

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 169.065 du 19 mars 2007

G./A. 82.363/VI-14.982

En cause : **BEYNS Dominique,**

 ayant élu domicile chez
 Me Jérôme SOHIER, avocat,
 avenue Emile De Mot, n° 19,
 1000 Bruxelles,

 contre :

 la commune de Forest,

 ayant élu domicile chez
 Me France MAUSSION, avocat,
 rue de Loxum, n° 25,
 1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 5 février 1999 par Dominique BEYNS, architecte, membre associé de l'Atelier d'Architecture 1A, qui poursuit l'annulation de "la délibération du Collège des Bourgmestre et Echevins de la commune de Forest du 29 septembre 1998, décidant de classer en première position l'esquisse d'avant-projet proposée par le Bureau d'architectes Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden, concernant l'extension du complexe scolaire de la Plaine Victor Rousseau à Forest, et d'écarter, par voie de conséquence, l'offre qu'il avait déposée à cet égard";

Vu le mémoire en réponse de la partie adverse;

Vu le mémoire en réplique déposé le 9 septembre 1999 par le requérant, qui tend à étendre l'objet du recours aux deux décisions suivantes :

- la décision du 27 octobre 1998 du conseil communal de la partie adverse de "faire choix d'un marché par procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure pour la mission d'auteur de projet pour l'extension du complexe scolaire" et de consulter trois firmes;

- et la décision du 30 décembre 1998 du collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse de désigner l'atelier d'architecture Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden pour la mission d'auteur de projet;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 19 septembre 2006 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 16 février 2007, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 7 mars 2007;

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

Entendu, en leurs observations, Me Jérôme SOHIER, avocat, comparaissant pour le requérant et Me Benoît GORS, loco Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section;

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 du recours sont les suivants :

1. Le 20 mars 1996, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse prend, sans aucune autre précision, "la décision de principe d'étudier la construction d'un complexe scolaire à la plaine de jeux Rousseau".

2. Le 28 mars 1996, le chef du service des bâtiments communaux adresse, sous l'en-tête "COMMUNE DE FOREST", à sept bureaux d'architecte la lettre suivante :

" Le Collège, en sa séance du 20 mars 1996 a pris la décision de principe de construire un complexe scolaire à la Plaine de Jeux en extension des bâtiments existants. Afin d'effectuer le choix de l'architecte, le Collège vous propose de lui présenter, sans engagement de sa part et à titre gratuit, une esquisse d'avant-projet.

Voici le descriptif :

- emplacement : plaine de Jeux Rousseau contre les bâtiments existants en conformité avec les prescriptions urbanistiques.
- locaux à prévoir :
 - cuisine (sans équipement)
 - réfectoire pour les deux écoles
 - salle de psychomotricité
 - 4 locaux scolaires pour l'enseignement fondamental
 - sanitaires
 - salle de repos
- possibilité d'extension future

Une première estimation serait de $\pm$ 30.000.000, - Frs (TVAC)

Vous voudrez bien joindre une liste de références au dossier que vous présenterez."

Le 4 avril 1996, le même chef de service précise aux sept bureaux d'architecte que les esquisses d'avant-projet doivent être déposées le 27 mai 1996 au plus tard.

3. Le 18 octobre 1996, la partie adverse invite quatre des sept bureaux d'architecte ayant déposé une esquisse à présenter leur "projet de construction" le 4 novembre 1996 au cabinet du bourgmestre.

4. A une date indéterminée, un agent de la partie adverse établit un rapport d'analyse des avant-projets dont la conclusion est la suivante :

" Nous proposons de retenir en priorité le projet de Beyns-Kowal (2^e variante) ainsi que celui de Lantin-Schoreels moyennant adaptation éventuelle et recherche plus approfondie des projets en collaboration avec les différents services communaux; de ne pas retenir les autres projets."

5. Le 20 mai 1998, le bourgmestre f.f. reçoit Messieurs BEYNS et KOWAL, architectes associés sous le nom "ATELIER D'ARCHITECTURE 1A", pour les informer de l'évolution du dossier.

A la suite de cet entretien, Messieurs BEYNS et KOWAL adressent à la partie adverse une lettre du même jour, à l'en-tête "ATELIER D'ARCHITECTURE 1A", dans laquelle ils font valoir que "l'architecte Schoreels a été invité à produire une «modification» de son projet entre la remise du projet (6 mai 1996) et la réunion du 4 novembre 96, tandis que nous n'étions même pas informés d'une telle opportunité", ce

qui constitue "une atteinte aux règles élémentaires de concurrence", que le rapport d'analyse des avant-projets est contestable, du fait qu'il "établit la comparaison entre notre projet et le projet «modifié» de notre concurrent" et que le critère déterminant, à savoir "le nombre de m² développés dans les projets", est "contraire aux desiderata exprimés dans le programme du projet du 28 mars 1996 qui stipule l'économie du projet comme déterminante principale", et que "l'avant-projet de l'architecte Schoreels présente de sérieuses lacunes" qui sont énumérées, de sorte qu'ils proposent à la partie adverse "de refaire le rapport comparatif concernant les deux avant-projets de la première phase avant la «modification» quelconque".

6. Le 23 juin 1998, le collège des bourgmestre et échevins, se fondant sur sa décision de principe du 20 mars 1996 et sur la consultation lancée le 28 mars 1996, décide :

- " 1/ d'avertir l'architecte Franchimont, l'architecte Magnette, l'Atelier du Sablon, le bureau Partners Concept et l'Atelier d'Architecture Alta de ce que leur esquisse n'a pas été retenue;
2/ de demander à l'architecte Beyns et au Bureau Lantin-Schoreels-Minden, classés ex aequo, de repenser gratuitement leur esquisse pour le 14 août 1998, dans les limites de l'estimation initiale et en tenant compte des éléments suivants :
- a) la polyvalence du rez-de-chaussée de l'extension;
 - b) l'aménagement de six classes au premier étage de l'extension d'une surface de 50 m² chacune;
 - c) un atrium permettant d'accueillir les enfants de l'Ecole;
 - d) l'aménagement d'un passage entre les deux bâtiments;
 - e) un préau couvert

étant entendu que l'esquisse la mieux classée sera proposée au conseil communal pour servir gratuitement de document de référence au contrat relatif à la construction de l'extension du complexe scolaire."

7. Le 29 juin 1998, cette décision est notifiée aux bureaux d'architecte non retenus ainsi qu'au bureau d'architecture Lantin-Schoreels-Minden et au requérant. Le courrier adressé à la partie requérante comporte un paragraphe supplémentaire qui a trait à la lettre de réclamation du 20 mai 1998 précitée et selon lequel "(Nous) ne pouvons marquer notre accord sur son contenu. Vous pourrez en effet constater ci-après que celui-ci est inconciliable avec l'état d'avancement réel du dossier".

8. Le 14 août 1998, l'atelier d'architecture 1A dépose auprès de la partie adverse son avant-projet modifié. La lettre d'accompagnement indique ce qui suit :

- " Le projet tient compte des nouveaux éléments demandés, à savoir, pour nous, l'aménagement de six classes. Par contre, les autres éléments souhaités (surface

polyvalente du rez-de-chaussée, atrium, préau couvert, etc...) faisaient déjà partie de notre projet initial.
C'est donc une évolution de notre premier projet que nous vous présentons et cela dans l'esprit d'un concours d'architecture.
(...)"

9. Le 1^{er} septembre 1998, les services de la partie adverse établissent un rapport d'analyse des esquisses déposées par l'"Atelier d'architecture Beyns-Kowal" et par l'"Atelier Lantin-Schoreels-Clinquart- Minden", rapport qui contient la conclusion suivante :

" Les deux projets sont sensiblement similaires du point de vue des surfaces et des prix au m². La différence n'est pas significative. Cependant les finitions prévues par Lantin-Schoreels sont plus fouillées : carrelage des murs, cloisons,...
Le projet de Lantin-Schoreels propose une meilleure polyvalence du rez-de-chaussée.
L'atrium et le préau sont plus efficaces dans le projet Lantin-Schoreels.
L'agencement des classes et les modifications mineures des classes de l'ancien bâtiment correspondent parfaitement à la pédagogie appliquée."

10. Le 29 septembre 1998, le collège décide de "classer premier Lantin-Schoreels" et de "proposer au conseil communal l'esquisse la mieux classée pour servir gratuitement de document de référence au contrat relatif à la construction de l'extension du complexe scolaire".

Cette décision constitue l'acte attaqué par la requête.

Par plis recommandés à la poste le 1^{er} décembre 1998, la partie adverse notifie le contenu de cette décision au Bureau d'architecture BEYNS-KOWAL, ainsi qu'au bureau concurrent, dans les termes suivants :

" Nous avons l'honneur de vous informer que, faisant suite à ses décisions des 20 mars 1996 et 23 juin 1998 et à ses lettres des 28 mars 1996 et 29 juin 1998, ainsi qu'à l'esquisse repensée que vous avez bien voulu lui communiquer pour le 14 août 1998, le Collège des Bourgmestre et Echevins a procédé en sa séance du 29 septembre 1998, au classement final des esquisses repensées reçues dans ce dossier.

Conformément à sa décision du 23 juin 1998, le Collège a par ailleurs décidé, au cours de cette même séance, de proposer au Conseil Communal que le document le mieux classé serve gratuitement de document de référence au contrat relatif à la construction de l'extension du complexe scolaire.

Estimant, d'une part, que le document repensé reçu du bureau Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden propose une meilleure polyvalence du rez-de-chaussée, d'autre part, que le préau figurant sur le document repensé remis par votre bureau constitue plutôt un auvent qu'un préau et, troisièmement, que le document repensé remis par votre bureau est susceptible de poser un problème de vandalisme et de surveillance,

que le document repensé reçu du bureau Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden ne pose pas, le Collège a décidé de classer le document repensé remis le 14 août 1998 par Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden premier.

(Suit l'indication des voies de recours)".

11. Entre-temps, le 27 octobre 1998, le conseil communal de la partie adverse décide :

- " 1. de faire choix d'un marché par procédure négociée sans publicité (article 17, §2, 1/, a), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services) lors du lancement de la procédure pour la mission d'auteur de projet pour l'extension du complexe scolaire Plaine Victor Rousseau;
- 2. d'arrêter la convention jointe au dossier;
- 3. de consulter 3 firmes;
- 4. d'inscrire la dépense estimée à 2.500.000 frs TVAC à l'article 720/723/60 du service extraordinaire du budget 1998;
- 5. de financer la dépense par un emprunt."

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante entend étendre l'objet du recours à cette décision, qui constitue le deuxième acte attaqué.

12. Le 1^{er} décembre 1998, le collège des bourgmestre et échevins arrête, sur la base de la délibération du conseil communal du 27 octobre 1998, la liste des trois bureaux ou architectes à consulter, à savoir : "Bureau d'architecture Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden", "Bureau d'architecture Beyns-Kowal" et l'"Architecte Franchimont".

13. Le 16 décembre 1998, la partie adverse invite les trois candidats, "sélectionnés pour participer à la procédure négociée", à "remettre votre meilleure offre" au plus tard le 28 décembre 1998 à 10 heures. L'envoi comporte en annexe le projet de convention et quatre plans.

14. Le 28 décembre 1998, "le conseil de Monsieur Dominique BEYNS et de l'Atelier d'Architecture UNA" invite le collège de la partie adverse à "revenir sur votre décision de classement du 29 septembre 1998 (...) et de réviser l'organisation de ce concours sur la base du premier avant-projet que vous aviez établi avec jury et critères de sélection".

15. Le 29 décembre 1998, le service technique de la partie adverse constate que deux bureaux ont remis leur proposition, à savoir : "- atelier d'architecture Lantin-

Schoreels-Clinquart-Minden; - Franchimont Y", l'atelier d'architecture "UNA, Mrs Beyns & Kowal" s'étant abstenu.

Au terme de l'"analyse des soumissions", il est proposé de désigner l'atelier Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden pour la mission d'auteur de projet.

16. Le 30 décembre 1998, le collège des bourgmestre et échevins, par une délibération se référant au rapport d'analyse précité, décide de désigner l'atelier d'architecture s.a. Lantin-Schoreels-Clinquart-Minden pour la mission d'auteur de projet.

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante entend étendre l'objet du recours à cette décision qui constitue le troisième acte attaqué;

Considérant que l'auditeur rapporteur soulève d'office l'irrecevabilité du recours, au motif que le requérant, agissant seul en qualité de membre associé, n'est pas habilité à représenter l'Atelier d'Architecture 1A, et qu'agissant à titre individuel, il n'a pas d'intérêt direct;

Considérant que, dans son dernier mémoire, le requérant fait tout d'abord valoir que cette exception "se fonde essentiellement sur une jurisprudence développée récemment par le Conseil d'Etat à propos des sociétés momentanées en matière de marchés publics, qui n'existait pas à la date d'introduction du recours", que "l'intéressé se voit à présent opposer une jurisprudence, qui n'aurait sans doute pas été de mise si l'Auditorat avait respecté le principe du délai raisonnable" et que "le dépassement du délai raisonnable peut avoir une influence décisive sur l'issue d'un recours, qui ne doit pas être supportée par la partie requérante elle-même"; qu'il soutient ensuite que "la partie adverse n'a elle-même pas adopté une attitude constante sur ce point, puisqu'elle s'est tantôt adressée à l'Atelier UNA, tantôt au requérant M. BEYNS individuellement", principalement dans "les premiers courriers";

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 que, contrairement à ce qu'allègue le requérant, il existait déjà plusieurs arrêts du Conseil d'Etat en ce sens avant l'arrêt du 8 septembre 2005 précité; que la question préjudicielle précitée a été posée à la Cour de justice uniquement pour vérifier si cette jurisprudence, et le droit belge en général, n'allait pas à l'encontre des directives communautaires susmentionnées; que, dans son arrêt, la Cour de justice a répondu qu'il n'y avait sur ce point aucune incompatibilité entre le droit belge et les directives précitées; qu'il s'ensuit que l'argument tiré du dépassement du délai raisonnable manque en fait, la jurisprudence en cause existant déjà au moment de l'introduction du présent recours; qu'au surplus, un tel dépassement, à le supposer établi, ne saurait en toute hypothèse dispenser le Conseil d'Etat d'examiner une exigence de recevabilité du recours qui, comme toute condition de recevabilité, est d'ordre public;

Considérant qu'en l'espèce, la requête en annulation est introduite par "Monsieur Dominique BEYNS, architecte, membre associé de l'Atelier d'Architecture 1A"; qu'il ressort, toutefois, du dossier que les avant-projets d'esquisse déposés en réponse à la procédure de consultation initiée par la partie adverse l'ont été, tant en mai 1996 qu'en août 1998, par les architectes BEYNS & KOWAL associés au sein de l'Atelier d'Architecture 1A; que la lettre du 20 mai 1998 précitée a été adressée à la partie adverse par Messieurs BEYNS et KOWAL sur papier à en-tête "ATELIER D'ARCHITECTURE 1A"; que la lettre du 28 décembre 1998 précitée a été envoyée à la partie adverse par le conseil du requérant "en ma qualité de conseil de Monsieur Dominique BEYNS et de l'Atelier d'Architecture UNA", les références de cette lettre indiquant "BEYNS-KOWAL/COMMUNE DE FOREST"; qu'il en va de même des courriers ultérieurs des 1^{er} et 5 février 1999; qu'il s'ensuit que c'est bien l'Atelier d'Architecture 1A, et non le requérant seul, qui a participé à la procédure litigieuse; qu'il y a lieu d'avoir égard, non pas à l'attitude de la partie adverse pour déterminer

l'identité du "soumissionnaire", mais bien aux actes posés par ce dernier dans la procédure administrative en cause; qu'en toute hypothèse, la partie adverse s'est référée tant dans ses rapports d'analyse que dans les actes attaqués soit au "Bureau d'architecture BEYNS-KOWAL", soit à l'"Atelier d'architecture BEYNS-KOWAL";

Considérant que le requérant a présenté son projet, dans la procédure litigieuse, en association avec l'architecte Kowal dans le cadre de l'Atelier d'Architecture 1A, qui n'est pas partie au recours, ce que le requérant ne conteste pas; 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 la société momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice mais non que la société momentanée ou un 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); que le requérant ne fait pas état de l'existence d'une disposition conventionnelle avenue entre les deux associés de la société momentanée, selon laquelle un organe spécifique aurait été investi du pouvoir spécial de la représenter en justice, et ce antérieurement à l'introduction du recours; 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);

Considérant qu'il s'ensuit que le recours en annulation ne pouvait être valablement introduit que par les deux membres de cette société momentanée sans personnalité juridique agissant régulièrement ensemble; qu'introduit seulement par le requérant, le recours est irrecevable,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 173,53 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-neuf mars deux mille sept par :

MM. ANDERSEN,	Premier Président du Conseil d'Etat,
LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
NIHOUL,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Premier Président,

V. SCHMITZ.

R. ANDERSEN.