

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro 40528C du rôle
Inscrit le 27 décembre 2017

Audience publique du 8 mai 2018

Appel formé par

**1) l'établissement public CENTRE HOSPITALIER DE LUXEMBOURG et
2) la fondation INSTITUT NATIONAL DE CHIRURGIE CARDIAQUE ET
DE CARDIOLOGIE INTERVENTIONNELLE, Luxembourg,
contre le jugement du tribunal administratif
du 13 novembre 2017 (n° 38293 du rôle) rendu sur requête
de la société en commandite simple de droit allemand ... GMBH & CO KG,**

**...
en présence de la société anonyme ... S.A., ...,
en matière de marchés publics**

Vu la requête d'appel, inscrite sous le numéro 40528C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 27 décembre 2017 par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom du CENTRE HOSPITALIER DE LUXEMBOURG (CHL), établissement public, établi et ayant son siège social à L-1210 Luxembourg, 4, rue Ernest Barblé, représenté par sa commission administrative actuellement en fonctions, et de l'INSTITUT NATIONAL DE CHIRURGIE CARDIAQUE ET DE CARDIOLOGIE INTERVENTIONNELLE (INCCI), fondation, établie et ayant son siège social à L-1210 Luxembourg, 2a, rue Ernest Barblé, représentée par le président de son conseil d'administration actuellement en fonctions, dirigée contre le jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 13 novembre 2017 (n° 38293 du rôle) par lequel ledit tribunal a annulé la décision du 6 mai 2016 prise par le CHL et l'INCCI portant rejet de l'offre soumise par la société en commandite simple de droit allemand ... GMBH & CO KG, établie et ayant son siège social à L-..., inscrite au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., en vue de l'obtention du marché public concernant les « *HLKS Installationsarbeiten* » pour le projet « *INCCI-HYBRID-OP* » et celle portant attribution dudit marché public à la société anonyme ... S.A., établie et ayant son siège

social à L-..., inscrite au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ...;

Vu l'exploit de l'huissier de justice suppléant Tessy SIEDLER, en remplacement de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN, demeurant à Luxembourg, du 5 janvier 2018, portant signification de cet appel à la société en commandite simple de droit allemand ... GMBH & CO KG, préqualifiée, et à la société anonyme ... S.A., préqualifiée;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 25 janvier 2018 par Maître André HARPES, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour le compte de la société en commandite simple de droit allemand ... GMBH & CO KG, préqualifiée;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 5 février 2018 par Maître Luc SCHANEN, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour le compte de la société anonyme ... S.A., préqualifiée;

Vu le mémoire en réplique de Maître Patrick KINSCH, déposé au greffe de la Cour administrative le 26 février 2018, pour le compte du CHL et de l'INCCI;

Vu le mémoire en duplique de Maître André HARPES, déposé au greffe de la Cour administrative le 26 mars 2018, pour le compte de la société ... GMBH & CO KG;

Vu les pièces versées au dossier et notamment le jugement entrepris;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Brice OLINGER, en remplacement de Maître Patrick KINSCH, Maître André HARPES et Maître Luc SCHANEN en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 19 avril 2018.

La société de droit allemand ... GMBH ET CO KG, ci-après désignée par la « société ... », présenta une offre dans le cadre d'une soumission publique portant sur des travaux et fournitures de chauffage, ventilation, climatisation et sanitaire lancée par le CENTRE HOSPITALIER DE LUXEMBOURG, ci-après désigné par le « CHL », et par l'INSTITUT NATIONAL DE CHIRURGIE CARDIAQUE ET DE CARDIOLOGIE INTERVENTIONNELLE, ci-après désigné par l'« INCCI », la soumission ayant été ouverte le 4 février 2016.

Classée deuxième, la société ... fut informée le 6 mai 2016 que son offre n'avait pas été retenue pour les motifs et considérations suivants :

« Gemäß Artikel 90 Abs. 3 des règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics sowie nach der fachtechnischen, rechnerischen und qualitativen Prüfung Ihres Angebotes müssen wir Ihnen leider mitteilen, dass Ihr Angebot aus wirtschaftlichen Gründen nicht zurückbehalten wurde. »

Le 27 mai 2016, le CHL et l'INCCI passèrent commande auprès de la société anonyme ... S.A., ci-après désignée par la « société ... ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 3 août 2016, la société ... fit introduire un recours tendant à l'annulation de la décision de rejet de son offre prise par le CHL et l'INCCI le 6 mai 2016 et de la décision d'attribution du marché public en question à la société

Par jugement du 13 novembre 2017, le tribunal administratif, statuant à l'égard de toutes les parties en cause, reçut le recours en la forme et, statuant au fond, annula tant la décision prévisée de rejet de l'offre de la société ... que celle portant attribution du marché public en question à la société ..., le tout avec rejet de la demande en allocation d'une indemnité de procédure sollicitée par la demanderesse et avec condamnation aux frais du CHL et de l'INCCI.

La décision d'annulation ainsi prononcée par les premiers juges est principalement motivée par la considération qu'au niveau de la position 1.8.5 du cahier spécial des charges visant le « *Umluftventilator* », qu'en violation des dispositions de l'article 75 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, ci-après désigné par le « *règlement grand-ducal du 3 août 2009* », les pouvoirs adjudicateurs, CHL et INCCI, ont admis que la société ... précise *ex post* le type de moteur offert par elle, au lieu d'écarter, en application de l'article 71 dudit règlement grand-ducal, l'offre de la société ... pour ne pas être conforme du fait d'une imprécision initiale relativement au produit qu'elle entendait offrir.

Au-delà et additionnellement, les premiers juges ont encore conclu que même au cas où l'approche principalement réprimandée aurait été valable, c'est-à-dire que la société ... aurait été admise à fournir des précisions au sujet des moteurs des ventilateurs offerts par elle, il apparaîtrait que les deux types de ventilateurs offerts ne suffiraient pas aux exigences techniques du cahier spécial des charges et l'offre serait techniquement non conforme.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 27 décembre 2017, le CHL et l'INCCI ont régulièrement relevé appel du susdit jugement du 13 novembre 2017.

Les appelants soulèvent un moyen nouveau tiré de ce que la société ... ne justifierait pas l'existence d'un intérêt à agir suffisant pour attaquer les décisions litigieuses, au motif que son offre n'aurait pas été techniquement conforme.

En effet, dès lors que son offre aurait été non conforme, sa candidature n'aurait pas pu être prise en compte.

Dans cet ordre d'idées, il est soutenu qu'à la position 1.8.8 du bordereau de soumission intitulée « *Vollautomatischer Dampf-Luftbefeuchter* », il aurait été demandé aux opérateurs économiques d'offrir un humidificateur muni d'un système automatique de

décalcarisation de l'eau comprenant un récipient pour recueillir le calcaire extrait et que la société ... aurait omis d'en contenir. Tout comme la société ..., elle aurait profité d'une demande du conseil technique des pouvoirs adjudicateurs pour apporter des précisions afférentes.

Or, à suivre la logique sévère des premiers juges, il conviendrait de conclure que l'offre initiale de la société ... aurait été techniquement non conforme et qu'elle aurait dû être rejetée sur base des articles 71 et 75 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 et que par conséquent, le recours contentieux de la société ... serait à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt à agir.

La société ... conclut à l'irrecevabilité de ce moyen nouveau pour ne pas avoir été soulevé *in limine litis* ou pour constituer une demande nouvelle, sinon à son rejet, dès lors que son intérêt serait patent, tout comme la conformité de son offre serait incontestable.

La société ... se rallie à la position des appelantes et conclut à l'irrecevabilité du recours de la demanderesse initiale pour défaut d'intérêt à agir.

La recevabilité de ce moyen d'irrecevabilité du recours introductif de la première instance, nouvellement invoqué en instance d'appel, ne pâtit pas du fait qu'il n'a pas été soulevé dès le début de la première instance.

En effet, ne s'agissant pas d'une demande, mais d'un simple moyen, force est de constater que les moyens nouveaux sont expressément admis en tant que tels par l'article 41, paragraphe 2, de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, d'une part, et il ne s'agit pas d'une exception d'irrecevabilité devant être soulevée *in limine litis*, l'intérêt à agir conditionnant la recevabilité de tout recours contentieux, de sorte à relever de l'ordre public et à pouvoir être invoqué à tout moment au cours de la procédure de première instance, de même qu'il peut être soulevé pour la première fois en instance d'appel, d'autre part.

Ceci étant dit, un recours contentieux est ouvert à un demandeur qui a un intérêt quelconque, dès que cet intérêt implique un lien personnel avec l'acte attaqué et une lésion individuelle par le fait de l'acte et un intérêt de concurrence est *a priori* suffisant pour conférer à une entreprise ayant été candidate à une soumission publique un intérêt à voir respecter les dispositions légales et réglementaires régissant les adjudications publiques.

Il est vrai encore que cet intérêt à agir en la matière requiert en outre que le demandeur ait effectivement été candidat à l'adjudication dont il entend contester les opérations d'adjudication, d'une part, et qu'il n'existe pas d'éléments qui se heurtent de façon flagrante à une prise en compte de sa candidature, d'autre part.

En l'espèce, force est cependant de constater que la société ... a non seulement été candidate pour avoir déposé une offre dans le cadre de la soumission litigieuse, mais qui plus est, son offre a encore été admise et classée comme seconde.

L'intérêt de concurrence de la société ... est dès lors patent et de nature à lui conférer un intérêt à voir contrôler la légalité des décisions de rejet de son offre et d'attribution du marché à un de ses concurrents.

La question d'une éventuelle reconsidération de la conformité de l'offre de la société ..., telle que soulevée par les pouvoirs adjudicateurs, excède le cadre du présent recours, étant entendu que le recours en annulation en l'occurrence soumis au juge administratif ne saurait en tout état de cause emporter l'attribution du marché litigieux. Ainsi, le débat au fond suggéré pour conclure à l'absence d'intérêt à agir dans le chef de la société ... a trait à des problèmes hypothétiques, tout au plus susceptibles de se poser, le cas échéant, à l'avenir dans le cadre d'une éventuelle nouvelle prise de décision à la suite d'une annulation de la décision d'attribution du marché litigieux, mais non pas de nature à lui dénier l'accès au prétoire pour voir contrôler le respect des règles légales et réglementaires ayant dû être suivies pour la prise des décisions litigieuses.

L'exception d'irrecevabilité du recours introductif de la première instance pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de la demanderesse initiale laisse partant d'être fondée et le moyen de réformation du jugement afférent des appelantes est à rejeter.

Les pouvoirs adjudicateurs appelants, auxquels la société ..., tierce-intéressée, déclare se rallier, font ensuite soutenir que la société ... n'aurait pas modifié son offre moyennant la transmission, après l'ouverture des soumissions, des fiches techniques exactes.

Ils estiment que le tribunal aurait estimé à tort que la seule mention de la marque Siemens à la page 45 de l'offre était insuffisante pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer que le type de moteur offert correspondait au type de moteur décrit dans le cahier des charges.

Ils font valoir plus particulièrement que la société ... aurait remis une offre conforme au cahier des charges et que cette offre n'aurait pas été modifiée au cours de la procédure d'adjudication.

Ainsi, dans son offre, la société ... indiquerait prévoir l'installation « *des moteurs Siemens IE4/100* » et le seul problème qui se serait posé serait dû au fait que les mentions manuscrites figurant dans l'offre d'... divergeaient des fiches techniques des moteurs joints à l'offre, cette divergence entre les mentions de l'offre et les fiches techniques ne concernant pas seulement le moteur dénommé « Siemens » offert à la page 45, mais tous les moteurs offerts par la société

La société ... aurait commis, de manière générale, une simple erreur dans la transmission des fiches techniques relatives aux moteurs offerts en ce qu'elle a transmis des fiches techniques qui sont en contradiction avec les données techniques qu'elle a inscrites dans son offre et qui sont, quant à elles, conformes au cahier des charges.

Au-delà, il se dégagerait de ces fiches techniques produites par la société ... que les moteurs offerts par elle respecteraient le cahier des charges, ce notamment en ce qui concerne le degré d'efficacité énergétique de classe 1E4 des moteurs, qu'en ce qui concerne l'existence d'une réserve de 15% en capacité de volume d'extraction d'air usé et d'abord en air frais.

En substance, l'indication incomplète du type de moteur à la page 45 de l'offre constituerait une erreur matérielle que les concluant étaient en droit de faire redresser à partir du moment où ils avaient acquis la certitude que la fiche technique correspondait bien au moteur offert, lequel était conforme au cahier des charges.

Or, une simple erreur commise par un soumissionnaire dans la remise des fiches techniques qu'il joint à son offre ne serait pas de nature à rendre irrecevable sa soumission, aussi longtemps que l'offre contenue dans la soumission est elle-même conforme au cahier des charges. Une telle erreur pourrait être corrigée au cours de l'examen des soumissions, le but ultime de la législation en matière de marchés publics étant que le pouvoir adjudicateur reçoive le meilleur prix dans le cadre de ses marchés, de sorte que dans un souci d'efficacité de la dépense publique, il pourrait s'avérer opportun de laisser une chance à un soumissionnaire de compléter la documentation relative à son offre qui pourrait être la meilleure.

En termes de réplique, les appelantes estiment que la société ... soutient à tort que l'offre de la société ... aurait été irrecevable au motif que ce n'est que deux mois après l'ouverture de la soumission, qu'elle l'aurait complétée en versant des certificats de bonne exécution relatifs à deux hôpitaux, ainsi que le certificat d'hygiène suivant la norme VDI6022.

Ce moyen qui aurait trait au caractère complet de l'offre de la société ... et non à la question de la conformité technique de l'offre au cahier des charges ne figurerait pas dans le recours en annulation, de sorte que les appelantes se rapportent à prudence de justice quant à sa recevabilité.

Subsidiairement, ledit moyen ne serait pas fondé au motif notamment que les certificats de bonne exécution et les certificats de garantie de la qualité pourraient être communiqués après l'ouverture des offres et le jugement serait à confirmer sur ce point.

Par ailleurs, les appelantes réitèrent que l'offre remise par la société ... serait conforme au cahier des charges et qu'elle n'aurait pas été modifiée par la suite.

A titre subsidiaire, en cas de doute sur le fait que l'offre de la société ... n'a pas été modifiée dans le temps ou que l'offre correspondrait aux prescriptions techniques du cahier des charges, les appelantes proposent la nomination d'un expert afin qu'il se prononce sur ces questions techniques.

La société ... conclut en substance à la confirmation du jugement *a quo*, soutenant que l'offre de la société ... ne serait pas conforme du fait de ce que sa capacité technique

n'aurait pas été documentée à suffisance au moment de l'ouverture des soumissions, d'une part, et les produits offerts ne seraient pas techniquement conformes, d'autre part.

Les premiers juges sont de prime abord à confirmer en leur cadrage légal du fond de l'affaire en ce qu'ils ont posé qu'en application de l'article 11 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics, la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse respectivement de l'offre au prix le plus bas devait s'effectuer par rapport aux seules offres régulières, c'est-à-dire celles qui, après évaluation, sont formellement et techniquement conformes et qui remplissent les critères de sélection qualitatifs prévus par les cahiers spéciaux des charges, étant précisé que l'article 71 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 impose au pouvoir adjudicateur d'examiner et de vérifier les dossiers de soumission quant à leur conformité technique et à leur valeur économique et exige l'élimination des offres qui ne satisfont notamment pas aux conditions du cahier spécial des charges.

Ils ont encore relevé à bon escient que la formulation impérative de l'article 71 du règlement grand-ducal du 3 août 2009 ne confère pas une faculté au pouvoir adjudicateur pour éliminer une offre en cas de constat de sa non-conformité technique, mais qu'il pose le principe que dans cette hypothèse l'offre non conforme « *est éliminée* », de sorte à exclure tout pouvoir d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, et, *a fortiori*, tout risque de distorsion de concurrence et d'inégalité des soumissionnaires face à une soumission, en exigeant de tous les soumissionnaires qu'ils respectent scrupuleusement le cahier des charges, toutes les entreprises devant en effet faire, conformément à l'article 4 de la loi du 25 juin 2009, l'objet d'un traitement identique.

Par ailleurs, la législation sur les marchés publics pose le principe de l'immutabilité des offres après l'ouverture des soumissions, posant l'interdiction de principe de la possibilité de modification des offres une fois déposées, les seules exceptions étant limitées au redressement d'erreurs matérielles ou arithmétiques que le pouvoir adjudicateur est susceptible de constater, dont la rectification n'est pas susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence.

En l'espèce, la Cour constate de prime abord et fondamentalement qu'au niveau de la position 1.8.5 du cahier spécial des charges visant le « *Umluftventilator* », au titre duquel le cahier spécial des charges requiert un moteur de la classe IE4, la société ... n'a pas du tout décrit le type de moteur offert, mais elle a uniquement indiqué une marque d'un fabricant sans autre précision. Sous ce rapport, la Cour ne saurait entériner la vision des choses des pouvoirs adjudicateurs qui prônent une analyse et un raisonnement au niveau de la position 1.8.5 du cahier spécial des charges par recoupements avec et déductions à partir d'indications fournies par la société ... au niveau d'autres positions du cahier spécial des charges, étant donné que la rigueur au niveau des indications par les candidats dans les bordereaux de soumission est la garantie nécessaire et incontournable d'une mise en concurrence loyale et d'un traitement égalitaire des opérateurs économiques, principes qui ne laissent pas de place à des suppositions et autres risques d'arbitraire et de distorsion de la concurrence.

Il incombe en effet principalement aux soumissionnaires -censés être des professionnels et spécialistes en la matière- de veiller à remplir les bordereaux de soumission avec précision et rigueur, tout comme il leur appartient de fournir d'emblée au pouvoir adjudicateur toutes informations et documentations pertinentes.

Or, à défaut de précision du type de moteur offert, un contrôle de l'adéquation des moteurs que la société ... se proposait de fournir par rapport aux prescriptions du cahier des charges était tout simplement impossible dans le chef du pouvoir adjudicateur. En effet, la simple indication de ce qu'un moteur de la marque Siemens était proposé ne permet pas une identification certaine du produit concrètement offert et force est de constater que de la sorte, une indication substantielle n'a pas été fournie dans l'offre de la société

Quant aux fiches techniques initialement produites par la société ... à l'appui de son offre par rapport à ce point, il est constant en cause qu'elles ne correspondaient pas au type de moteur requis suivant le cahier spécial des charges. Ainsi, par la force des choses, ces documents ne sont manifestement pas de nature à combler d'une manière ou d'une autre l'imprécision ci-avant constatée.

Il ne saurait partant être question d'un menu problème de contrariété entre des inscriptions claires dans un bordereau de soumission et des pièces justificatives erronées le cas échéant régularisable, mais l'apparence claire et nette était et est celle d'une omission ou imprécision flagrante du soumissionnaire ... au moment du remplissage de son bordereau. Il s'en dégage une non-conformité manifeste au niveau de la position 1.8.5 du cahier spécial des charges viciant l'offre de la société ... que les pouvoirs adjudicateurs se devaient de sanctionner, sans aucune possibilité de régularisation, aussi compréhensibles ou louables que puissent avoir été les intentions des décideurs.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à bon escient que les premiers juges ont déclaré fondé le recours de la société ... et annulé les décisions entreprises au fond, cette conclusion s'imposant sans qu'il soit requis de passer par une mission d'expertise technique, telle que requise par les parties appelantes, et sans qu'il y ait encore lieu d'examiner plus en avant les autres moyens encore développés par la société

L'appel introduit par le CHL et l'INCCI contre le jugement du 13 novembre 2017 laisse partant d'être fondé et le jugement dont appel est à confirmer.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties;

reçoit l'appel en la forme;

au fond, le déclare non justifié et en déboute;

partant, confirme le jugement entrepris du 13 novembre 2017;

condamne les appelantes aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par :

Henri CAMPILL, vice-président,

Lynn SPIELMANN, conseiller,

Martine GILLARDIN, conseiller,

et lu par le vice-président en l'audience publique à Luxembourg au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffier assumé de la Cour Vanessa SOARES.

s. SOARES

s. CAMPILL