

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 168.281 du 26 février 2007

G./A.180.909/VI-17.365

En cause : **la société privée à responsabilité limitée DORE-SOBCZAK,**
ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et Elisabeth WILLEMART, avocats,
Central Plaza 25
rue Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

la province de Hainaut,

ayant élu domicile chez
Me Patrick THIEL, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 9 février 2007 par la société privée à responsabilité limitée DORE-SOBCZAK qui sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision présentée comme ayant été prise le 28 décembre 2006 par le Collège de la Province de Hainaut, de «retenir les cinq candidatures suivantes :

- candidat n° 2 : MATADOR
- candidat n° 3 : NOTTEBAERT – COTON – LELION
- candidat n° 6 : ARCHISCENOGRAPHIE
- candidat n° 10 : LABEL ARCHITECTURE
- Candidat n° 11 : LOHAS & LOHAS »

et, par conséquent, d'écarter la candidature de la requérante, pour le marché relatif à la désignation d'un auteur de projet pour la transformation et l'équipement d'un bâtiment partiellement classé le BPS.22, en vue de l'affecter à une «plate-forme de diffusion

contemporaine» (marché n° P24166 – avis publié dans le bulletin des adjudications le 2 octobre 2006)";

Vu l'ordonnance du 13 février 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 21 février 2007 à 10.00 heures;

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

Entendu, en leurs observations, Mes France MAUSSION et Elisabeth WILLEMART, avocats, comparaisant pour la partie requérante et Mes Patrick THIEL et Virginie DOR, avocats, comparaisant pour la partie adverse;

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 sont les suivants :

1. En 2004, la province de Hainaut décide de procéder à la transformation d'un musée - dénommé le BPS 22 - destiné à accueillir sa collection d'art, situé à Charleroi.

Elle rédige une note d'intention en mars 2004 qui fait l'objet le 17 juin 2004 d'un accord de principe de la part du Ministre de la Culture de la Communauté française en vue d'un subventionnement du projet à concurrence de 75%.

L'avant-projet établi par les services de la partie adverse est approuvé le 26 mai 2005 par la députation permanente et le 21 juin 2005 par le conseil provincial en vue de sa transmission à la Communauté française.

Le 3 octobre 2005, le Service des Infrastructures culturelles de la Communauté française fait savoir à la partie adverse qu'il "a décidé de reporter le dossier dans l'attente d'une nouvelle hypothèse qui respecte mieux l'esprit initial du projet", le souhait étant de confier l'étude du dossier à une équipe pluridisciplinaire d'auteurs de projet.

2. Le 3 août 2006, la députation permanente décide de proposer au conseil provincial "l'organisation d'un marché de services sous la forme d'une procédure négociée avec publicité européenne". Le 31 août 2006, elle approuve "la composition du jury".

Le 12 septembre 2006, le conseil provincial "marque son accord sur la mise en oeuvre d'une procédure négociée avec publicité européenne afin de procéder à la désignation d'une équipe pluridisciplinaire d'auteurs de projet en vue de la prochaine création d'un espace d'art contemporain dans le bâtiment Solvay à CHARLEROI, pour un montant de 3.278.169 € tva subsidiable à concurrence de 75% par le Département de la Culture de la Communauté française".

3. Le 2 octobre 2006, est publié l'avis de marché, lequel organise la phase de sélection qualitative.

L'objet du marché y est décrit dans les termes suivants :

" Transformation et équipement d'un bâtiment partiellement classé, le B.P.S. 22 espace de création contemporaine de la Province de Hainaut, boulevard Solvay 22, à 6000 Charleroi, pour l'affecter en «plate-forme de diffusion contemporaine» (fonctions patrimoniales d'un musée classique, fonctions de service public centré sur la diffusion et le développement culturel, fonctions « pédagogiques» de développement socioculturel), avec ses annexes (accueil et cafétéria, centre de documentation, services administratifs et techniques, résidences etc.) Les parties concernées par le classement du «bâtiment Solvay» (anciens ateliers dont le B.P.S.22, entre le boulevard Solvay, les rues Fagnart et Lebeau) sont les suivantes :
Les façades et toitures (bâtiment central, ailes latérales et préau)
L'escalier et le péristyle (boulevard Solvay).
Le pavillon abritant les anciennes toilettes.
Les prestataires devront présenter une offre pour la totalité des services qui portent sur l'architecture, la stabilité, les techniques spéciales, l'acoustique, l'éclairage, la muséographie, le mobilier d'exposition et d'accueil, la signalétique intérieure, etc. Les prestataires seront chargés d'une mission complète, comprenant esquisse, l'avant-projet, le dossier permis d'urbanisme, le projet d'exécution et le suivi du chantier."

Cet avis indique que "le nombre d'opérateurs envisagé" est limité à 5 "dont, dans la mesure du possible, deux des candidats auront pour la première fois accès à une commande publique" et que la date limite de réception des demandes de participation est le 6 novembre 2006.

Les conditions de participation sont définies de la manière suivante :

" III.2 Conditions de participation :

III.2.1 Situation propre des opérateurs économiques :

Renseignements concernant la situation propre de l'entrepreneur/du fournisseur/du prestataire de services et renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation de la capacité économique, financière et technique minimale requise (y compris l'agrégation des entrepreneurs de travaux).

III.2.2 Capacités économique et financière :

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :
Fournir la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels.
Ce document doit être également fourni pour tous les bureaux spécialisés dans les différents services qui font partie de la mission évoquée au point II.1.5) avec lesquels le candidat envisage de travailler.

III.2.3 Capacité technique :

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :

Le candidat doit fournir :

1. Une note de motivation de maximum une page A4 exposant sa motivation à présenter sa candidature pour ce projet particulier, ainsi que sa vision de la philosophie et de la sensibilité architecturale à développer compte tenu de la diversité des missions à remplir par l'institution, des données architecturales existantes et du budget.
2. La définition du rôle de chaque partenaire dans l'équipe pluridisciplinaire auteur de projet proposée.
3. La composition de son équipe avec la qualification professionnelle des différents membres. Le cas échéant, il fournira une note descriptive avec les compétences spécifiques ou formations complémentaires des membres de l'équipe.
4. Le cas échéant, la liste des prix reçus et/ou de ses publications.
5. Des références :
 - 5.1. Fournir sous forme d'une simple liste les principales références (projets ou réalisations) réalisées au cours des trois dernières années avec leur montant, leur date de réalisation, leur destinataire (public ou privé), et le type de maîtrise d'œuvre (association momentanée, sous-traitance, collaborations extérieures,...) classées par type de bâtiment (logements, bureaux, commerces, bâtiments publics, bâtiments culturels,...) en précisant s'il s'agit d'une rénovation ou d'une nouvelle construction.
 - 5.2. Présenter de manière plus détaillée deux références (réalisations ou projets) conçues au cours des cinq dernières années et pertinentes par rapport à l'objet du marché, uniquement à l'aide des documents suivants :
 - 5.2.1. Produire des photos et/ou dessins (maximum 4) permettant de juger la qualité architecturale des références présentées.
 - 5.2.2. Fournir une brève présentation (maximum une page A4) résumant le parti pris architectural et les solutions techniques originales.
 - 5.2.3. Préciser le rôle précis du candidat dans la réalisation du projet cité en référence.
 - 5.2.4. Pour les projets réalisés ou en cours, préciser l'année d'achèvement et l'identité du maître d'ouvrage.

Les documents 3 à 5 doivent être également fournis pour tous les bureaux spécialisés dans les différents services qui font partie de la mission évoquée au point II.1.5) avec lesquels le candidat envisage de travailler.

Tous les documents seront rédigés en langue française.

Ces documents doivent permettre au Maître de l'Ouvrage de se rendre compte de la capacité de l'équipe à mener à bien le projet, même si ce type de programme est abordé pour la première fois. Il ne s'agit donc pas de fournir des références de manière exhaustive ni similaire."

L'avis de marché prévoit la mise en place d'un "comité de sélection" dans les termes suivants :

" Le comité de sélection comprend au minimum une moitié d'architectes et composé de :
Cinq représentants de la Province de Hainaut.
Deux représentants de la Communauté française.
Trois experts extérieurs, à savoir architectes et professeurs dans les écoles d'Architecture.
Un représentant du Service d'Urbanisme de la ville de Charleroi.
Un représentant de la Région Wallonne pour le Patrimoine.
Un représentant de la Région Wallonne pour l'Urbanisme.
Le comité de sélection est chargé de proposer la sélection et ensuite de proposer l'attribution."

4. Le 6 novembre 2006, 19 candidatures sont déposées.

Selon les termes de la demande de suspension, "la requérante a déposé sa candidature en rassemblant une équipe composée comme suit :

- elle-même pour la partie architecture ;
- l'Atelier de l'île architectes pour la partie muséographie ;
- ACT Architecture pour la partie éclairage ;
- Integral Ruedi BAUR et associés pour la signalétique ;
- BGroup Infra pour la stabilité ;
- Marcq & Roba pour les techniques spéciales ;
- A-Tech Acoustic Technologies pour l'acoustique."

5. Le 30 novembre 2006, le comité de sélection se réunit.

Il ressort du rapport de cette réunion notamment ce qui suit :

" 2. Préambule :

Pour préparer la tâche du comité, l'administration a réalisé un examen préalable des dossiers de candidature et remet à chaque membre du comité un dossier de synthèse présenté sous forme d'un tableau par candidature (voir annexe).

(...)

Le comité décide qu'en fonction des avis émis, les candidats seront placés soit dans le groupe des candidats retenus, soit dans celui des candidats non retenus. Si les avis ne sont pas unanimes sur un candidat, un débat est ouvert afin de parvenir à un consensus.

(...)

3. Examen de la régularité des candidatures :

(...)

De l'analyse préalable réalisée par l'administration, il ressort que toutes les candidatures sont régulières par rapport aux conditions de participation relatives à la situation juridique, aux capacités économiques et financières demandées par l'avis de marché.

(...)

4. Examen des candidatures

L'examen des candidatures est réalisé sur base des critères suivants :

- le dossier : contenu, présentation.

- la note de motivation demandée dans l'avis de marché. Ce document aide le Comité à évaluer la motivation à présenter sa candidature pour ce projet particulier, ainsi que sa vision de la philosophie et de la sensibilité architecturale à développer compte tenu de la diversité des missions à remplir, des données architecturales existantes et du budget.

- la composition des équipes : la définition du rôle de chaque partenaire au sein de l'équipe, sa qualification professionnelle, le cas échéant ses compétences spécifiques ou les formations complémentaires suivies sur base des références requises au point «III.4 capacité technique – références requises» de l'avis de marché.

- La capacité de l'équipe à mener à bien le projet même si ce type de programme (création d'une plate-forme de diffusion contemporaine dans un bâtiment existant) est abordé pour la première fois. Il ne s'agit donc pas de fournir des références de manières exhaustives ou similaires mais de présenter sous forme d'une simple liste les principales références (réalisations au cours des 3 dernières années) de l'équipe dont deux pourront être détaillées afin de démontrer la qualité de sa production architecturale sur base des références requises au point «III.4 capacité technique – références requises» de l'avis de marché.

Il est demandé aux membres du comité d'examiner, de 10h45 à 15h00, les 19 dossiers de candidatures mis à leur disposition.

Au vu du nombre important des candidatures, les membres du Comité se mettent d'accord pour réaliser un premier tour de table collégial afin de classer les différentes candidatures dans le groupe des «candidatures retenues» ou celui des «candidatures non retenues».

Après ce premier tour, 5 candidatures émergent. Pour chaque candidature, les membres explicitent les raisons de leur choix.

Les équipes dont le nom suit n'ont pas été retenues pour les raisons suivantes :
(suit l'énumération des 14 candidats non retenus).

Les équipes dont le nom suit ont été retenues pour les raisons suivantes :
(suit l'énumération des 5 candidats retenus).

5. Conclusions

(...)

Lors de la production de la pré-esquisse, il sera demandé aux candidats de présenter leur dossier sur un maximum de 3 panneaux A0. La présentation sur diaporama est

permise et laissée à l'appréciation des candidats. Dans l'affirmative, il est demandé aux candidats de fournir au jury un CD ROM reprenant le diaporama. La présentation d'une maquette est laissée à l'appréciation des candidats."

En ce qui concerne plus particulièrement la demanderesse, sa candidature n'a pas été retenue par le comité de sélection, pour les motifs suivants :

" Candidat n° 7 : DORE & SOBCZAK

Dossier complet, structuré, dense. A tout misé sur la présentation au détriment de la qualité du contenu.

Note de motivation : la note est complexe et hors propos. C'est une approche trop bavarde.

Composition de l'équipe : équipe complète mais visiblement formée de manière artificielle.

Capacités : le dossier tel que présenté fait craindre l'impossibilité de travailler en synergie avec l'équipe porteuse du projet.

La démarche proposée par le scénographe est inadaptée. Le dispositif est trop phagocytant par rapport au débat."

6. Le 22 décembre 2006, les services de la partie adverse établissent un "rapport au collège provincial" qui, après avoir rappelé les antécédents, indique ce qui suit :

"Le Comité de sélection s'est réuni le 30 novembre 2006, pour examiner les 19 dossiers de candidatures déposés.

Le procès-verbal de réunion non encore approuvé par tous les participants est susceptible de modification de forme suite aux remarques formulées par Madame Chantal DASSONVILLE dans son courriel du 21 décembre 2006 à 18 h 19.

Ce procès-verbal sera représenté, modifié, aux différents membres du comité de sélection, pour signature après les congés de fin d'année.

L'accord de tous les membres du jury s'est fait pour retenir les cinq candidatures suivantes :

- Candidat n° 2 : MATADOR
- Candidat n° 3 : NOTTEBAERT – COTON – LELION
- Candidat n° 6 : ARCHISCENOGRAPHIE
- Candidat n° 10 : LABEL ARCHITECTURE
- Candidat n° 11 : LOHAS & LOHAS

Il est proposé à notre Collège, de marquer son accord sur la sélection des 5 bureaux d'études cités ci-dessus."

7. Le 28 décembre 2006, ce rapport est présenté au collège provincial par Monsieur Serge HUSTACHE, député rapporteur.

Le même jour, le collège provincial marque son accord sur la proposition contenue en final du rapport. Il s'agit de l'acte attaqué.

8. Par lettre du 30 janvier 2007 de ses services, la partie adverse informe la demanderesse de ce que "le Collège provincial, en sa séance du 28 décembre 2006 a décidé de ne pas retenir votre candidature" et lui communique, en annexe, le rapport du 22 décembre 1996 et le (projet de) procès-verbal de la réunion du 30 novembre 2006 du comité de sélection avec le tableau de comparaison des candidatures établi par l'administration.

Considérant que la partie adverse soulève l'irrecevabilité de la demande au motif que seul, un des membres de l'association momentanée a introduit le présent recours alors que le candidat est une association momentanée et que chacun des membres de cette association doit décider d'ester en justice, conformément à ses statuts, ce qui n'est pas le cas en l'espèce;

Considérant que saisie d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité avec le droit européen d'une règle nationale exigeant la présence à la cause de l'ensemble des soumissionnaires ayant déposé une offre en association momentanée, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré, par son arrêt du 8 septembre 2005, affaire C-129/04, que "l'article 1^{er} de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, selon le droit national, seul l'ensemble des membres d'une association momentanée sans personnalité juridique ayant participé, en tant que telle, à une procédure d'attribution de marché public et ne s'étant pas vu attribuer ledit marché, puissent former un recours à l'encontre de la décision d'attribution et non seulement l'un de ses membres à titre individuel" et qu' "il en va de même si tous les membres d'une telle association momentanée agissent ensemble mais que l'action de l'un de ses membres est jugée irrecevable";

Considérant, d'une part, que l'avis de marché, qui constitue actuellement et à ce stade de la procédure, le seul document du marché énonce comme exigence, en ce qui concerne l'objet du marché de services, que :

"Les prestataires devront présenter une offre pour la totalité des services qui portent sur l'architecture, la stabilité, les techniques spéciales, l'acoustique, l'éclairage, la muséographie, le mobilier d'exposition et d'accueil, la signalétique intérieure, etc. Les prestataires seront chargés d'une mission complète, comprenant esquisse, l'avant-projet, le dossier permis d'urbanisme, le projet d'exécution et le suivi du chantier.";

que le même avis n'exige aucune forme juridique particulière pour "le groupement d'opérateurs économiques attributaire du marché", mais impose de fournir, en ce qui concerne les causes d'exclusion, les attestations idoines non seulement de "l'architecte" ou du "responsable d'équipe pluridisciplinaire d'études", mais également de "tous les bureaux spécialisés dans les différents services qui font partie de la mission (...) avec lesquels le candidat a envisagé de travailler"; qu'il en va de même de la capacité économique et financière; que, pour la capacité technique, cet avis impose au candidat de fournir "la définition du rôle de chaque partenaire dans l'équipe pluridisciplinaire auteur de projet proposé", "la composition de son équipe avec la qualification professionnelle des différents membres" et des références, celles-ci devant être fournies "pour tous les bureaux spécialisés dans les différents services qui font partie de la mission (...) avec lesquels le candidat envisage de travailler"; que, lors de l'examen des 19 candidatures, la partie adverse a analysé, pour chaque candidature, les éléments précités dans le chef de chacun des membres des équipes candidates et s'est prononcée pour chacun d'entre eux sur la composition de l'équipe présentée, accordant ainsi à ce critère de capacité technique une importance particulière;

Considérant, d'autre part, que la candidature en cause a été déposée par une "équipe pluridisciplinaire" composée de sept "partenaires" afin de rencontrer les services demandés, à savoir Doré & Sobczak Architectes pour l'architecture; Atelier de l'île architectes pour la muséographie; ACT Architecture pour l'éclairage; Intégral Ruedi BAUR et associés pour la signalétique ; B Group Infra pour la stabilité; Marcq & Roba pour les techniques spéciales; et A-Tech Acoustic Technologies pour l'acoustique; qu'il est indiqué dans le prospectus de présentation de l'équipe que la demanderesse "est mandatée par l'ensemble des partenaires pour représenter l'équipe d'auteurs de projet auprès du Maître de l'ouvrage et assurera la coordination de l'équipe qui prendra la forme d'une association momentanée"; qu'il en découle clairement que la demanderesse a choisi de participer à la procédure litigieuse non pas avec des sous-traitants, comme elle aurait pu le faire, mais en équipe avec des partenaires; que la demanderesse soutient qu'à ce stade, aucun contrat ne lie les membres de l'équipe qu'elle représente; que si les membres de ladite équipe n'ont pas encore choisi, à ce stade de la procédure, de forme juridique précise pour formaliser leur collaboration, comme l'y autorisait du reste l'avis de marché, il n'en reste pas moins qu'en se groupant en vue de présenter une candidature pluridisciplinaire, les membres de l'équipe ont décidé d'adhérer à "une démarche philosophique et architecturale" commune (prospectus n° 1) et de s'associer à cet effet; que l'on en veut pour preuve le mandat, qui est un contrat, que chaque membre de cette association a conféré à la demanderesse précisément en vue de représenter ce groupement; qu'il s'ensuit que le groupement ainsi formé par les sept

sociétés constitue une association de fait, c'est-à-dire une société momentanée au sens de l'article 47 du Code des sociétés;

Considérant qu'une société momentanée n'a pas en droit belge de personnalité juridique et obéit dès lors, en ce qui concerne sa capacité d'agir en justice, à un régime comparable à celui d'une association de fait; qu'il est requis dans ce cas que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, tous les membres de l'association momentanée agissent simultanément et régulièrement en justice mais non que l'association momentanée ou certains de ses membres aient seuls accès au prétoire; qu'en effet, "dans cette situation, c'est l'association momentanée en tant que telle qui a soumissionné, et non pas ses membres à titre individuel. Ce sont également tous les membres de cette association qui, s'ils s'étaient vu attribuer le marché en cause, auraient eu l'obligation de signer le contrat et d'exécuter les travaux." (attendu n° 20 de l'arrêt du 8 septembre 2005 de la Cour de justice des Communautés européennes précité);

Considérant que cette règle de procédure ne diffère pas selon que le recours introduit est une requête en annulation ou une demande de suspension, cette règle "s'appliqu(ant) de la même façon à tous les recours qu'introduisent les membres des associations momentanées en relation avec les opérations que celles-ci effectuent dans le cadre de leur activité" (attendu n° 25 de l'arrêt du 8 septembre 2005 précité); que cette règle n'est pas non plus contraire à la célérité requise par la procédure d'extrême urgence dès lors qu' "en droit belge, les membres d'une telle association peuvent à tout moment, avant d'introduire un recours, régler la question concernant la capacité d'agir en justice de l'association par la voie d'un accord interne, sans aucune autre formalité" (attendu n° 23 de l'arrêt du 8 septembre 2005 précité); qu'il appartenait aux auteurs de la candidature d'adopter une telle clause comme ils l'ont fait pour le dépôt de celle-ci;

Considérant qu'il s'ensuit que la demande en suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée ne pouvait être valablement introduite que par les sept sociétés membres de cette association momentanée sans personnalité juridique agissant régulièrement ensemble; qu'introduite par seulement un membre de l'association momentanée, la demande de suspension est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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

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

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.
M ^{me} LAUVAU,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU

P. NIHOUL.