CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 191.149 du 5 mars 2009

G./A.191.606/VI-18.132

En cause : **la société anonyme CEGELEC,**

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

la Communauté française, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTTENDAELE, Eric MARON
et Marie COOMANS, avocats,
rue de la Source, n/ 68,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme DALKIA,

Quai Fernand Demets, n/ 52,
1070 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

Vu la demande introduite le 26 février 2009 par la société anonyme CEGELEC, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision prise le 11 février 2009 et notifiée à la même date par laquelle [la partie adverse] n'a pas retenu son offre et a attribué à la S.A. DALKIA le marché de services par appel d'offres général du 28 août 2007 ayant pour objet la gestion, l'entretien, la maintenance, la garantie totale et la réduction de combustibles des installations thermiques, sanitaires, d'égouttage, électriques et diverses du Musée des Arts Contemporains-MAC's, rue Sainte-Louise, 82 à 7301 Hornu";

Vu l'ordonnance du 26 février 2009, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 5 mars 2009 à 14.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête introduite le 4 mars 2009 par la société anonyme DALKIA qui demande à intervenir dans la procédure;

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

Entendu, en leurs observations, Me Renaud SIMAR, loco Mes André DELVAUX et Véronique BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Marie COOMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me François van der MENSBRUGGHE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

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

Considérant que par une requête du 4 mars 2009, la société anonyme DALKIA demande à intervenir dans la procédure; qu'il y a lieu d'accueillir cette intervention, la société anonyme DALKIA étant l’attributaire du marché litigieux;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Le 11 mai 2007, la partie adverse publie, au Bulletin des adjudications et au Journal Officiel de l’Union Européenne, un avis de marché relatif à un marché de services ayant pour objet la gestion, l’entretien, la maintenance, la garantie totale et la réduction des combustibles pour les installations thermiques, sanitaires, d'égouttage, électriques et diverses du MAC’s du Grand-Hornu.

Le mode de passation retenu est celui de l’appel d’offres général.

2. Le 28 août 2007, jour de l’ouverture des offres, trois sociétés ont remis une offre, à savoir les sociétés AXIMA, CEGELEC et DALKIA.

3. Par courrier du 13 décembre 2007, la partie adverse pose différentes questions à la requérante concernant son offre, laquelle y répond par courrier du 27 décembre 2007.

4. Les offres font l'objet d'un premier rapport d'analyse en date du 4 février 2008. Ce rapport conclut à l'attribution du marché à la société DALKIA et conduit à l'adoption d'une première décision d'attribution du marché à cette société.

5. Par courrier du 13 novembre 2008, la partie adverse notifie cette décision à la requérante et à la société AXIMA.

6. Ayant constaté que le rapport d'analyse des offres comporte une erreur matérielle dans la retranscription de certaines données chiffrées, la partie adverse décide, le 28 novembre 2008, de retirer sa première décision d'attribution. Cette décision de retrait est notifiée le même jour à la requérante.

7. Le 9 janvier 2009, les offres font l'objet d'un second rapport d'analyse. Ce rapport procède à la correction des erreurs matérielles qui figuraient dans le premier rapport. Il conclut, à nouveau, à l'attribution du marché à la société DALKIA.

8. Le 11 février 2009, la partie adverse attribue le marché à société DALKIA. Il s'agit de l'acte attaqué.

Par télécopie et par courrier recommandé du 11 février 2009, la partie adverse notifie à la requérante et à la société AXIMA sa décision d'attribuer le marché à la société DALKIA et donc de ne pas retenir leur offre. Ce courrier précise que :

" Au cas où vous estimeriez devoir contester cette décision, vous disposez d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente notification pour introduire un recours, soit dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire compétent, soit dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat, Rue de la Science, 33 à 1040 Bruxelles.

A défaut d'avoir notifié ce même recours au pouvoir adjudicateur dans le délai imparti et à l'adresse indiquée ci-dessous, la procédure sera poursuivie (…)".

9. Le 26 février 2009, soit le dernier jour du délai de quinze jours, la requérante introduit le présent recours en suspension d'extrême urgence. Elle notifie simultanément, par télécopie, une copie de ce recours à la partie adverse.

10. Le 27 février 2009, la partie adverse notifie, par télécopie et par lettre recommandée à la poste, à la société DALKIA sa décision de la désigner comme adjudicataire du marché;

Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la suspension de l'exécution d'un acte ne peut être prononcée qu'à la double condition que des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte attaqué soient invoqués et que l'exécution immédiate de cet acte risque de causer un préjudice grave difficilement réparable;

Considérant que, selon l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics : "Le marché est conclu lorsque l'approbation de son offre est notifiée au soumissionnaire choisi, dénommé ci-après l'adjudicataire. La notification ne peut être affectée d'aucune réserve. Cette notification est adressée par lettre recommandée à la poste.(...)";

Considérant qu'il s'ensuit que la notification le 27 février 2009 de la décision d'attribution du marché à la société DALKIA a eu pour effet de faire naître un contrat entre la partie adverse et cette firme attributaire du marché; qu'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché par le Conseil d'Etat n'entraînerait pas la suspension de ce contrat dès lors que la suspension de l'exécution d'un contrat est de la compétence exclusive des cours et tribunaux; qu'il s'ensuit que le préjudice qui, selon la demanderesse, risque de lui être causé ne peut être annulé ou évité par un arrêt de suspension du Conseil d'Etat; que cette constatation suffit pour rejeter la demande de suspension;

Considérant que la circonstance que la notification par la partie adverse de la décision d'attribution du marché est intervenue certes au-delà du délai d'attente de quinze jours mais sans avoir tenu compte de l'introduction dans ce même délai d'une demande de suspension d'extrême urgence ni de l'information qui lui en a été faite par la requérante, ne respectant pas de la sorte l'article 21bis, § 2, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, n'empêche pas que cette notification a eu lieu et que le contrat s'est ainsi noué; que le législateur n'a prévu actuellement aucune sanction en cas de violation par un pouvoir adjudicateur de l'article 21bis, § 2, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993; qu'elle affecte peut-être la régularité de ce contrat, mais que le Conseil d'Etat est incompétent pour se prononcer à cet égard et intervenir de quelque manière en une matière devenue contractuelle;

Considérant qu'à défaut de satisfaire à une des conditions requises par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande de suspension ne peut être accueillie;

Considérant qu'eu égard aux circonstances de la cause, les dépens doivent être mis à la charge de la partie adverse,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme DALKIA est accueillie.

Art. 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le cinq mars deux mille neuf par :

M.	NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme	SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

V. SCHMITZ. P. NIHOUL.