

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 143.611 du 25 avril 2005

A.161.397/VI-16.887

En cause : **1. LA SOCIETE ANONYME CEGELEC,
2. LA SOCIETE ANONYME LEXAR TECHNICS,**

ayant élu domicile chez
Me Christine DEFRAIGNE, avocat,
avenue Blonden, n° 13,
4000 Liège,

contre :

LA REGION WALLONNE, représentée par
son Gouvernement.

Partie intervenante:

LA SOCIETE ANONYME RONVEAUX,

ayant élu domicile chez
Me Katelijne RONSE, avocat,
avenue Louise, n° 149, bte 20,
1050 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 1^{er} avril 2005 par la société anonyme CEGELEC et la société anonyme LEXAR TECHNICS, constituées en société momentanée, qui demandent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision de la Région wallonne du 22 mars 2005, notifiée par courrier recommandé du 23 mars 2005, portant attribution du marché de l'entretien des équipements électriques et électromécaniques des routes, tunnels et ouvrages d'art dans la province de Namur (marché sujet à commandes n° 97)";

Vu la requête introduite le 7 avril 2005 par la société anonyme RONVEAUX qui demande à intervenir en la présente cause;

Vu l'ordonnance du 4 avril 2005, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 7 avril 2005 à 9.30 heures;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes Gisèle BERTHOLET et Stéphane MELIN, loco Me Christine DEFRAIGNE, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Kathelijne RONSE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

1. Début janvier 2004, la Région wallonne entame une procédure d'adjudication publique en vue de l'attribution d'un marché de services relatif à l'entretien des équipements électriques et électromécaniques des routes, tunnels et ouvrages d'art dans la province de Namur (C.S.C. N° 453-04 A 31). L'avis de marché est publié au J.O.C.E. du 22 janvier 2004 et au Bulletin des Adjudications du 23 janvier 2004.

2. Le 11 mars 2004, cinq offres sont recueillies, dont celle de la S.A. RONVEAUX, celle de l'association momentanée S.A. CEGELEC/S.A. LEXAR et celle de la S.A. GENETEC.

3. Le 22 mars 2005, le Ministre du Budget, des Finances, de l'Equipement et du Patrimoine de la Région wallonne décide "d'attribuer le marché au soumissionnaire sélectionné ayant introduit l'offre régulière la plus basse, à savoir la S.A. RONVEAUX".

Il s'agit de la décision dont la suspension de l'exécution est ici demandée.

4. Le 23 mars 2005, cette décision est portée à la connaissance de l'association momentanée requérante, avec une copie de la décision motivée d'attribution.

Considérant qu'il y a lieu d'accueillir l'intervention de la S.A. RONVEAUX en la présente cause;

Considérant que les requérantes justifient le recours à la procédure d'extrême urgence par l'imminence de la notification à l'adjudicataire de la décision d'attribution, "notification qui rendrait vains le recours des requérantes et toute velléité de réparation en nature", ainsi que par la mention, dans la lettre du 23 mars 2005, de ce que seul un recours en référé au judiciaire ou en extrême urgence devant le Conseil d'Etat dans les dix jours éviterait cette notification;

Considérant que cette justification, à l'évidence, doit être accueillie, d'autant qu'elle n'est pas contestée par la partie adverse;

Considérant que celle-ci et l'intervenante volontaire excipent de l'absence d'intérêt des requérantes, déduite de ce que l'offre de ces dernières n'était classée qu'en quatrième ordre; qu'elles soutiennent que les requérantes n'auraient un éventuel intérêt à la suspension et à l'annulation de l'acte attaqué que si les offres classées en deuxième et troisième position (S.A. GENETEC et S.A. Yvan PAQUE) devaient également être écartées;

Considérant qu'en principe, un soumissionnaire régulier a intérêt à faire contrôler la régularité de la procédure qui adjuge le marché à un concurrent, quel que soit le classement de sa soumission; qu'en effet, ce contrôle est susceptible de lui procurer à tout le moins une nouvelle chance de se voir adjuger le marché convoité; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que l'intervenante volontaire excipe encore de ce que "l'offre des requérantes a été déclarée irrégulière", en sorte qu'"elles ne sauraient contester la sélection de la partie intervenante";

Considérant que, contrairement à ce que soutient l'intervenante volontaire, la décision motivée d'attribution du marché a considéré les cinq offres reçues "comme conformes aux clauses et conditions imposées"; que l'exception manque en fait;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant, quant à la condition du risque de préjudice grave difficilement réparable, que les requérantes font tout d'abord valoir que "la partie adverse a manifestement entendu faire application, dans la décision attaquée, des directives européennes 89/665 et 92/13, transposées dans le droit belge par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993"; qu'elles indiquent que "la Région wallonne a ainsi postposé, comme cet article l'y oblige à présent et comme les directives européennes le prescrivaient auparavant, de dix jours la notification visée à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996"; qu'elles soutiennent que ledit article 21bis "présume" qu'un soumissionnaire évincé qui, souhaitant éviter la notification de la décision d'attribution du marché, intente un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat, encourrait bien, à défaut de ce recours, un préjudice grave difficilement réparable consistant en l'attribution définitive et irréversible du marché litigieux, sans possibilité de réparation en nature; qu'ainsi, selon elles, la seule qualité de soumissionnaire évincé au sens dudit article 21bis suffirait à établir la réalité du risque de préjudice grave difficilement réparable; qu'elles soulignent que "cette interprétation de l'existence intrinsèque d'un risque de préjudice grave difficilement réparable dans le cadre d'un «standstill» est par ailleurs conforme aux objectifs poursuivis par les directives 89/665 du 21 décembre 1989 (...) et 92/13 du 25 février 1992 (...), que l'article 21bis a transposées en droit belge", directives qui "imposent aux Etats membres d'organiser les procédures de recours, notamment une procédure en suspension permettant au soumissionnaire évincé d'un marché public d'obtenir le cas échéant une réparation en nature";

Considérant que les requérantes, pour justifier en faits le risque de préjudice dont elles se prévalent, indiquent que la perte de ce marché, qui représente un montant estimé de 4.150.000 euros de commandes, affecterait très sensiblement leur équilibre financier, comporterait le risque d'empêcher la continuation de leurs activités ou même de leur existence, et compromettrait lourdement leur réputation ou leur stratégie commerciale dans leur secteur d'activité; qu'elles ajoutent que cette perte s'aggraverait des frais liés aux désengagements d'une équipe de vingt personnes hautement qualifiées et des charges que représente l'amortissement de toutes les fournitures et du matériel spécifique acquis pour remplir les missions de ce marché qu'elles exécutent depuis 1988;

qu'elles soulignent que cette perte du personnel qualifié et de l'équipement spécifique impliquerait celle d'un savoir-faire et des capacités techniques leur permettant de soumissionner sérieusement dans des marchés publics de ce type, ainsi que celle d'une référence notoire récente, essentielle pour pouvoir soumissionner d'autres marchés du même type et de prix équivalents; qu'elles se prévalent enfin de la dégradation de leur image de marque;

Considérant que la partie adverse fait observer que le marché litigieux n'est pas soumis à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, en sorte que toutes les considérations qui en sont déduites, sont irrelevantes; qu'elle ajoute que ces considérations sont erronées, dès lors que ni la directive "recours" ni l'article 21bis n'ont eu pour effet de modifier les règles de compétence et de procédure auprès du Conseil d'Etat; que, pour le surplus, elle estime qu'il appartient aux requérantes d'établir le risque de préjudice grave difficilement réparable que leur causerait l'exécution immédiate de l'acte attaqué; qu'elle soutient qu'à défaut d'éléments de faits précis, les requérantes n'apportent pas la preuve de leur préjudice, lequel ne repose que sur de simples allégations imprécises et non démontrées; que, quant à la perte financière, elle estime qu'il n'est pas démontré qu'elle causerait un préjudice difficilement réparable, et notamment un risque de faillite qui soit directement imputable à l'acte attaqué plutôt qu'à la fin du marché précédemment exécuté; que, quant à la perte d'une référence notoire récente, elle observe que cet argument reviendrait à réserver les marchés aux seules entreprises déjà en place; que, quant à l'atteinte à l'image de marque, elle souligne que l'acte attaqué ne comporte aucune appréciation péjorative des requérantes qui ont, du reste, été sélectionnées;

Considérant, tout d'abord, que l'article 21bis, inséré dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services par l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004, n'est pas applicable au marché litigieux; qu'en effet, le présent marché a été annoncé en janvier 2004, soit bien avant la date d'entrée en vigueur dudit article 21bis, soit le 15 juillet 2004 comme prévu par l'article 317 de ladite loi-programme; que, partant, aucun argument ne peut être déduit de l'existence de cet article 21bis;

Considérant, en outre, que même si cet article 21bis avait été applicable en l'espèce, il n'aurait pas eu pour effet, comme le soutiennent les requérantes, de faire présumer l'existence d'un risque de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant, certes, que les directives européennes 89/665 et 92/13 requièrent "qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit";

Considérant, toutefois, que ces directives ne sont pas directement applicables en droit interne, et que le soin a été laissé aux Etats membres de les transposer dans leur législation nationale (Cf. notamment l'article 5 de la directive 89/665), ce qu'a tenté de faire la loi-programme du 9 juillet 2004 précitée en insérant ledit article 21bis dans la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que cette loi-programme du 9 juillet 2004 n'a pas modifié les lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, et en particulier leur article 17, § 2, qui persiste à exiger, pour que la suspension de l'exécution notamment d'une décision d'attribution d'un marché public puisse être ordonnée, que soit établi le risque d'un préjudice grave difficilement réparable qu'entraînerait l'exécution immédiate de la décision attaquée;

Considérant que, si l'on peut s'interroger sur l'adéquation, à certains égards, de la transposition en droit belge des directives européennes précitées, il n'appartient pas à une juridiction, sous prétexte d'interprétation, de modifier en réalité la loi en lui prêtant une portée radicalement différente de celle qu'une jurisprudence évidente lui avait reconnue depuis des années;

Considérant qu'il demeure, jusqu'ores, que l'article 17 des lois sur le Conseil d'Etat précitées exige de celui qui demande la suspension de l'exécution d'un acte administratif, fût-ce une décision d'attribution d'un marché public, qu'il établisse que l'exécution immédiate de cet acte risque de lui causer un préjudice grave difficilement réparable;

Considérant, à cet égard, que force est de constater que les requérantes procèdent par allégations dénuées de toute pièce susceptible de les étayer; qu'elles ne produisent ni statuts ni pièces comptables qui auraient pu révéler quelle part des marchés du type de celui ici convoité pouvaient prendre de l'ensemble de leurs activités; qu'elles n'établissent pas davantage dans quelle mesure la perte du marché litigieux compromettrait leur équilibre financier et, éventuellement, leur survie;

Considérant, par ailleurs, que la perte d'une référence telle que celles exigées en vue de la sélection qualitative, ne peut être confondue avec celle d'un marché de référence, dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; que tel n'est évidemment pas le cas en l'espèce, et que la perte d'une référence banale ne saurait justifier un risque de préjudice grave difficilement réparable; que la décision attaquée ne comporte aucun jugement péjoratif quant à l'offre formulée par les requérantes, en sorte que celles-ci ne peuvent sérieusement prétendre qu'elle porte atteinte à leur réputation; que, pour le surplus, la perte d'un personnel qualifié et d'un matériel spécifique, à la supposer avérée, résulte plutôt de la non-reconduction du contrat venant à échéance et ne saurait être ici prise en compte, à peine de privilégier le soumissionnaire déjà en place;

Considérant que l'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, n'est pas remplie,

D E C I D E :

Article 1er.

L'intervention volontaire de la S.A. RONVEAUX en la présente cause est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 475 euros sont mis à charge des parties requérantes à concurrence de 175 euros chacune et à charge de la partie intervenante à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-cinq avril deux mille cinq par :

M. HANSE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M. HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,	Le Président f.f.,
--------------	--------------------

P. HARMEL.	Ph. HANSE.
------------	------------