

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 186.542 du 26 septembre 2008

G./A.188.642/VI-17.874

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ATELIER D'ARCHITECTURE D.D.V.,**

ayant élu domicile chez
Me Frédéric VAN DEN BOSCH, avocat,
rue de la Procession, n° 25,
1400 Nivelles,

contre :

le centre public d'action sociale de Charleroi,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue Docteur Haïbe, n° 10,
5002 Namur.

Parties intervenantes :

1. **la société anonyme PIRON ETUDES EN
CONSTRUCTION**, en abrégé S.A. PEC,
2. **la société privée à responsabilité
limitée ARCADUS,**

formant ensemble la société momentanée PEC-ARCADUS,
ayant élu domicile chez
Mes Nathalie TISON et Olivier JADIN, avocats,
boulevard Audent, n° 15,
6000 Charleroi.

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

Vu la requête unique introduite le 19 juin 2008 par la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE D.D.V. qui demande l'annulation et la suspension de l'exécution de "la décision du 4 juin 2008, par laquelle le Conseil de l'Action Sociale du C.P.A.S. de Charleroi a attribué à l'association momentanée PEC-ARCADUS (...) un marché public de services d'architecture et d'études d'ingénierie, portant sur l'extension de la maison de repos et de soins de

Monceau-sur-Sambre, pour un montant de 350.001,00 € H.T.V.A., soit 423.501,21 € T.V.A.C.";

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 9 juillet 2008 par laquelle la société anonyme PIRON ETUDES EN CONSTRUCTION, en abrégé S.A. PEC, et la société privée à responsabilité limitée ARCADUS, formant ensemble l'association momentanée PEC-ARCADUS, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 11 août 2008 fixant l'affaire à l'audience du 9 septembre 2008 à 11.00 heures;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

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

Entendu, en leurs observations, Me Amandine BOURMORCK, loco Me Frédéric VAN DEN BOSH, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Nathalie TISON, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

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 de la cause sont les suivants :

1. Le 23 octobre 2007, la partie adverse a publié un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne en vue d'attribuer, par appel d'offres général, un marché portant sur des "services d'architecture et d'études d'ingénierie (stabilité,

techniques spéciales) portant sur l'extension d'une maison de repos à Monceau-sur-Sambre dont la capacité de 56 lits doit être portée à 106 lits".

2. L'article 6 du cahier spécial des charges détermine les critères d'attribution du marché et leur pondération de la manière suivante :

" Article 6. ATTRIBUTION DU MARCHE

6.1. Les critères d'attribution du marché et leur pondération sont les suivants :

1. Honoraires de l'architecte et de l'ingénieur pour les études de stabilité et de techniques spéciales	40 points
La cotation est décomposée comme suit:	
- esquisse :	10 points
- permis d'urbanisme :	15 points
- dossiers demandes d'offres et suivi de chantier:	15 points

2. [...]

6.3. Critères d'attribution du marché

6.3.1. Critère n° 1

Honoraires de l'architecte et de l'ingénieur pour les études de stabilité et de techniques spéciales

Phase 1: Esquisse

Phase 2: Permis d'urbanisme

Phase 3: Dossiers de demandes d'offres et suivi du chantier

Les soumissionnaires communiquent sous peine de nullité de leur offre un montant FORFAITAIRE pour chaque phase du marché de services. Ce montant forfaitaire comprend l'ensemble des prestations de service d'architecture et d'ingénieur de techniques spéciales.

Le montant dont il sera tenu compte pour la cotation du présent critère est le montant des trois phases cotées séparément.

Il est rappelé que le pouvoir adjudicataire se réserve le droit de ne pas attribuer l'ensemble des phases.

Les offres sont classées dans l'ordre décroissant des points obtenus. En cas d'égalité des points, le soumissionnaire le moins-disant est retenu.

Base d'analyse du critère : montant de l'offre éventuellement rectifiée selon les modalités de la loi et de ses arrêtés d'application

P = nombre maximal de points

n = nombre d'offres remises

xi = offre du soumissionnaire (variante de 1 à n)

Xo = offre régulière la plus basse

Calcul:

Pi = points attribués à l'offre du soumissionnaire i pour le critère

$$P_i = P * \left(1 - \frac{x_i - X_o}{X_o} \right)$$

Exemple avec P = 80 et

Soumission la plus basse 21000,00 €

Soumission i: 21500,00 €

$$\text{Points du soumissionnaire i} = 80 * \left(1 - \frac{21500,00 - 21000,00}{21000,00}\right) = 78,40 \quad "$$

3. Le 8 février 2008, cinq soumissionnaires ont remis une offre :

- L'association momentanée A + 1 - Plan service - B. Solution architecture;
- L'association momentanée LAURENT ET LENELLE - A. Bronckart et E. Jonas;
- L'association momentanée PEC-ARCADUS;
- L'association momentanée SYNTAXE - B.D.S.
- La requérante Atelier d'architecture D.D.V. .

4. Une commission d'avis a procédé à l'analyse et à la comparaison des offres sur la base des critères d'attribution du marché; cette analyse est jointe en annexe à l'acte attaqué.

La partie requérante obtient pour le premier critère 6,99 points sur 40 tandis que l'attributaire du marché, l'association momentanée PEC-ARCADUS, obtient 25,31 points.

Pour les quatre autres critères la partie requérante obtient le même score que l'attributaire du marché (54 sur 60).

5. Par délibération du 4 juin 2008, la partie adverse a décidé de retenir l'offre de l'association momentanée PEC-ARCADUS, conformément à la recommandation de la commission d'avis.

Cette délibération, qui constitue l'acte attaqué, est motivée comme suit :

" LE CONSEIL DE L'ACTION SOCIALE,

Vu la loi du 8 juillet 1976, organique des Centres publics d'Action sociale, notamment son article 24;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996, relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996, établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, et son annexe étant le cahier général des charges;

Vu la décision du Conseil de l'Action sociale du 18 octobre 2007 d'approuver le cahier spécial des charges et le mode de passation du marché relatif au marché de

services d'architecture et d'ingénierie portant sur l'extension de la maison de repos de Monceau-sur-Sambre;

Vu la procédure d'appel d'offres général réalisée par le C.P.A.S. de Charleroi;

Vu que lors de l'ouverture des offres du 8 février 2008, cinq soumissionnaires ont remis offre :

- Association momentanée A + I, Plan Service, B. Solutions architecture, de Bouffioulx
- DDV, de Nivelles
- Association momentanée Laurent et Lenelle - A.Bronckart et E. Jonas, de Montignies-sur-Sambre
- Association momentanée PEC - ARCADUS, de Gosselies
- Association momentanée SYNTAXE - B.D.S., de Haut-Ittre;

Vu qu'une commission d'avis a été chargée d'examiner les offres;

Vu que cette commission d'avis a auditionné les soumissionnaires le 7 avril 2008;

Vu le rapport rédigé par la commission d'avis;

Vu la proposition de la commission d'avis de désigner l'association momentanée PEC-ARCADUS en qualité d'adjudicataire du marché de services d'architecture et d'ingénierie; ce bureau ayant remis l'offre la mieux disante en fonction des critères d'attribution du marché repris au cahier spécial des charges;

Vu le montant des honoraires proposés par l'Association momentanée PEC-ARCADUS: 350.001,00 €, H.TVA, soit 423.501,21 €, TVA21%C;

Vu que 10.000 € sont prévus à l'article budgétaire 2008/83418/722167-60 pour l'année 2008. Le montant des honoraires sera à prévoir à la première modification du budget extraordinaire 2008.

DECIDE, à l'unanimité :

- de désigner l'Association momentanée PEC-ARCADUS en qualité d'adjudicataire du marché de services d'architecture et d'ingénierie portant sur l'extension de la maison de repos de Monceau-sur-Sambre;
- de retenir le montant du marché à: 350.001,00 €, H.TVA, soit 423.501,21 €, TVA21% C.;

La présente délibération sera transmise, pour information, au Collège communal et à Monsieur le Gouverneur de la Province du Hainaut en application de l'article 111 de la loi du 8 juillet 1976, organique des C.P.A.S.

FAIT EN SEANCE, DATE QUE DESSUS.

[Suivent les signatures et sceau du CPAS]".

6. Par une lettre du 9 juin 2008, la partie adverse a informé la requérante que son offre n'était pas retenue, en annexant la délibération attaquée et le rapport d'examen des offres.

La partie adverse précise que le marché n'a pas été notifié à l'adjudicataire;

Considérant qu'en tant qu'attributaires du marché, la société anonyme PIRON ETUDES EN CONSTRUCTION, en abrégé S.A. PEC, et la société privée à responsabilité limitée ARCADUS, formant ensemble la société momentanée PEC-ARCADUS, ont intérêt à intervenir dans la présente procédure;

Considérant que la partie requérante expose ce qui suit à titre de risque de préjudice grave difficilement réparable :

" 1. Conformément à l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'acte attaqué pourra être suspendu si son exécution immédiate risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable.

2.

2.1. En l'espèce, l'exécution immédiate de la décision d'attribution du marché litigieux risque de causer à la requérante un préjudice grave et difficilement réparable dès lors que dans cette hypothèse, la requérante perdrait définitivement le droit de se voir attribuer tout ou partie du marché.

Votre Conseil reconnaît d'ailleurs l'existence d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable lorsque l'action a été introduite avant la conclusion du contrat et qu'une réparation en nature est encore possible (C.E., N.V. Aertssen Aannemingsbedrijf, n/ 147.990 du 29 juillet 2005).

Le risque de préjudice grave et difficilement réparable est par conséquent établi.

2.2. En outre, comme le relève la doctrine, «le réel obstacle que constitue cette condition du préjudice grave difficilement réparable à l'exercice de recours utiles par des candidats ou soumissionnaires irrégulièrement évincés a été souvent dénoncé au sein de la Commission des Marchés publics.

Dans plusieurs arrêts récents, le Conseil d'Etat, section d'administration, s'arcboute sur le même considérant, presque devenu clause de style: «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».

Le législateur a donc décidé de «prendre au mot» la haute cour administrative et de modifier, par la loi du 16 juin 2006, et donc indirectement, les compétences du Conseil d'Etat.

En effet, l'article 2, § 3, deuxième phrase, est formulée en ces termes : «Pendant ce délai, le soumissionnaire lésé ou risquant de l'être peut requérir la suspension de l'attribution du marché, sans qu'un préjudice grave et difficilement réparable ne soit requis».

La section de législation du Conseil d'Etat, lors de son examen de ce projet d'article amendé par le Gouvernement n'a, dans son avis rendu le 29 décembre 2005, soulevé aucune objection à cet égard.

Il s'agit d'une avancée considérable sur le chemin d'un effet utile des recours en matière de marchés publics» (S. WAUTHIER, « Standstill : les contraintes de la transparence ou de la mise en oeuvre du délai d'attente en droit belge des marchés publics », Chronique des Marchés Publics 2007-2008, 2008, EBP, Bruxelles, p. 479).

La présente procédure ayant été introduite avant l'expiration du délai de standstill prévu par la partie adverse (20 juin 2008), la requérante peut solliciter la suspension de l'attribution du marché litigieux.";

Considérant qu'en soi, la perte d'un marché mis en concurrence ne suffit pas à constituer un préjudice grave difficilement réparable; qu'en effet, la perte d'une commande publique et, dès lors, d'une part de marché dans le domaine considéré, est inhérente à toute procédure de mise en concurrence; qu'elle ne le peut que si elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant concrètement, par exemple, qu'elle risque d'empêcher la continuation des activités ou même l'existence de la demanderesse, ou de compromettre lourdement sa réputation ou sa stratégie commerciale dans son secteur d'activités; qu'en ce qui concerne la continuation des activités ou l'existence de la demanderesse, cette dernière n'invoque ni ne démontre, à défaut de documents probants, que de telles conditions sont remplies dans son chef; qu'à défaut d'établir dans la demande de suspension la réalité du risque de préjudice qu'elle invoque et de fournir des éléments concrets de nature à rendre celui-ci au moins vraisemblable, le risque de préjudice grave difficilement réparable n'est pas établi; qu'à défaut d'être entrée en vigueur, la loi du 16 juin 2006 invoquée par la partie demanderesse n'est pas applicable au présent marché,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme PIRON ETUDES EN CONSTRUCTION, en abrégé S.A. PEC, et la société privée à responsabilité limitée ARCADUS, formant ensemble la société momentanée PEC-ARCADUS, est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.