevée par Enabel, à savoir, est-ce que le prospectus (image et

spécifications techniques) contenu dans votre offre est un document authentique qui émane du fabricant du matériel ?

-La réponse du fabricant qui a pris le soin de joindre au certificat d'authentification, des images illustratives du modèle de lit Y3W14 nous confirme que le prospectus proposé dans votre offre n'est pas authentique. En effet, en comparant le prospectus contenu dans votre offre (pièce 1) et les images illustratives du lit Y3W14 produites par le fabricant (pièce 2), il est clair que l'image contenu dans votre offre n'est pas celle du lit Y3W14.

Au titre du poste 14 du lot 2 'ballon de ventilation'

-Après examen des documents fournis, des pièces jointes et échanges avec votre fournisseur il s'est avéré que le prospectus fourni n'est pas authentique.

Aussi, après analyse de vos moyens de défense, le pouvoir adjudicateur note qu'à l'échéance des quinze (15) jours, vous n'avez pas pu produire des réponses probantes aux constatations formulées à votre endroit. Par conséquent, Enabel a décidé de vous exclure de la participation à ses marchés publics pour une durée de trois (03) ans à compter de la notification de la présente, conformément aux dispositions de l'article 69 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés.

Nous vous prions d'agréer, Madame/Monsieur, l'expression de nos salutations" [...].

Cette notification du 2 octobre 2024 est la décision attaquée dans le cadre de la procédure G/A 243.542/VI-23.209. (voir dossier administratif procédure G/A 243.542/VI-23.209) ».

Statuant sur la demande de suspension de l'exécution de la décision communiquée à la requérante le 2 octobre 2024, référencée A. 243.542/VI-23.209, l'arrêt n° 262.105, prononcé ce jour (ECLI:BE:RVSCE:2025:ARR.262.105) rejette cette demande. Cet arrêt relate les circonstances d'adoption de la décision attaquée en cette affaire. Il y a lieu de s'y référer.

IV. Objet de la demande

Formellement, la requérante sollicite la suspension de l'exécution de « la décision de date inconnue qui lui a été notifiée le 18 octobre 2024, par laquelle la partie adverse a décidé d'écarter l'offre qu'elle a déposée dans le cadre du marché BEN23006-10009 ayant pour objet "l' acquisition de médicaments et de consommables médicaux pour les soins palliatifs, les SONU et la planification familiale au profit des formations sanitaires dans les départements du Borgou, du Couffo et de l'Atlantique" ».

Il apparaît toutefois à la lecture du dossier administratif que cette décision d'écarterment est l'un des chefs de décision d'un acte qui a, par ailleurs, pour objet d'attribuer les deux lots du marché litigieux à deux autres opérateurs économiques. L'objet de la demande de suspension est donc bien la décision d'attribution du marché litigieux, dont seuls les motifs d'écarterment de la requérante ont été communiqués à celle-ci.

Il ressort, par ailleurs, de plusieurs mentions concordantes des pièces de la procédure que la requérante n'a déposé une offre que pour le seul lot 2 de ce marché.

Il s'indique, partant, de considérer que la demande de suspension porte sur l'exécution de la décision d'attribution du lot 2 du marché BEN23006-10009 ayant pour objet « l'acquisition de médicaments et de consommables médicaux pour les soins palliatifs, les SONU et la planification familiale au profit des formations sanitaires dans les départements du Borgou, du Couffo et de l'Atlantique ».

V. Recevabilité de la demande

V.1. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose à la demande de suspension les deux exceptions d'irrecevabilité suivantes :

« II.1.1. PAS D'INTERÊT A DEMANDER LA SUSPENSION EN VUE D'UNE EXECUTION EN NATURE – SEULE UNE DEMANDE EN ANNULATION ET EN DOMMAGE-INTERETS EST ENCORE UTILE.

6. Le marché est en effet conclu pour les deux lots et en phase d'exécution.

De ce fait, la partie requérante ne peut plus espérer une exécution en nature. Dès lors, une demande de suspension de la décision d'attribution / de la décision d'exclusion n'a donc plus lieu d'être.

Même confrontée à une suspension et annulation de la décision d'attribution / de la décision d'exclusion, la partie adverse ne pourra plus résilier les contrats en cours.

Le recours du soumissionnaire évincé dans le cadre des marchés sous les seuils européens, et s'agissant des marchés de travaux sous la moitié de ces seuils, est limité aux recours suivants : l'annulation et/ou la suspension de la décision d'attribution, ainsi que l'obtention de dommages-intérêts.

Selon E. GYPEN et G. LAENEN, le législateur aurait pour ces marchés 'belges' clairement exclu la possibilité pour le soumissionnaire évincé, d'obtenir l'annulation du contrat.

Ceci ressort également du Rapport de la commission du Sénat :

“ pour ces marchés, ne seront pas applicables : l'annulation rétroactive du contrat et l'annulation *ex nunc* du contrat. L'annulation de l'acte d'attribution (mais non du contrat) et l'octroi de dommages et intérêts, resteront, comme c'est le cas actuellement, la seule option ouverte au soumissionnaire qui s'estime irrégulièrement évincé”.

Une fois conclu, le marché est devenu intangible. Une demande de suspension de la décision d'attribution / de la décision d'exclusion afin de pouvoir exécuter en nature le marché est donc irrecevable.

II.1.2. DECISION ANTERIEURE NON-ATTAQUEE ET DEFINITIVE PRIVANT D'EFFET L'ANNULATION DE L'ACTE ATTAQUEE

7. Au préalable, il convient de détailler les différents “actes” composant l'opération administrative complexe :

- le constat des faits dd. 23 août 2024 et 2 octobre 2024 dans le cadre du marché BEN19010-10028 ;
=> acte non-attaqué, définitif et déterminant pour pouvoir appliquer l'article 69 Loi Marchés Publics.
- l'exclusion de participer aux marchés futurs d'ENABEL pendant trois ans dd. 2 octobre 2024
=> acte attaqué dans le cadre de la présente procédure G/A 243.542/VI-23.209 ;
=> acte non-définitif, réparable et ne portant donc pas préjudice ;
=> acte non-déterminant pour pouvoir appliquer l'article 69 Loi Marchés Publics.
- l'exclusion effective dans le cadre de marché BEN23006-1009
=> attaquée dans le cadre de la présente procédure G/A 243.545/VI-23.210 ;
=> annulation privée d'effets sans que le constat des faits ne soit attaqué.

8. L'article 15 de la Loi Recours (concernant la suspension) renvoie à l'article 14 de cette même Loi concernant l'annulation. Cet article précise :

À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;
- 3° les documents du marché ou de la concession.

En d'autres termes, le requérant doit justifier d'une lésion ou d'un intérêt, c'est-à-dire de l'avantage que lui procurerait la disparition de l'illégalité de l'acte attaqué par l'effet de son annulation.

9. La requérante part d'une prémisse erronée : ce n'est pas l'exclusion de participation aux marchés publics d'ENABEL pour une durée de trois ans qui est déterminant pour l'exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009. L'annonce quant à l'exclusion future n'est qu'un motif surabondant. Celle-ci n'est pas nécessaire pour pouvoir effectuer par la suite une exclusion effective.

C'est bien le constat des faits qui est déterminant pour l'exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009.

Puisque ces constats ne sont pas attaqués, ni dans la présente procédure G/A 243.542/VI-23.209, ni dans la seconde procédure G/A 243.545/VI-23.210, ces constats suffisent pour pouvoir mettre en œuvre une exclusion effective dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009.

Une éventuelle suspension et annulation de l'exclusion “spécifique” dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009 n'est d'aucune utilité sans que les faits ne soient également attaqués.

La même exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009 sera possible sur la base des constats non-attaqués, même si l'exclusion de participation aux marchés publics d'ENABEL pour une durée de trois ans et/ou l'exclusion spécifique seraient [*sic*] annulées.

Ce constat antérieur non-attaqué prive donc d'effet l'annulation de l'acte attaqué.

L'annulation de l'exclusion spécifique dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009, sur base de l'annulation d'exclusion de participation aux marchés publics d'ENABEL pour une durée de trois ans n'apportera donc aucun avantage à la requérante.

Une décision identique pourra être prise sur base des constats définitifs et non-attaqué.

À cet égard, il convient de rappeler que :

- Le constat des faits en date du 2 octobre 2024 ne tombe pas sous la Loi Recours : il ne s'agit pas d'une décision de non-sélection, de non-attribution, ... ou autre décision visée par la Loi Recours. L'obligation de double notification prévue aux articles 9/1 et 23 de cette Loi ne s'applique donc pas en ce qui concerne ce constat des faits. Les règles "classiques" de la suspension en cas d'extrême urgence s'appliquent donc, à savoir que la partie requérante doit agir "avec diligence". En l'espèce, il apparaît que la partie requérante a reçu le courrier relatif au constat des faits en date du 2 octobre 2024. Le recours déposé le 25 novembre 2024 est donc manifestement tardif.

Un recours contre ce constat des faits ne sera donc plus recevable *ratione temporis*.

- Pour autant qu'un recours contre ce constat des faits soit tout de même encore recevable *ratione temporis*, de telles contestations ne sont en tout cas pas possible dans le cadre des présentes procédures.

Les règles de procédure ne prévoient pas la possibilité de compléter la requête par des arguments qui auraient déjà pu être développés lors de l'introduction de la requête et contre lesquels la partie adverse ne peut plus se défendre ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première exception d'irrecevabilité

La circonstance qu'un marché est déjà conclu et partiellement exécuté ne peut conduire à déclarer irrecevable la demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution de ce marché, lorsque la partie requérante satisfait aux conditions de recevabilité fixées par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à 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, auquel renvoie – pour ce qui concerne la recevabilité de la demande de suspension – l'article 15 de cette même loi.

En l'espèce, il n'est pas contesté, et ne paraît pas contestable, que la demande de suspension introduite en la présente cause satisfait aux conditions de recevabilité fixées par l'article 14 précité.

La première exception d'irrecevabilité doit être rejetée.

B. Quant à la seconde exception d'irrecevabilité

La seconde exception d'irrecevabilité repose, en substance, sur les deux affirmations de la partie adverse selon lesquelles, d'une part, « ce n'est pas l'exclusion de participation aux marchés publics d'ENABEL pour une durée de trois ans qui est déterminante pour l'exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009 » et, d'autre part, « c'est bien le constat des faits qui est déterminant pour l'exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009 ».

Ces allégations sont contredites par la motivation de l'acte attaqué en la présente cause, laquelle ne contient qu'une référence à la seule décision d'exclusion pour une durée de trois ans communiquée à la requérante par le courrier du 2 octobre 2024. Par ailleurs, aucune trace de ce qu'un constat des faits qui ont notamment donné lieu à la décision communiquée le 2 octobre 2024 aurait été posé dans le cadre de la procédure de passation du marché BEN23006-10009 ne figure au dossier administratif et la motivation formelle de l'acte attaqué est muette à ce sujet, ne comportant précisément de référence qu'à la seule décision communiquée le 2 octobre 2024.

La seconde exception d'irrecevabilité, qui repose sur un postulat doublement erroné en fait, doit être rejetée.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4, 69 et 70 de la loi du 17 juin 2016 relatives aux marchés publics ; la violation des articles 44 et 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ; la violation 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 certains marchés de travaux, de fournitures

et de services ; la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; la violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de transparence et du principe de proportionnalité ; l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir ». Elle y soutient, en substance, que la décision attaquée repose sur la décision d'exclusion de la requérante, communiquée à celle-ci le 2 octobre 2024, qui est illégale. Selon elle, dès lors que cette décision d'exclusion est illégale, la décision attaquée l'est également. Toujours à l'estime de la requérante, l'acte attaqué étant ainsi dépourvu de fondement juridique, il viole également le principe de la motivation interne qui impose que tout acte repose sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en fait et en droit.

B. Note d'observations

Après avoir situé la décision attaquée parmi plusieurs actes qui – selon elle – font situer celle-ci dans une opération administrative complexe, la partie adverse soutient qu'une éventuelle suspension de l'exécution de cette décision ne serait d'aucune utilité puisque les faits qui ont été constatés – notamment – à l'origine de la décision communiquée le 2 octobre 2024 n'ont pas eux-mêmes été contestés. Au point 9 de la note d'observations, elle fait plus particulièrement valoir ce qui suit :

- « 9. La requérante part d'une prémisse erronée : ce n'est pas l'exclusion de participation aux marchés publics d'ENABEL pour une durée de trois ans qui est déterminant pour l'exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009. L'annonce quant à l'exclusion future n'est qu'un motif surabondant. Celle-ci n'est pas nécessaire pour pouvoir effectuer par la suite une exclusion effective.

C'est bien le constat des faits qui est déterminant pour l'exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009.

Puisque ces constats ne sont pas attaqués, ni dans la présente procédure G/A 243.542/VI-23.209, ni dans la seconde procédure G/A 243.545/VI-23.210, ces constats suffisent pour pourvoir mettre en œuvre une exclusion effective dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009.

Une éventuelle suspension et annulation de l'exclusion "spécifique" dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009 n'est d'aucune utilité sans que les faits ne soient également attaqués.

La même exclusion dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009 sera possible sur la base des constats non-attaqués, même si l'exclusion de participation aux marchés publics d'ENABEL pour une durée de trois ans et/ou l'exclusion spécifique seraient [*sic*] annulées.

Ce constat antérieur non-attaqué prive donc d'effet l'annulation de l'acte attaqué.

L'annulation de l'exclusion spécifique dans le cadre de la procédure de passation BEN23006-1009, sur base de l'annulation d'exclusion de participation aux marchés publics d'ENABEL pour une durée de trois ans n'apportera donc aucun avantage à la requérante.

Une décision identique pourra être prise sur base des constats définitifs et non-attaqué.

A cet égard, il convient de rappeler que :

- Le constat des faits en date du 2 octobre 2024 ne tombe pas sous la Loi Recours : il ne s'agit pas d'une décision de non-sélection, de non-attribution, ... ou autre décision visée par la Loi Recours. L'obligation de double notification prévue aux articles 9/1 et 23 de cette Loi ne s'applique donc pas en ce qui concerne ce constat des faits. Les règles "classiques" de la suspension en cas d'extrême urgence s'appliquent donc, à savoir que la partie requérante doit agir "avec diligence". En l'espèce, il apparaît que la partie requérante a reçu le courrier relatif au constat des faits en date du 2 octobre 2024. Le recours déposé le 25 novembre 2024 est donc manifestement tardif.

Un recours contre ce constat des faits ne sera donc plus recevable *ratione temporis*.

- Pour autant qu'un recours contre ce constat des faits soit tout de même encore recevable *ratione temporis*, de telles contestations ne sont en tout cas pas possible dans le cadre des présentes procédures.

Les règles de procédure ne prévoient pas la possibilité de compléter la requête par des arguments qui auraient déjà pu être développés lors de l'introduction de la requête et contre lesquels la partie adverse ne peut plus se défendre ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, le moyen dénonce un vice de motivation matérielle de l'acte attaqué, en ce que la décision d'évincer la requérante que celui-ci contient est présentée comme reposant sur une décision de la partie adverse, communiquée le 2 octobre 2024 à la requérante et qui, selon celle-ci, serait elle-même irrégulière.

Selon le courriel adressé à la requérante – vraisemblablement le 18 octobre 2024 – et identifié comme étant contenu dans la pièce 6 du dossier de la requérante et la pièce 5 du dossier administratif, l'éviction de la requérante est motivée comme suit :

« Conformément à la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, nous vous informons que votre offre a été écartée.
En effet, votre offre a été écartée vu que, par courrier REPEN/N°992/24/OKR/ADI du 02 octobre 2024 en réponse à votre lettre N°178/BM/DG/08/2024 du 28 août 2024, votre entreprise a été exclue de la participation aux marchés publics d'Enabel pour une durée de trois (03) ans ».

S'agissant de la décision d'évincer la requérante, l'acte attaqué contient la motivation suivante :

« Ecarter le soumissionnaire 4-BENIN MEDICAUX GROUP pour les motifs repris dans le rapport d'évaluation et ses annexes résumés comme suit : Il a été blacklisté par Enabel par courrier REPBEN/N°992/24/OKR/ADI du 02 octobre 2024 en réponse à sa lettre N°178/BM/DG/08/2024 du 28 août 2024 en réponse à la notification du marché de fournitures BEN19010-10028 relatif à l'acquisition d'équipements pour les soins obstétricaux et néonataux d'urgence (SONU) et les maladies non transmissibles (MNT). En conséquence, il est exclu de la participation aux marchés publics d'Enabel pour une durée de trois (03) ans ».

Le rapport d'évaluation, dont il se comprend – à la lecture des mentions de l'acte attaqué – qu'il doit être considéré comme faisant partie intégrante de celui-ci, fait encore apparaître qu'au regard du seul critère d'attribution (à savoir le prix), la requérante devait être classée première pour l'attribution du lot 2, devant la société Equimed, ces deux soumissionnaires étant – selon ce rapport – les seuls pouvant être sélectionnés. Il n'a toutefois pas été proposé d'attribuer ce lot à la requérante, pour le motif suivant :

« Le soumissionnaire 5-Bénin Médicaux Group a été blacklisté par Enabel par courrier REPBEN/N°992/24/OKR/ADI du 02 octobre 2024 en réponse à sa lettre N°178/BM/DG/08/2024 du 28 août 2024 en réponse à la notification du marché de fournitures BEN19010-10028 relatif à l'acquisition d'équipements pour les soins obstétricaux et néonataux d'urgence (SONU) et les maladies non transmissibles (MNT). En conséquence, il est exclu de la participation aux marchés publics d'Enabel pour une durée de trois (03) ans.

Il ne peut donc pas être retenu premier pour le présent marché. Le soumissionnaire N°2-EQUIMED SARL est classé 1er pour le lot 2 ».

Quant à la décision communiquée à la requérante le 2 octobre 2024, elle doit se lire comme suit, à s'en tenir aux termes de cette communication :

« Monsieur le Directeur,

Par lettre du 21 août 2024, Enabel vous a notifié les résultats du marché BEN19010-10028 relatif à "l'acquisition d'équipements pour les soins obstétricaux et néonataux d'urgence (SONU) et les maladies non transmissibles (MNT)". Par la même occasion, elle vous a demandé de présenter vos moyens de défenses concernant des constatations faites sur le poste 16 du lot 4 "lit métallique" et du poste 14 du lot 2 "ballon de ventilation". En réponse vous avez présenté des moyens de défense qui se résument comme suit :

Concernant le poste 16 du lot 4 "lit métallique", vous avez fourni comme justificatifs, un certificat d'authenticité censé être délivré par le fabricant du lit suite à un e-mail que vous lui avez adressé. Dans sa réponse le fabricant SAIKANG atteste de la similarité en termes d'image des modèles de lits K2K et Y3W14 mais note qu'ils sont différents en termes de fonctionnalités.

S'agissant du poste 14 du lot 2 "ballon de ventilation", vous avez fourni des échanges d'e-mails et une attestation d'authentification de la fiche technique délivrée par votre fournisseur GSH.

L'analyse de vos moyens de défense appelle aux commentaires suivants :

Au titre du poste 16 du lot 4 "lit métallique"

Le mail que vous avez envoyé au fabricant du lit ne concerne pas l'authentification du prospectus que vous avez mis dans votre offre. Vous affirmez plutôt que Enabel estime que la capacité de charge du lit K2K correspond à celui du lit Y3W14 à savoir 200Kg particulièrement compte tenu du fait qu'ils ont la même image. Vous demandez par conséquent au fabricant de vous produire un certificat d'authentification de la différence entre les deux lits. La question que vous posez à votre fournisseur ne correspondant pas à la préoccupation soulevée par Enabel, à savoir, est-ce que le prospectus (image et spécifications techniques) contenu dans votre offre est un document authentique qui émane du fabricant du matériel ?

La réponse du fabricant qui a pris le soin de joindre au certificat d'authentification, des images illustratives du modèle de lit Y3W14 nous confirme que le prospectus proposé dans votre offre n'est pas authentique. En effet, en comparant le prospectus contenu dans votre offre (pièce 1) et les images illustratives du lit Y3W14 produites par le fabricant (pièce 2), il est clair que l'image contenu dans votre offre n'est pas celle du lit Y3W14.

Au titre du poste 14 du lot 2 "ballon de ventilation"

Après examen des documents fournis, des pièces jointes et échanges avec votre fournisseur il s'est avéré que le prospectus fourni n'est pas authentique.

Aussi, après analyse de vos moyens de défense, le pouvoir adjudicateur note qu'à l'échéance des quinze (15) jours, vous n'avez pas pu produire des réponses probantes aux constatations formulées à votre endroit. Par conséquent, Enabel a décidé de vous exclure de la participation à ses marchés publics pour une durée de trois (03) ans à compter de la notification de la présente, conformément aux dispositions de l'article 69 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés.

Nous vous prions d'agréer, Madame/Monsieur, l'expression de nos salutations ».

Il ressort des termes de ce courrier que, pour décider d'exclure, pour une durée de trois ans, la requérante de la participation aux marchés publics de la partie adverse, celle-ci a entendu faire application de l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Cette disposition est libellée dans les termes suivants :

« Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

1° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7 ;

2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales ;

3° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

4° lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2 ;

5° lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 6 par d'autres mesures moins intrusives ;

6° lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de passation, visée à l'article 52, par d'autres mesures moins intrusives ;

7° lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;

8° le candidat ou le soumissionnaire s'est rendu gravement coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 73 ou de l'article 74, ou

9° le candidat ou le soumissionnaire a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1er s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'événement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Néanmoins, si le comportement relevant du motif d'exclusion visé par l'alinéa 1er, 1°, 3°, 4°, 8° ou 9°, a été sanctionné par une décision d'une autorité administrative ou judiciaire compétente, prononcée dans le cadre d'une procédure réglementée par le droit de l'Union ou par le droit national et tendant à la constatation d'un comportement infractionnel à une règle de droit, la durée de trois ans visée à l'alinéa 2 est calculée à compter de la date de cette décision. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois prendre une décision d'exclusion avant l'intervention de la décision de l'autorité compétente, pour autant que toutes les conditions soient remplies, y compris la condition relative au calcul du délai de trois ans visé à l'alinéa 2.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultative dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein ».

La décision d'exclusion qu'un pouvoir adjudicateur est, dans l'un des cas que vise cet article 69, amené à prendre en application de cette disposition ne peut être confondue avec la sanction d'exclusion que permet d'infliger l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, laquelle disposition se lit comme il suit :

« Sans préjudice de la possibilité de prendre des mesures correctrices telles que visées à l'article 70 de la loi et des sanctions prévues dans le présent arrêté, l'adjudicataire défaillant peut être exclu par l'adjudicateur de la participation à

ses marchés pour une période de trois ans, plus particulièrement lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché ou qu'il n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité.

L'intéressé est entendu préalablement afin d'exposer ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée.

La décision de suspension doit faire référence au présent article.

La période d'exclusion est de trois ans. Pour le calcul du délai de trois ans, l'article 69, alinéa 2, de la loi s'applique.

La sanction prévue dans la présente disposition s'applique sans préjudice de celles visées par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. La sanction visée par la présente disposition doit être considérée comme une "sanction comparable" au sens de l'article 69, alinéa 2, 7°, de la loi ».

La lecture des articles 69 et 48 précités fait apparaître les différences entre deux catégories de mesures d'exclusion que peut prendre un pouvoir adjudicateur : la décision d'exclusion d'un candidat ou soumissionnaire visée à l'article 69 ne portera que sur la procédure d'attribution à l'occasion de laquelle ont été constatés des faits relevant d'une des catégories d'hypothèses énumérées à l'alinéa 1^{er} de cet article. La sanction d'exclusion instituée par l'article 48 porte, quant à elle, sur l'ensemble des marchés du pouvoir adjudicateur durant une période de trois ans, lorsque celui-ci a constaté que l'adjudicataire d'un marché public a été défaillant en faisant preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution de ce marché.

Par la décision communiquée le 2 octobre 2024, la partie adverse inflige ainsi à la requérante une sanction d'exclusion de la participation à tous ses marchés publics pour une durée de trois ans, se fondant expressément sur l'article 69 précité, ne disant rien de quelque application de l'article 48 précité, et justifiant en fait cette sanction, non pas par un manquement relevant de ceux que vise la seule disposition qui fonde une telle sanction (à savoir cet article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité), mais par la constatation de faits imputés à la requérante et que la partie adverse estime devoir faire relever de l'une des catégories énumérées à l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 précitée, cette dernière disposition ne permettant pas à la partie adverse de décider d'une sanction telle que celle qui a été infligée le 2 octobre 2024.

Prima facie, une telle décision méconnaît les dispositions des articles 69 et 48 précités. Dès lors que l'existence de cette décision communiquée le 2 octobre 2024 constitue la seule justification invoquée par la partie adverse à l'appui de sa décision, attaquée en la présente cause, d'écarter la requérante dans le cadre du

marché BEN23006-10009, cette décision d'écartement repose sur un motif inadmissible en droit, qui vicie sa légalité en méconnaissant le principe de motivation matérielle, en vertu duquel – comme le rappelle la requérante – tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit.

Par identité de raisonnement avec ce qui a été répondu à la seconde exception d'irrecevabilité, la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que la décision d'écartement attaquée en l'espèce reposerait uniquement sur le constat des faits qui ont notamment donné lieu à la décision communiquée le 2 octobre 2024. Aucune trace de ce qu'un tel constat aurait été posé dans le cadre de la procédure de passation du marché BEN23006-10009 ne figure, en effet, au dossier administratif et la motivation formelle de l'acte attaqué est muette à ce sujet, ne comportant de référence qu'à la seule décision communiquée le 2 octobre 2024.

Dans ces circonstances, le moyen unique doit être déclaré sérieux.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel la pièce 2 du dossier administratif.

Dès lors que ce dépôt à titre confidentiel n'est pas contesté, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité de la pièce concernée.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision d'attribution du lot 2 du marché BEN23006-10009 ayant pour objet "l'acquisition de médicaments et de consommables médicaux pour les soins palliatifs, les SONU et la planification

familiale au profit des formations sanitaires dans les départements du Borgou, du Couffo et de l'Atlantique" est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 2 du dossier administratif est, à ce stade de la procédure, tenue pour confidentielle.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 23 janvier 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

David De Roy,
Adeline Schyns,

président de chambre,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Adeline Schyns

David De Roy