CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 152.174 du 2 décembre 2005

G/A 117.868/g-86

En cause : **LA SOCIETE ANONYME AMEC SPIE BELGIUM,**
ayant succédé à la société anonyme GAZEL,

ayant élu domicile chez
Me Françoise BALON, avocat,
rue A. De Bock 54-56
1140 Bruxelles,

contre :

l'OFFICE NATIONAL DES PENSIONS,

ayant élu domicile chez
Mes Marc KADANER et
Michel PLESSERS, avocats,
chaussée de la Hulpe 150
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE DE LA SECTION D'ADMINISTRATION,

Vu la requête introduite le 8 mars 2002 par la société anonyme GAZEL, qui demande l'annulation de "la décision prise à une date indéterminée, communiquée à la requérante par lettre du 10 janvier 2002, reçue le 11 janvier 2002, et par laquelle l'Office National des Pensions (...) a écarté sa candidature" à l'appel d'offres restreint concernant la rénovation intérieure de la tour du Midi, lot 3 "Electricité";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat, établi sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure;

Vu l'ordonnance du 15 octobre 2004 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties;

Vu les derniers mémoires des parties;

Vu l'ordonnance du 28 juillet 2005 déchargeant la VIe chambre de l'affaire et renvoyant celle-ci à l'assemblée générale de la section d'administration;

Vu l'ordonnance du 28 juillet 2005, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 27 septembre 2005 à 14 h 00;

Entendu M. P. NIHOUL, Conseiller d'Etat, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me I. DAOUST, loco Me Fr. BALON, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me M. PLESSERS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu M. E. THIBAUT, Auditeur, en son avis conforme;

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 requête sont les suivants :

1. Le 13 juillet 2001, est publié au Bulletin des Adjudications et au Journal officiel des Communautés européennes un avis de marché émanant de l'Office national des Pensions et ayant pour objet un marché de travaux mixte, à passer selon le mode de l'appel d'offres restreint, portant sur la rénovation intérieure de la Tour du Midi et divisé en quatre lots, à savoir le "lot 1 : désamiantage, appareils élévatoires, pilotage général", le "lot 2 : parachèvements", le "lot 3 : électricité concernant principalement le remplacement d'installations d'électricité (courant fort et faible)" et le "lot 4 : HVAC" (Heating, ventilation and air conditioning).

L'avis de marché consiste en un appel aux candidatures en vue de procéder à la sélection qualitative d'entrepreneurs intéressés par le marché. A cet effet, l'avis de marché précise que "seules seront retenues les meilleures candidatures. En toute hypothèse, ne sera retenu pour chacun des lots qu'un maximum de 5 candidatures".

Outre des conditions générales qui sont d'application pour tous les lots et qui ont trait aux causes d'exclusion et aux conditions financières et économiques, l'avis

de marché précise les conditions techniques spécifiques à remplir pour chacun des lots, à savoir :

" Pour le lot 3: électricité.

3 références minimum concernant des marchés similaires, intégrant courant fort et courant faible, pour un montant minimum de EUR 6 000 000, par marché, exécutés dans les cinq dernières années.

Pour les entrepreneurs établis en Belgique, la preuve de leur agréation en sous-catégorie P.1, classe 8.

Pour les entrepreneurs établis dans un autre Etat-membre de la Communauté européenne :

- soit la preuve de leur inscription dans un registre officiel d'entrepreneurs, preuve délivrée par les instances compétentes et de l'équivalence de cette inscription avec les conditions d'agréation définies par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation des entrepreneurs de travaux (Moniteur belge du 6 avril 1991).

- soit la mention que le candidat invoque l'application de l'article 3, § 1er, 2° de la loi précitée, auquel cas, il joint à sa demande de participation les pièces justificatives nécessaires".

La date limite de dépôt des candidatures est fixée au 31 août 2001 à 11 heures.

2. Le 28 août 2001, la requérante dépose auprès des services de la partie adverse sa candidature en vue de sa sélection pour le lot n°3. Ce dossier comprend un certificat d'agréation en classe 8, catégorie P1, ainsi que diverses listes de travaux exécutés et des attestations de bonne exécution. Le 7 novembre 2001, elle complète son dossier en transmettant l'attestation de bonne exécution pour un marché de travaux d'un montant de 250 millions francs belges.

Huit autres candidatures sont également reçues.

3. À une date inconnue, il est établi par les services de la partie adverse une "note de motivation" reprenant les neuf candidatures déposées pour le lot n°3 et indiquant que "quatre candidats possèdent trois références de plus de 6.000.000 €", la requérante n'en présentant que deux.

4. Le 10 janvier 2002, l'administrateur général de la partie adverse informe la requérante que "votre candidature pour le lot 3 du marché susmentionné n'a pas été retenue". Il s'agit de la décision attaquée.

Le 14 janvier 2002, la requérante demande à connaître les motifs de sa non-sélection.

5. Le 28 janvier 2002, l'administrateur général de la partie adverse indique à la requérante que :

" (...) L'Avis de marché repris sous rubrique en son point 10, article 19 : conditions techniques spécifiques pour le lot 3 (...) exigeait 3 références minimum de marchés similaires, montant minimum de 6.000.000 EURO par marché, dans les cinq dernières années.

Votre candidature ne satisfaisant pas à cette exigence, elle n'a donc pas pu être retenue".

6. Le 6 février 2002, la requérante conteste auprès de la partie adverse les motifs retenus à l'appui de la décision attaquée.

7. Le 3 mai 2002, l'administrateur général de la partie adverse informe l'association momentanée constituée des sociétés anonymes NIZET et SIEMENS ATEA que le comité de gestion a décidé le 29 avril 2002 de lui attribuer le lot n°3 pour un montant global de 6.742.274,73 euros HTVA.

Considérant, en ce qui concerne la qualité de la société requérante, qu'il ressort des annexes du Moniteur belge du 29 juillet 2003 que, le 1er juillet 2003, la requérante a été dissoute sans liquidation et que son patrimoine a été intégralement transféré à la société anonyme ABAY TS, son actionnaire unique; que cette opération étant assimilée à une fusion par absorption, conformément à l'article 676, 1°, du code des sociétés, il n'y a pas lieu à reprise formelle d'instance; qu'en effet, la fusion entraîne de plein droit la disparition de la société absorbée et le transfert de tous les éléments actifs ou passifs de son patrimoine, qu'ils soient actuels, conditionnels ou même éventuels, à la société absorbante; qu'il s'ensuit que la société anonyme ABAY TS a succédé, le 1er juillet 2003, aux droits et obligations de la société anonyme GAZEL; que, simultanément, la société anonyme ABAY TS a changé sa dénomination sociale en "AMEC SPIE TS"; qu'il ressort des annexes du Moniteur belge du 19 juillet 2004 que, le 1er juillet 2004, la société anonyme AMEC SPIE TS a changé sa dénomination sociale en "AMEC SPIE BELGIUM";

Considérant, en ce qui concerne la recevabilité ratione materiae du recours, que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur a décidé, dans le cadre d'une procédure restreinte, en l'occurrence un appel d'offres restreint, de ne pas sélectionner la

candidature d'une entreprise, la question se pose de savoir si cette décision de non sélection est ou non un acte susceptible de recours devant le Conseil d'Etat;

Considérant qu'un candidat à la sélection permettant de participer à une procédure restreinte d'attribution d'un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de ne pas le sélectionner parce que cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce candidat comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu' elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; qu'en effet, cette décision le prive de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et lui fait dès lors directement grief;

Considérant que la faculté pour un candidat d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision de non sélection de sa candidature n'empêche pas que les irrégularités que ce candidat reproche à cette décision puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure restreinte de passation; qu'à l'appui de son recours contre de telles décisions, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de non sélection de sa candidature, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle cette décision;

Considérant que le recours est recevable ratione materiae;

Considérant que le requérant doit en outre justifier d'un intérêt actuel, cet intérêt devant persister jusqu'au prononcé de l'arrêt; que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur, après avoir décidé, dans le cadre d'une procédure restreinte, de ne pas sélectionner la candidature d'une entreprise, prend la décision d'attribuer le marché, la question se pose de savoir si la firme, qui a attaqué devant le Conseil d'Etat la première décision, mais non la seconde, conserve l'intérêt légal requis pour poursuivre l'annulation de la première;

Considérant, à cet égard, que l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même;

Considérant que, dans cette optique, l'intérêt à attaquer une décision de non sélection de sa candidature disparaît si le candidat non retenu s'abstient de contester la décision qui attribue le marché à un concurrent;

Considérant qu'en l'espèce, la requérante n'a pas entrepris en annulation la décision du 29 avril 2002 attribuant le lot n° 3 "Electricité"; qu'elle a ainsi perdu toute chance d'obtenir le marché et, partant, son intérêt au présent recours,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le deux décembre 2005, par l'assemblée générale de la section administration du Conseil d'Etat, par :

MM.	R. ANDERSEN	Premier Président du Conseil d'Etat,
	D. VERBIEST	Président de chambre,
	M. LEROY	Président de chambre,
	P. LEMMENS	Président de chambre,
	Ph. HANSE	Conseiller d'Etat,
	P. LEWALLE	Conseiller d'Etat,
	D.MOONS	Conseiller d'Etat,
	J. VANHAEVERBEEK	Conseiller d'Etat,
	J. LUST	Conseiller d'Etat,
	G. VAN HAEGENDOREN	Conseiller d'Etat,
	P. NIHOUL	Conseiller d'Etat,
	C. ADAMS	Conseiller d'Etat,
Mme	D. LANGBEEN	Greffier en chef.

Le Greffier en Chef, Le Premier Président du Conseil d'Etat,

D. LANGBEEN. R. ANDERSEN.