CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 216.686 du 5 décembre 2011

G./A.202.423/VI-19.317

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée ATELIER DE TROMCOURT-ARCHITECTES ASSOCIES**,

ayant élu domicile chez
Mes René WALGRAFFE et
Philippe HERMAN, avocats,
rue T'Serclaes de Tilly, n^{os} 49-51,
6061 Montignies-sur-Sambre,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée ASSOCIATION INTERCOMMUNALE HOSPITALIERE DU SUD HAINAUT ET DU SUD NAMUROIS en abrégé A.I.H.S.H.S.N.,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Valentine de FRANCQUEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 14 novembre 2011, la société coopérative à responsabilité limitée ATELIER DE TROMCOURT-ARCHITECTES ASSOCIES tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision adoptée à une date indéterminée par l'ASSOCIATION INTERCOMMUNALE HOSPITALIERE DU SUD HAINAUT ET DU SUD NAMUROIS (A.I.H.S.H.S.N.) d'attribuer à l'Atelier d'Architectes QUATAERT un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un auteur de projet pour la création d'une résidence à Couvin".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 16 novembre 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 novembre 2011 à 10 heures 30.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Philippe HERMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Valentine de FRANCQUEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. LES FAITS

La partie adverse a décidé d'attribuer un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un auteur de projet pour la création d'une résidence à COUVIN, selon la procédure d'appel d'offres général. Ce marché fait l'objet d'un cahier spécial des charges référencé CSF 2011-08.

La valeur estimée du marché est de 210.000 € hors T.V.A..

Cinq soumissionnaires ont remis offre, dont la requérante.

Par lettre recommandée datée du 28 octobre 2011, la partie adverse l'a informée du fait que le marché avait été attribué à un autre soumissionnaire.

Cette décision constitue l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée. Elle est libellée comme suit :

" […]
3.1.3. Considérant la nécessité de désigner un auteur de projet pour la construction de 15 résidences services à Couvin;
Considérant que ce marché de service est estimé à 210.000 € HTVA (10 % des honoraires sur des travaux évalués à 2.100.000 €);

Considérant que ce marché est soumis à la législation sur les marchés publics, notamment
• à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et à ses modifications ultérieures;
• à l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux ainsi qu'à ses modifications ultérieures;
• à l'arrêté royal du 26 septembre 1996, en ce compris son annexe constituant le cahier général des charges, établissant les règles générales d'exécution des marchés et des concessions de travaux publics, et leurs modifications ultérieures;

Considérant que ce marché a fait l'objet d'un appel d'offres général avec publicité au Bulletin des adjudications et au Journal Officiel de l'Union européenne;
Considérant que le cahier spécial des charges a été approuvé;
Considérant que le rapport d'analyse des offres régulières classe les soumissionnaires comme suit :

N°	Nom	Score	Prix HTVA *
1	Atelier d'architectes QUATAERT	78.39	145.959,27 €
2	Atelier de Tromcourt	67.11	114.114,00 €
3	PISSART Architecture	62.50	94.458,41 €
4	Arcadus	58.69	150.000,00 €
5	Arcadis	50.85	224.270,00 €

(*) Montants contrôlés
Sur base du rapport d'analyse des offres, faisant partie intégrante de la présente délibération, considérant que sur base de la délégation du Conseil d'administration au Comité de gestion en date du 27 décembre 2010, le Comité de gestion est habilité il attribuer ce marché (inférieur à 200.000 €), attribue ce marché à l'atelier d'architecture QUATAERT de Couvin, au prix de 149.959,27 € HTVA, offre régulière la plus avantageuse.
(voir point 3 de la note au Comité de gestion);
[…]".

IV. EXCEPTION D'IRRECEVABILITE RATIONE TEMPORIS

IV. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient que la demande de la requérante est irrecevable ratione temporis.

Au soutien de cette fin de non-recevoir, elle expose ce qui suit :

" Le présent marché est d'une valeur inférieure aux seuils européens comme en atteste le prix de l'attributaire, tout comme le prix du requérant.

Les articles 65/3 à 65/29 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services sont applicables aux marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne.

L'article 65/29 de cette loi dispose que :

«Les articles 65/4, 65/5, 65/7, 65/8, § 1er, alinéa 1er, 65/9 et 65/10 sont applicables aux marchés visés au présent titre [Marchés n'atteignant pas les seuils européens]. Le Roi peut prévoir des exceptions pour certains types de marchés et pour des marchés n'atteignant pas certains montants».

L'article 65/8, §1er, alinéa 1er de la même loi prévoit que :

«§ 1er. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :
1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.»

Il y a donc une obligation de communication légalement imposée. Observons néanmoins que, lorsque le marché est d'une valeur inférieure aux seuils de publicité, l'article 65/29 n'a pas rendu obligatoire la double communication (recommandé + télécopie ou courriel), prévue au troisième alinéa de l'article 65/8, § 1er.

L'article 65/32 de la loi rend par ailleurs l'article 65/23 applicable aux marchés inférieurs aux seuils européens. Selon l'article 65/23, §§ 1er et 3 de la loi :

«§ 1er. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1er, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.
§ 2. (…)
§ 3. La demande en suspension visée à l'article 65/15 est introduite dans un délai de quinze jours. (…)» (…)

L'association intercommunale hospitalière communique le 28 octobre 2011 à la partie requérante ce qui suit :

«nous vous accordons un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de l'envoi de la présente lettre, afin que vous puissiez éventuellement introduire un recours en suspension auprès d'une juridiction. Ce recours peut exclusivement être introduit, 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 cas de recours introduit, veuillez nous en informer par e-mail ou fax.
[…]».

Le délai de recours commençait donc à courir le 29 octobre pour se terminer le 12 novembre 2011.

En l'espèce, le recours a été introduit en date du 14 novembre 2011, soit deux jours au-delà du délai prévu par l'association intercommunale hospitalière.

Le recours est par conséquent irrecevable en application de l'article 65/23 de la loi précitée. […]".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 65/3 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, inséré par la loi du 23 décembre 2009, est rédigé comme suit :

" Art. 65/3. Le présent titre s'applique aux marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne.
En ce qui concerne les marchés en matière de défense visés à l'article 346, 1, b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, seuls les articles 65/4, 65/5, 65/7 à 65/10, 65/14 à 65/16 et 65/23 à 65/27 sont cependant applicables.
Lorsque l'estimation initiale du marché est inférieure au montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, mais que le montant hors taxe sur la valeur ajoutée de l'offre à approuver est cependant supérieur de plus de 20 % à ce montant fixé par le Roi, le présent titre est applicable, sauf l'exception prévue à l'article 65/12, 1°.".

Il résulte des termes de cette disposition que c'est l'évaluation du montant du marché au moment où les mesures de publication doivent être effectuées, et non le montant auquel il est effectivement attribué, qui détermine si ce marché est soumis, ou non, au titre 2 du livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

En vertu de l'article 53 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, les marchés publics de services soumis à la publicité européenne sont ceux dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est égal ou supérieur à 193.000 euros.

En l'espèce, il ressort tant du rapport d'examen des offres établi le 29 août 2011, que de l'extrait du procès-verbal de la réunion du comité de gestion de la partie adverse, tenue le 7 octobre 2011, que le montant estimé du marché litigieux était des 210.000 euros hors T.V.A.. En outre, la publication d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne du 30 juin 2011 atteste qu'au regard du montant estimé du marché litigieux, la partie adverse s'estimait bien tenue de soumettre la passation de celui-ci à la publicité européenne.

De ce que le marché litigieux atteignait ainsi le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, il résulte que les dispositions du titre 2 du livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993 précitée étaient applicables en l'espèce.

En vertu de l'article 65/8, paragraphe premier, de la loi du 24 décembre 1993, spécialement en ses premier et troisième alinéas, la communication de la décision motivée d'attribution du marché doit être effectuée par télécopieur, par courrier électronique ou par tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

L'article 65/11 de ladite loi est libellé comme suit, en son premier alinéa :

" La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux

soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1er, alinéa 3. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi.".

La communication de l'acte attaqué a été effectuée par lettre recommandée le 28 octobre 2011, mais non par télécopieur, par un courrier électronique ou par tout autre moyen électronique, ce que reconnaît la partie adverse en soutenant que la formalité de la double communication visée à l'article 65/8 précité n'était pas obligatoire en l'espèce. Dans ces circonstances, le délai de quinze jours dans lequel une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché peut être introduite devant l'instance de recours, n'a pas pris cours, de sorte que l'introduction de la présente demande, le 14 novembre 2011, ne peut être considérée comme tardive.

L'exception d'irrecevabilité fondée sur la prétendue tardiveté de l'introduction de la demande ne peut être accueillie.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de la violation des articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Elle soutient qu'il appartient à la partie adverse d'établir une décision motivée d'attribution reprenant les motifs de droit et de fait pour lesquels l'offre de la requérante n'a pas été retenue et de notifier cette décision. Elle ajoute que cette décision doit être prise par l'organe compétent, à savoir le conseil d'administration de l'intercommunale voire, sur délégation, son comité de gestion. Elle fait enfin valoir que la partie adverse ne peut se contenter, sans violer les dispositions visées au moyen, de notifier un rapport contenant une simple proposition d'attribution, qui n'est qu'un acte préparatoire, et dont on ne connait pas l'auteur.

Dans sa note d'observations, la partie adverse expose ce qui suit:

" La décision a été prise en date du 7 octobre 2011 par le Comité de gestion de l'association intercommunale hospitalière.

Au jour de l'attribution du marché, celui-ci est d'une valeur estimée de 145.959,27 euros.

En vertu de la délibération du Conseil d'administration du 27 décembre 2010, le Comité de gestion est compétent pour attribuer les marchés dont la valeur est inférieure à 200.000 euros, ce qui est le cas en l'espèce.

Par conséquent, le moyen n'est pas sérieux."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'acte attaqué a été pris le 7 octobre 2011 par le comité de gestion de la partie adverse, qui s'est intégralement référé au rapport d'examen des offres contenant la proposition d'attribution du marché à l'atelier d'architectes Quataert.

De la seule circonstance que la partie adverse se serait contentée de notifier ce rapport, qui n'est qu'un acte préparatoire, et non la décision d'attribution du marché, il ne peut être déduit que cette décision a été adoptée par un auteur incompétent.

Le grief d'incompétence que formule le moyen doit, en revanche, être examiné au regard de l'étendue des pouvoirs attribués au comité de gestion de la partie adverse.

Ainsi qu'il ressort d'un extrait du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la partie adverse, tenue le 27 décembre 2010, cet organe délègue au comité de gestion le pouvoir d'adopter les décisions d'attribution des marchés dont le montant estimé est inférieur à 200.000 euros hors T.V.A..

Sauf à purger de leur sens les termes de la décision par laquelle cette délégation de pouvoirs a été accordée, le montant estimé d'un marché ne saurait se confondre avec celui auquel il est attribué.

En l'espèce, lors de sa réunion du 7 octobre 2011, le comité de gestion a constaté, d'une part, que le montant du marché litigieux avait été estimé à 210.000 euros hors T.V.A., et, d'autre part, que l'offre régulière présentée par le rapport d'examen comme étant la plus avantageuse, a été remise pour un montant de 149.959,27 euros hors T.V.A..

En décidant d'attribuer le marché litigieux sur la base de la délégation précédemment évoquée, au motif qu'il était inférieur à 200.000 euros, et ce, nonobstant le fait que son montant avait préalablement été estimé à 210.000 euros hors T.V.A., le comité de gestion a manifestement méconnu l'étendue des pouvoirs qui lui avaient été délégués, de sorte qu'en tant qu'il est pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, le moyen est sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

VI. 1. Thèse de la partie adverse

Au soutien de sa thèse suivant laquelle les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur ses avantages, la partie adverse expose ce qui suit:

" L'intérêt de l'association intercommunale hospitalière est particulièrement grand.

Si une nouvelle décision devait être prise, alors il y aurait un risque que le marché ne puisse pas être attribué avant la fin du mois de décembre.

Or, l'association intercommunale hospitalière bénéficie d'une enveloppe de 618.000 € de la Région wallonne.

Cette enveloppe est toutefois conditionnée à l'obligation d'adresser à l'administration, avant le 23 décembre 2011, un dossier avant-projet :

«Lors de sa séance du 23 décembre 2010, le Gouvernement wallon a approuvé la préréservation d'une enveloppe de financement alternatif d'un montant de 618.000 € en prévision d'une éventuelle intervention financière de la Région wallonne dans le coût de la réalisation de votre projet d'une résidence services de 15 logements à ériger à Couvin, objet de votre candidature en réponse à l'appel à projets du 20 avril 2010.
J'attire votre attention sur le fait que le budget qui vous a été préréservé constitue une enveloppe fermée pour la couverture de tous vos investissements de quelque nature qu'ils soient (travaux, équipement, mobilier, abords, démolitions…); le cas échéant, il vous appartiendra d'assumer sur fonds propres tout dépassement d'enveloppe.
Vous êtes invités à retourner à l'administration, par envoi recommandé et endéans le mois de la présente, le formulaire ci-annexé dûment complété et signé. À défaut, votre candidature sera considérée comme retirée et vous perdrez le bénéfice de votre enveloppe qui sera redistribuée à d'autres projets.

Le maintien du bénéfice de cette préréservation est conditionné à l'obligation d'adresser à l'administration, avant le 23 décembre 2011, un dossier avant-projet complet et conforme aux dispositions de l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 mai 2008 portant exécution du décret du 7 novembre 2007 relatif aux subsides pour investissement dans les établissements d'accueil pour personnes âgées.».

La perte du bénéfice de la subvention compromettrait irrémédiablement le projet, l'intercommunale ne pouvant financer le financer seule.

De plus, le requérant n'aurait pas accès à la commande, puisque celle-ci serait irrémédiablement compromise.

Remarquons par ailleurs que la partie requérante ne démontre pas qu'elle subirait un plus grand préjudice en cas de maintien de la décision, que l'association intercommunale hospitalière en cas de suspension de la décision litigieuse.".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A supposer qu'en cas de suspension de la décision attaquée, il y ait un risque que le marché ne puisse être attribué avant la fin du mois de décembre 2011, la partie adverse se borne à confronter ce risque à l'échéance du 23 décembre 2011 imposée par la ministre de la santé, de l'action sociale et de l'égalité des chances de la Région wallonne, sans faire état d'un quelconque élément attestant que l'attribution différée du marché litigieux ferait nécessairement obstacle à l'introduction du dossier d'avant-projet dans le délai qui lui est imparti à cette fin. Ainsi, il n'apparaît pas, prima facie, que le dossier d'avant-projet doive contenir une décision d'attribution d'une première phase de services ou de travaux. De même, la partie adverse ne démontre nullement en quoi l'exécution du marché serait nécessaire à la constitution du dossier d'avant-projet, au point que le retard causé par une suspension de l'acte attaqué empêcherait la partie adverse de respecter cette échéance. Enfin, s'il fallait considérer, ce que ne soutient d'ailleurs pas la partie adverse, que seule l'intervention de l'auteur de projet désigné dans le cadre du marché litigieux, permettrait d'assortir l'avant-projet d'un dossier technique suffisamment détaillé et complet, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 5 de l'arrêté du gouvernement wallon du 15 mai 2008 portant exécution du décret du 7 novembre 2007 relatif aux subsides pour investissements dans les établissements d'accueil pour personnes âgées, des délais complémentaires peuvent être accordés par le pouvoir subsidiant au demandeur, pour permettre à celui de compléter ou de préciser le dossier technique joint au dossier d'avant-projet, de sorte que l'introduction, dans le respect de l'échéance imposée, d'un dossier qui s'avérerait, le cas échéant, incomplet, ne saurait suffire à priver le demandeur de toute chance d'obtenir la subvention espérée.

Dans ces circonstances, la partie adverse n'établit pas à suffisance que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision adoptée le 7 octobre 2011 par l'association intercommunale hospitalière du sud Hainaut et du sud Namurois (A.I.H.S.H.S.N.) d'attribuer à l'Atelier d'Architectes QUATAERT un marché public de services ayant pour objet la désignation d'un auteur de projet pour la création d'une résidence à Couvin.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 4.

Les dépens sont réservés.

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

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. David DE ROY.