

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

No. Rôle: TAL-2021-07379
No. 2022TALREFO/00204
du 24 mai 2022

Audience publique extraordinaire des référés du lundi, 16 mai 2022, tenue par Nous Frédéric MERSCH, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assisté du greffier Andy GUDEN.

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société anonyme SOCIETE1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Bernard DE COCQUÉAU, avocat, de Maître François PAULUS, avocat, tous les deux inscrits au barreau de Liège (Belgique), et de Maître Mathilde BONSINSEGNA, avocat, demeurant à Luxembourg.

ET

- 1) l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, dont les bureaux sont établis au Ministère d'Etat à L-1341 Luxembourg, 2, place de Clairefontaine, représenté par son Ministre d'Etat,

2) la société anonyme SOCIETE2.) S.A, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse sub 1) comparant par Maître Serge MARX, avocat, assisté de Maître Stéphanie ELVINGER, avocat, tous les deux demeurant à Luxembourg,

partie défenderesse sub 2) comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat, assisté de Maître Marc GLODT, avocat, et de Maître Quentin MARTIN, avocat, tous les trois demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique du mardi, 14 décembre 2021, Maître Nicolas THIELTGEN donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et fut entendu en ses moyens.

Maître Serge MARX fut entendu en ses explications.

L'affaire fut refixée à l'audience publique du mardi, 8 février 2022, lors de laquelle Maître Nicolas THIELTGEN, Maître Serge MARX et Maître Mario DI STEFANO furent entendus en leurs explications.

L'affaire fut ensuite refixée à l'audience publique du mardi, 22 mars 2022, lors de laquelle Maître Nicolas THIELTGEN, Maître Serge MARX, Maître Mario DI STEFANO, Maître Marc GLODT, Maître Bernard DE COCQUÉAU et Maître François PAULUS furent entendus en leurs explications.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier du 25 août 2021, la société SOCIETE1.) S.A. a fait donner assignation à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après l'Etat) et la société SOCIETE2.) S.A. (ci-après la société SOCIETE2.)) à comparaître devant le juge des référés pour voir statuer conformément au dispositif de l'assignation ci-avant transcrite.

Il est constant et non autrement contesté que pour lutter contre la COVID-19, l'Etat a, vers la fin avril 2020, déployé un dispositif particulier, appelé Large Scale Testing (ci-après le LST) permettant le dépistage, à grande échelle, de personnes infectées.

Ainsi et invoquant l'urgence « impérieuse » au sens de l'article 64 (2) (c) de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics, l'Etat a, dans un premier temps (Phase 1), chargé la société SOCIETE2.) de la réalisation du LST en recourant à une procédure négociée sans publication préalable de marché.

Par la suite, en vue d'une mise en concurrence des différents opérateurs économiques et conformément aux instructions de la Commission des soumissions, un appel d'offres sous la forme d'une procédure ouverte européenne fut lancé au mois de juillet 2020.

Toutefois, étant donné que dans le cadre de cette procédure une seule entreprise avait présenté une offre et que ladite procédure avait fait l'objet d'une annulation sur initiative de l'Etat en raison du fait que le cahier des charges contenait certaines ambiguïtés et que

l'offre en question était, en toute hypothèse, irrégulière et inacceptable, la société SOCIETE2.) s'est à nouveau, suivant une procédure de marché négocié, vue confier les opérations de dépistage pour la période du 11 septembre 2020 jusqu'au 24 mars 2021. (Phase 2)

Il est encore constant qu'après avoir invoqué l'absence de concurrence pour des raisons techniques au sens de l'article 64(2) b) ii. de la loi modifiée du 8 avril 2018 sur les marchés publics ainsi que l'urgence impérieuse au sens de l'article 64(2) c) de cette même loi, l'Etat a, suivant contrat négocié et nouvellement conclu avec la société SOCIETE2.), chargé cette dernière de l'exécution du LST pour la période du 25 mars jusqu'au 15 juillet 2021 (Phase 3), étant précisé que conformément à l'article 1 dudit contrat, l'Etat a fait usage de son droit de prolonger les effets de celui-ci jusqu'au 15 septembre 2021 de sorte que la société SOCIETE2.) a continué d'exécuter le LST après le 15 juillet 2021. (Phase 3 bis)

Contrairement aux conclusions de la société SOCIETE1.) S.A., il y a, d'ores et déjà, lieu de retenir, au vu des stipulations claires du contrat passé entre l'Etat et la société SOCIETE2.) ainsi que d'une attestation testimoniale émanant du dénommé PERSONNE1.), directeur adjoint de la Santé, et non contredite par aucun élément du dossier, que les opérations de dépistage prévues pour la Phase 3 bis du LST ont effectivement pris fin le 15 septembre 2021.

Sans remettre en cause la régularité voire la légalité de l'attribution des marchés par voie négociée à la société SOCIETE2.) pour les Phases 1, 2 et 3 du LST, la société SOCIETE1.) S.A. fait valoir que pour la Phase 3 bis (allant du 15 juillet jusqu'au 15 septembre 2021) l'Etat aurait dû faire jouer la concurrence et recourir à une procédure de passation de marché conformément aux dispositions de l'article 43 (1) de la loi du 8 avril 2018; qu'en effet, il résulterait dudit article qu'une nouvelle procédure avec appel d'offre dûment publié est nécessaire en cas de modification substantielle du marché initial; or, en l'espèce, tel serait bien le cas dans la mesure où les opérations de dépistage, qui ne visaient en principe que les personnes se présentant aux examens sur invitation du Ministère de la Santé, ont, pour la Phase 3 bis, été élargies à toute personne souhaitant, de manière spontanée, se faire tester.

Soutenant, qu'en l'absence d'avis de marché préalable pour la Phase 3 bis du LST susceptible de mettre en concurrence les différents opérateurs économiques, l'exécution par la société SOCIETE2.) du marché relatif à ladite phase sur base d'un contrat négocié serait entachée d'illégalité, la société SOCIETE1.) S.A. demande, par application des dispositions de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics et, en particulier, des articles 9 et 10 de cette loi, à voir « déclarer dépourvu d'effets, avec annulation rétroactive des obligations contractuelles, le marché public passé sans publication préalable d'un avis de marché par l'Etat en juin 2021, et visant à conférer à la société SOCIETE2.) la réalisation des tests PCR gratuits sur demande de toute la population âgée de plus de 6 ans et disposant d'une matricule nationale luxembourgeoise ».

L'Etat et la société SOCIETE2.) soulèvent, en premier lieu, l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt sinon de qualité à agir dans le chef de la société SOCIETE1.) au motif que cette dernière n'était, en toute hypothèse, pas en mesure de réaliser la Phase 3 bis du LST ; à cet égard, ils donnent à considérer que la société SOCIETE1.) n'avait pas répondu à l'appel d'offre pour la Phase 2 du LST en raison du fait qu'elle était, elle-même, incapable d'assurer l'exécution du marché en question et qu'elle s'est ainsi contentée d'y intervenir en tant que simple sous-traitant.

Aux termes de l'article 1 alinéa 3 de la loi du 10 novembre 2010 instituant les recours en matière de marchés publics, les procédures de recours sont accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée de droit communautaire ou de droit national transposant le droit communautaire en matière de marchés publics.

Si, pour déterminer l'intérêt ou la qualité à agir de la société SOCIETE1.) au sens du prédit article, il n'y a pas lieu de vérifier la compétitivité de cette dernière vis-à-vis d'autres opérateurs économiques ni partant ses chances (réelles) de se voir attribuer le marché litigieux -- question qui relève, le cas échéant, de la seule appréciation du pouvoir adjudicateur -- , il incombe cependant à la demanderesse de justifier, dans le cadre du présent recours, qu'elle avait, pour le moins et en principe, fin juin - début juillet 2021, les capacités d'assurer l'exécution de la Phase 3 bis du LST.

A défaut d'éléments d'appréciation suffisants au dossier sous ce rapport, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, de recourir à l'avis d'un expert.

PAR CES MOTIFS

Nous Frédéric MERSCH, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme en matière de référé, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement ;

recevons la demande en la forme ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision ;

avant tout autre progrès en cause,

nommons expert le **Professeur Benoît KABAMBA-MUKADI de l'Université Catholique de Louvain, demeurant professionnellement à B-1200 Woluwe-Saint-Lambert, Pôle de Microbiologie médicale, Claude Bernard, Avenue Hippocrate 54, boîte B1.54.05,**

avec la mission de se prononcer dans un rapport écrit et motivé sur la question de savoir si, compte tenu notamment de son savoir-faire, de son équipement et de sa logistique, la société SOCIETE1.) avait, fin juin - début juillet 2021, les capacités d'exécuter la Phase 3 bis du Large Scale Testing ;

ordonnons **à la société SOCIETE1.) S.A.** de payer à l'expert la somme de **2.000 euros** au plus tard le **24 juin 2022** à titre de provision à faire valoir sur la rémunération de l'expert ou à un établissement de crédit à convenir entre parties au litige, et d'en justifier au greffe du tribunal ;

disons que l'expert pourra s'entourer de tous renseignements utiles à l'accomplissement de la mission lui confiée et entendre même des tierces personnes ;

disons qu'en cas de difficulté d'exécution de la mission d'expertise, il Nous en sera fait rapport ;

disons que si ses honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, l'expert devra Nous en avertir ;

disons qu'en cas d'empêchement de l'expert commis, il sera procédé à son remplacement par simple ordonnance prise en Notre cabinet ;

disons que l'expert devra déposer son rapport au greffe du tribunal le **24 janvier 2023** au plus tard ;

mettons les frais de l'expertise à charge de la société SOCIETE1.) S.A. ;

réserveons les droits des parties et les dépens ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant appel et sans caution.