

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 200.675 du 9 février 2010

G./A.195.413/VI-18.538

En cause : **1. la société anonyme COLLIGNON ENG.,**
2. la société anonyme BERGERAT MONNOYEUR,
ayant formé la société momentanée COLLIGNON-ENERIA,

ayant élu domicile chez
Mes Vincent OST et
François TULKENS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 177/6,
1170 Bruxelles,

contre :

**l'Intercommunale Centre Hospitalier
Régional de la Citadelle.**

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

Vu la demande introduite le 3 février 2010 par la société anonyme COLLIGNON ENG. et la société anonyme BERGERAT MONNOYEUR, ayant formé la société momentanée COLLIGNON-ENERIA, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

- " i) la décision du 11 décembre 2009 du «Bureau Permanent B» de l'intercommunale «Centre Hospitalier de la Citadelle» (ci-après le «CHR») d'attribuer à la société Van Parijs-Maes (ci-après «VMI») le marché intitulé «Fourniture, installation et maintenance d'une unité de cogénération au gaz naturel de 1.500 à 1.700 KW» [...];
ii) le rapport d'analyse des offres établi par Arcadis le 15 septembre 2009, rapport communiqué par courrier du 15 janvier 2010, et pour autant que de besoin,
iii) le courrier recommandé du 15 janvier 2010 communiquant le rapport précité";

Vu l'ordonnance du 5 février 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 8 février 2010 à 09.30 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Vincent OST, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

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, sur le vu de la requête, les faits utiles à son examen sont les suivants :

1. Le marché envisagé porte sur la fourniture, l'installation et la maintenance pendant une période de 10 ans d'une nouvelle centrale électrique de type "cogénération", sur le site du centre hospitalier régional de la Citadelle, à Liège.

Les requérantes affirment, dans l'énoncé même de l'objet de la requête, qu'"Il s'agit, selon les documents du marché, d'un marché de travaux".

Les requérantes exposent que la cogénération est le procédé par lequel une énergie primaire - en l'occurrence du gaz naturel fourni par le réseau de distribution - sert à produire simultanément de l'électricité et de la chaleur. En l'espèce, l'électricité est destinée aux besoins de l'hôpital. La chaleur sert quant à elle au chauffage et à la production d'eau chaude sanitaire ("ECS" dans les documents du marché) et d'eau pour le chauffage des bâtiments pour l'hôpital.

2. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 24 juin 2009 et au Journal officiel de l'Union européenne du 25 juin 2009.

Il s'agit d'une procédure d'appel d'offres.

La valeur estimée du marché était de 3.323.773 euros H.T.V.A. (point II.2.1 de l'avis de marché).

Il s'agit d'un marché complexe, comprenant l'installation de l'unité de cogénération stricto sensu, tous les travaux de modifications aux installations de

chauffage et d'électricité de l'hôpital, ainsi que la maintenance de cette unité pendant 10 ans.

3. Les critères d'attributions sont indiqués à la p. 32 du cahier spécial des charges (article 34) :

Montant de l'offre	20 %
Valeur Actualisée Nette (VAN)	30 %
Valeur technique de l'offre	20 %
Service après-vente	20 %
Date de mise en service	5 %
Planning d'exécution	5 %

4. Les offres devaient être remises pour le 15 septembre 2009.

5. Le 11 décembre 2009, le bureau permanent "B" de l'intercommunale, partie adverse, a décidé d'attribuer le marché à la société VAN PARIJS et MAES.

Il s'agit du premier acte attaqué.

Cette décision a été communiquée aux requérantes en annexe à une "lettre de standstill" du 15 décembre 2009. Cette décision ne comportait cependant aucun motif.

6. L'intercommunale a envoyé aux candidats le rapport d'analyse des offres établi le 1^{er} décembre 2009 par le consultant Arcadis.

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

Ce courrier, daté du 15 janvier 2010, a été envoyé par recommandé portant la date du 18 janvier et a été reçu le 19 janvier 2010.

Il s'agit du troisième acte attaqué, selon les termes de la requête, "pour autant que de besoin".

7. Il résulte du rapport d'Arcadis que les requérantes, appelées "société C" dans ce rapport, ont remis l'offre sensiblement la moins chère (p. 10 du rapport Arcadis). Elles sont cependant classées en troisième position, en raison de la mauvaise cotation obtenue sur le critère de la "Valeur Actualisée Nette" (p. 11 du rapport);

Considérant que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel, et ne peut être admis qu'en cas d'imminence du péril que la procédure de suspension a pour objet de prévenir, et à la condition que les parties requérantes aient fait toute diligence pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'Etat dès que possible; que l'extrême urgence doit être appréciée non seulement en fonction de l'imminence de l'exécution effective de l'acte dont la suspension est demandée, mais aussi de la date de la prise de connaissance de cet acte et de son caractère exécutoire, et en fonction de l'attitude des parties requérantes;

Considérant que les requérantes font valoir que l'extrême urgence, prévue par l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, est justifiée par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché, laquelle entraînerait la conclusion du contrat et rendrait vaine toute procédure en suspension et donc toute possibilité de réparation en nature; que l'extrême urgence est établie encore par l'indication, donnée par la partie adverse dans son courrier du 15 janvier 2010 et dans son E-mail au conseil des requérantes du 1^{er} février 2010, selon laquelle seul un recours en référé devant le Conseil d'Etat dans les quinze jours permettrait d'éviter la conclusion du contrat faisant suite à l'acte attaqué;

Considérant que, pour justifier le recours à la procédure d'extrême urgence, les requérantes se réclament du délai de standstill prévu par l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Considérant que cette disposition est rédigée dans les termes suivants :

- " § 2. Lorsque le marché public ou la concession de travaux publics est obligatoirement soumis à la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le pouvoir adjudicateur communique en même temps que l'information prévue au § 1^{er} :
- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection;
 - 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction; ces motifs se rapportent, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées pour les travaux, fournitures ou les services par rapport aux spécifications techniques ou à la non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;
 - 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, la décision motivée d'attribution du marché.
- La communication se fait sans délai par télécopieur ou par des moyens électroniques et est confirmée le même jour par lettre recommandée à la poste.

Le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour de l'envoi par télécopieur ou par des moyens électroniques prévu à l'alinéa 2. Les soumissionnaires peuvent endéans ce délai introduire un recours en suspension auprès d'une juridiction, et ce exclusivement, selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence. En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, la procédure peut être poursuivie.";

Considérant que les requérantes soutiennent que le marché d'installation d'un cogénérateur doit être qualifié de marché de travaux; qu'elles développent cette même affirmation dans leur quatrième moyen, pris de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, des articles 18 et s. de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics et de la violation de l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux";

Considérant que, sans qu'il y ait lieu de trancher si c'est à juste titre que les requérantes qualifient de marché de travaux celui dont elles contestent l'attribution, il faut constater que l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 sur lequel elles fondent le délai de standstill dont elles se réclament n'est applicable qu'au marché de travaux qui est "obligatoirement soumis à la publicité européenne lors du lancement de la procédure"; que, selon l'article 1^{er}, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, il n'en est ainsi que du marché de travaux dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est égal ou supérieur à 4.845.000 euros;

Considérant que, selon l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne, le montant du marché est, en l'espèce, de 3.323.773 euros H.T.V.A.; qu'ainsi, le seuil de la publicité européenne n'est pas atteint; que les requérantes ne sont pas fondées, dès lors, à se réclamer de l'application de l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 pour expliquer qu'elles n'ont attaqué que le 3 février 2010 la décision de la partie adverse d'attribuer le marché à la société VAN PARIJS et MAES, alors qu'elles reconnaissent que cette décision leur a été communiquée par un courrier du 15 décembre 2009; que s'il est vrai que cette décision ne comportait aucun motif, elle correspondait néanmoins à l'exigence de l'article 21bis, § 1^{er}, de la même loi et à celle l'article 25, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, rédigés respectivement comme il suit :

" Art. 21bis. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur informe les candidats non sélectionnés, les soumissionnaires non sélectionnés et les soumissionnaires dont l'offre a été jugée

irrégulière ou n'a pas été choisie, dans les moindres délais après la prise de décision les concernant. Cette disposition n'est pas applicable pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité dont le Roi arrête la liste.

Le Roi fixe les règles relatives à l'obligation de communiquer aux candidats et aux soumissionnaires les motifs de la décision qui les concernent. Il peut prévoir des exceptions pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité.";

" Art. 25. § 2. Le présent paragraphe s'applique à toutes les procédures de passation lorsque le marché n'est pas soumis à une publicité obligatoire au niveau européen lors du lancement de la procédure. Il ne s'applique pas à la procédure négociée sans publicité.

Le pouvoir adjudicateur informe immédiatement après la décision d'attribution :

1° les soumissionnaires non-sélectionnés de leur non-sélection;

2° les soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière, du rejet de leur offre;

3° les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie de ce fait.

Les soumissionnaires non-sélectionnés, les soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie peuvent demander par écrit au pouvoir adjudicateur les motifs de la décision les concernant. Le pouvoir adjudicateur communique ces motifs dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande.";

Considérant qu'il appartenait aux requérantes, dès la réception du courrier du 15 décembre 2009 rejetant leur offre, de demander à la partie adverse les motifs de la décision les concernant, sur la base de l'article 25, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité; qu'il ressort d'une déclaration faite à l'audience par le conseil des requérantes que celles-ci n'ont pas demandé formellement communication du rapport d'évaluation des offres, étant informées des démarches de deux autres soumissionnaires auprès de la partie adverse; qu'en restant dans l'attente de la communication de la partie adverse, datée du 15 janvier 2010 et reçue par elles le 19 janvier 2010, et en se fondant sur un délai de standstill de 15 jours comptés à partir de cette date, fût-il accordé par la partie adverse, alors qu'elles soutiennent qu'il s'agissait d'un marché de travaux, et que l'article 21bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 était inapplicable, les requérantes n'ont pas fait la preuve de la diligence nécessaire; qu'introduite en extrême urgence dans ces conditions, la requête n'est pas recevable;

Considérant, à titre complémentaire, qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant qu'en vue d'établir le risque de préjudice grave difficilement réparable, les requérantes font valoir, notamment, que la perte de marché peut

constituer un tel préjudice si "elle s'accompagne de circonstances particulières démontrant, 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 ou s'il s'agit d'un marché de référence", qu'elles ne prétendent pas que la non-attribution du marché litigieux mettrait en péril leur existence même mais soutiennent que la décision querellée a un impact important sur les projets de développement de la société COLLIGNON et de la société ENERIA (BERGERAT MONNOYEUR), requérantes, que la période actuelle est conjoncturellement difficile pour tout le secteur de l'entreprise, que, dans ce contexte plus encore que d'habitude, l'éviction d'un grand marché public de travaux, exigeant une main d'œuvre très spécialisée et avec une garantie de revenus sur 10 ans, constitue, en elle-même, la perte d'un marché important; qu'elles affirment que la cogénération est un secteur en plein développement sous l'effet des efforts menés par les autorités publiques pour réduire les gaz à effet de serre (subsidés accordés sous forme de certificats verts), des améliorations du rendement de ces installations et de l'augmentation du prix de l'énergie et des frais de réseau, que c'est dans l'immédiat que les sociétés essaient de se tailler une place appréciable sur ce marché, que dans quelques années, lorsque le marché sera arrivé à maturité, il sera trop tard, que le présent marché constitue pour elles un moyen exceptionnel de se lancer sur le marché de la cogénération à destination des hôpitaux et des grands bâtiments publics en général; qu'elles affirment que le marché litigieux constitue un marché de référence, compte tenu de son importance financière, de la rareté de centrales de cogénération aussi puissantes en Wallonie, en particulier à destination autre qu'industrielle et dans le secteur public, que le marché litigieux porte sur la fourniture, l'installation et la maintenance pendant une période de 10 ans d'une nouvelle centrale électrique de type cogénération, sur le site du centre hospitalier régional de la Citadelle, à Liège, qui figure parmi les hôpitaux les plus importants de Wallonie, que les projets de cogénération au bénéfice d'une installation de cette taille sont rares, et qu'une fois mis en place, les équipements composants l'unité de cogénération ne seront pas remplacés avant de nombreuses années;

Considérant que la liste des "Références pour fournitures similaires" jointe à l'offre des requérantes fait apparaître que ENERIA BELGIUM a réalisé non moins de 16 installations de cogénération de 1500 à 2000 KW, de 2001 à 2009; que le nombre de ces réalisations empêche à lui seul de considérer le marché dont l'attribution fait l'objet du présent recours comme un marché de référence dont la perte serait constitutive d'un risque de préjudice grave difficilement réparable pour les requérantes;

Considérant qu'une des conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué fait défaut; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge des parties requérantes à concurrence de 175 euros chacune.

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

M. LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

P. LEWALLE.