CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 219.341 du 14 mai 2012

G./A.204.626/VI-19.569

En cause : **la société anonyme AXIMA CONTRACTING,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

l'association de droit public centre hospitalier Valida,

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme CLOSE,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 avril 2012, la société anonyme AXIMA CONTRACTING sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise le 5 avril 2012, notifiée à la requérante dans un courrier du 11 avril 2012, du Centre Hospitalier VALIDA,

- d'une part, de retirer une précédente décision du 9 novembre 2011 – décision non communiquée à AXIMA - par laquelle elle attribuait à AXIMA un marché de travaux ayant pour objet l'exécution de travaux de réaménagement des unités de soins du Centre Hospitalier VALIDA (Cahier spécial des charges 0904-20 «Marché 2 – HVAC»);

- d’autre part, d’attribuer ledit marché de travaux à la Société CLOSE pour un montant de 1.783.747,91 euros HTVA.".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 avril 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 mai 2012 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 7 mai 2012, la société anonyme CLOSE demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Cyrille DONY, loco Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l’examen du recours sont les suivants :

Le 29 septembre 2011, six soumissions sont présentées dans le cadre de la passation, par adjudication publique, du marché public de travaux litigieux.

Le 9 novembre 2011, la partie adverse attribue le marché public concerné à la requérante.

Le 6 décembre 2011, la société anonyme CLOSE forme un recours en référé contre cette décision d’attribution devant le président du tribunal de première

instance de Bruxelles, lequel rend une ordonnance, le 21 mars 2012, par laquelle il suspend cette décision.

La requérante expose avoir formé tierce opposition à l'encontre de cette ordonnance.

Le 5 avril 2012, la partie adverse retire sa décision du 9 novembre 2011. Il s'agit du premier acte attaqué.

A la même date, elle attribue le marché public contesté à la société anonyme CLOSE. Il s'agit de la seconde décision entreprise.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 7 mai 2012, la société anonyme CLOSE demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de la seconde décision attaquée, la société anonyme CLOSE dispose de l'intérêt requis pour intervenir dans la présente procédure. Sa requête est donc recevable et peut être accueillie.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SUSPENSION

V. 1. Arguments des parties

La partie intervenante soutient que :

" 3. La partie requérante invoque l'application du chapitre XII de la loi du 8 juillet 1976 relative aux centres publics d'action sociale, selon laquelle l'ASBL Centre Hospitalier VALIDA deviendrait une autorité administrative, ce qui justifierait la compétence du Conseil d'Etat au sens de l'art. 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics.

Ce chapitre XII traite des associations incluant un CPAS.

Des associations peuvent avoir lieu avec un ou plusieurs autres (centres publics d'action sociale), avec d'autres pouvoirs publics et ou avec des personnes morales autres que celles qui ont un but lucratif (Art. 118).

Il est prévu à l'article 126 que «Sans préjudice de l'application de dispositions statutaires particulières en sens contraire, les associations visées par le présent chapitre sont administrées suivant les mêmes règles que les (centres publics d'action sociale). Elles sont soumises au même contrôle et a la même tutelle administrative. Toutefois, pour les hôpitaux qui dépendent d'une association, la tutelle administrative est limitée à l'application des articles 111, § 1er et 3, 112 et 113, tant que les comptes démontrent que l'exploitation est en équilibre.»

L'association est donc administrée comme les CPAS et est soumise à la tutelle, même limitée.

4. Or, Selon les statuts du centre hospitalier Valida, les associés composant l'A.S.B.L. sont :

- CPAS de Berchem Sainte-Agathe (secteur public)
- Commune de Berchem Sainte-Agathe (secteur public)
- ASBL «Les cliniques universitaires Saint-Luc» (secteur privé)
- ASBL «Clinique Saint-Jean» (secteur privé)
- VUB (secteur privé)

Les secteurs public et privé disposent chacun de 50 % des voix en cas de vote.

Il apparait dès lors que l'ASBL Centre Hospitalier VALIDA est à moitié public et à moitié privé.

5. En conséquence, dès lors que l'art. 125 alinéa 1 de la loi du 8 juillet 1976 dispose que :

«Quelle que soit la proportion des apports des divers associés, les personnes de droit public disposent toujours de la majorité des voix dans les différents organes d'administration et de gestion de l'association», et que, en l'espèce, le secteur public ne détient que 50 % des voix, il apparait que l'ASBL Centre Hospitalier VALIDA ne peut être considérée comme une autorité administrative au sens de l'art. 14 § 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, de nature à justifier la compétence du Conseil d'Etat, en tant qu'instance de recours conformément à l'art. 65/24 de la loi du 24 décembre 1993.

6. A cet égard, la jurisprudence de Votre Conseil citée par la partie requérante (CE n° 209.794 du 16 décembre 2010 et CE n° 209.502 du 3 décembre 2010) n'est pas relevante, dès lors qu'elles vise des hypothèses où l'autorité adjudicatrice est constituée à 100 % de pouvoirs publics, à la différence de l'ASBL VALIDA, constituée seulement à 50 % de pouvoirs publics.

7. En conséquence, la requête n'est pas recevable, dès lors que Votre Conseil n'est pas compétent conformément à l'art. 65/24 de la loi du 24 décembre 1993.".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse est, prima facie, une association de droit public formée en exécution du chapitre XII et XII bis de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

Une telle personne de droit public dans laquelle, conformément à la loi précitée du 8 juillet 1976, les personnes de droit public disposent toujours de la majorité des voix dans les différents organes d'administration et de gestion de l'association, qui est soumise à un contrôle de tutelle administratif et dont les membres du personnel sont soumis à un régime juridique statutaire, apparaît être une autorité administrative au sens des articles 14, § 1er, ainsi que 17, § 1er, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973.

L'exception ne peut être accueillie de telle sorte que le recours est recevable.

VI. MOYENS

VI. 1. Deuxième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un deuxième moyen pris de "l'excès de pouvoir et de la méconnaissance :

- de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en ses articles 15, 65/4, 65/5, et 65/8;
- pour autant que de besoin, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics, notamment en ses articles 17 à 20 et 111 à 113;
- du principe général de transparence et de motivation.".

Elle fait valoir que :

" 16. L'acte attaqué ne contient pas les motifs permettant à la partie requérante de comprendre les raisons pour lesquelles le marché litigieux ne lui a pas été attribué alors que, dans un premier temps, ledit marché lui avait été attribué aux termes d'une précédente décision du 9 novembre 2011 - qui ne lui a pas été communiquée à ce jour, en méconnaissance de ce que prévoit l'article 65/8, § 1er, al. 1er, 3° de la loi du 24 décembre 1993 -.

17. L'acte attaqué viole les dispositions visées au moyen dès que cette décision ne comporte pas :

- o les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes (article 65/5, 5°);
- o les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction (article 65/6°);
- o les éventuelles corrections arithmétiques ou modification faites en application des articles 111 et 112 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;
- o les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue (article 65/7°).
- o les éventuelles correction de prix qui ont été appliquées, et sur quels postes précis;
- o les éventuels demandes d'informations et de justification de prix qui auraient été adressées aux soumissionnaires et les suites y réservées,
- o l'indication du classement unique des offres de base, en application de l'article 113 de l'AR du 8 janvier 1996;
- o Etc.

18. L'acte attaqué se contente de reprendre en son corps des passages de l'ordonnance prononcée le 21 mars dernier par le Président du tribunal de première

instance de Bruxelles, passages concernant exclusivement l'offre – et la situation – de la Société CLOSE.

Qu'à aucun moment le nom de la partie requérante n'apparaît dans la décision prétendument motivée d'attribution du 5 avril 2012, à l'exception des deux passages suivants :

- P.1/4 : «Vu la décision du 9 novembre 2011 d'attribuer le marché de travaux ayant pour objet l'exécution des travaux de réaménagement des unités de soins du Centre Hospitalier VALIDA (…) à la Société AXIMA»;

- P.3/4 : «De retirer la décision du 9 novembre 2011 d'attribution du marché de travaux (…) à la Société AXIMA».

19. La requérante est dans l'incapacité de vérifier :

- si la Société CLOSE (et les autres compétiteurs au marché) rempli(ssai(en))t les conditions de sélection qualitative posée par les documents du marché. Cette question a toute son importance dès lors que l'ordonnance du 21 mars 2012 nous apprend que la Société CLOSE a été interrogée sur un des critères de sélection du marché, à savoir «le chiffre d'affaires en travaux exécutés au cours des trois derniers exercices dans le secteur de la santé », alors que ces éléments auraient dû être joints d'emblée à l'offre déposée;

- si l'offre de la Société CLOSE était régulière. Cette question a également toute son importance dès lors que l'ordonnance du 21 mars 2012 indique que la société CLOSE a pu fournir, sur demande de la partie adverse, des notes qui, semble-t-il, étaient manquantes dans l'offre déposée, à savoir :

  - une note relative à l'origine des produits et/ou matériaux;
  - une note sur la protection des ouvrages existants;
  - une note sur les précautions en matière de bruit et de lutte contre les poussières.

  en méconnaissance des dispositions légales précitées et des documents du marché qui imposaient que ces éléments et informations fussent déposés au stade de l'offre;

- si les éléments de droit et de fait repris dans l'acte attaqué correspondent scrupuleusement à la réalité;

- si son offre (et en particulier le montant de celle-ci) a fait l'objet d'une analyse régulière ou de rectifications et, a fortiori, si lesdites rectifications sont correctes et régulières …

Il en va d'autant plus ainsi que

- n'a pas été communiqué à la partie requérante l'ensemble des documents auxquels fait référence l'acte attaqué, à savoir :

  - le rapport d'analyse des offres qui aurait été établi le 25 octobre 2011;
  - la décision d'attribution du 9 novembre 2011;
  - l'ordonnance du 21 mars 2012 – celle-ci ne sera transmise que postérieurement à la requérante le 24 avril 2012 –

- et que, la seule annexe à l'acte attaqué, constitue le procès-verbal d'ouverture des offres, dont il ressort que la requérante est la moins-disante !

Il ressort du procès-verbal d'ouverture des offres que la soumission de la partie requérante (1.750.249,18 euros) est inférieure au montant de l'offre de la Société CLOSE, attributaire pressenti (1.783.747,91 euros).

20. Si la motivation en matière d'adjudication peut être succincte, la décision d'attribution du marché doit faire ressortir en quoi l'offre retenue est l'offre régulière la plus basse. La décision d'attribution doit permettre de comprendre, à sa seule lecture, en quoi la soumission retenue présente bien le prix le plus bas et, dès lors, de faire ressortir les raisons qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à cette conclusion. Il en va d'autant plus ainsi lorsque les prix initiaux des soumissions ont fait l'objet de diverses rectifications et corrections par le pouvoir adjudicateur, que le nombre de postes est particulièrement élevé et que l'écart entre les soumissionnaires les moins-disants est particulièrement minime.

Dès lors qu'une première décision lui attribuant le marché avait été adoptée par la partie adverse, la partie requérante était fondée à trouver dans l'acte attaqué (retirant cette première décision d'attribution) une motivation renforcée quant à la perte de ce marché, expliquant non seulement la décision initiale, mais aussi et pourquoi on aurait dû s'en départir.

21. La décision de ne pas attribuer le marché à la requérante n'est donc pas valablement motivée.

Le moyen est sérieux et justifie la suspension de l'acte attaqué.".

La partie adverse répond que :

" 1. En ce qui concerne l'insuffisance alléguée de la motivation de l'acte attaqué, l'article 65/4, [lire 5°], de la loi du 24 décembre 1993 énonce ce qui suit :

«L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée :
[…]
5° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
[…]»

L'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 précise, quant à lui, ce qui suit :

«La décision motivée visée à l'article 65/4 comporte, selon la procédure et le type de décision :
[…]
7° les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue;
[…]»

Ces dispositions constituent une application du principe général de droit de la motivation interne (ou matérielle) qui requiert que tout acte administratif individuel ou réglementaire repose sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et légalement admissibles. Confirmant ce principe, le Conseil d'Etat considère de manière constante que «tout acte administratif doit reposer sur des motifs matériels exacts, pertinents et admissibles en droit qui doivent ressortir du dossier administratif» […].

A côté de la motivation matérielle des actes administratifs, il existe également une obligation de motivation externe (ou formelle) des actes administratifs consacrée par la loi du 29 juillet 1991. Cette motivation doit énoncer, dans l'acte et de manière adéquate, les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision […].

Le Conseil d'Etat estime ainsi que :

> «pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif, au sens de l'article 1er de cette loi, doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision; que la motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce;» […].

Ainsi, selon le Conseil d'Etat, «l'obligation de motivation formelle vise à informer l'intéressé des raisons pour lesquelles une décision défavorable a été prise à son égard de sorte qu'il puisse se défendre contre cette décision à l'aide des voies de recours à sa disposition en prouvant que les motifs invoqués sont non fondés» […].

2. En l'espèce, il n'est pas contesté par la partie adverse que, suite à un malencontreux oubli, la décision d'attribution du 9 novembre 2011 ainsi que le rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 n'aient pas été communiqués à la requérante.

Dans la mesure où ces documents auraient dû être adressés par le bureau d'architecture Emile VERHAEGEN à l'ensemble des soumissionnaires – et non aux seuls soumissionnaires évincés comme cela a été le cas en l'espèce –, la partie adverse n'a pas imaginé un seul instant, lorsqu'elle a adopté l'acte attaqué et qu'elle a ensuite été interpellée par la requérante (pièce 8), que la première décision d'attribution ainsi que le rapport d'analyse des offres n'avaient jamais été communiqués à la requérante.

En outre, l'on peut regretter qu'en l'espèce, alors qu'elle disposait d'un délai de 15 jours avant d'introduire un éventuel recours en suspension, la requérante ait attendu le 13ème jour (24 avril 2012) pour indiquer oralement au bureau d'architecture Emile VERHAEGEN qu'elle ne comprenait pas les motifs de l'acte attaqué.

En effet, le bureau d'architecture Emile VERHAEGEN a directement relayé cette information à la partie adverse, laquelle ne s'est jamais doutée que la requérante ne disposait pas de la première décision d'attribution et du rapport d'analyse des offres dans la mesure où la requérante n'en a pas informé la partie adverse lors des échanges qui ont eu lieu avant l'introduction du recours en suspension (pièce 8), alors que la décision d'attribution du 9 novembre 2011 était pourtant explicitement visée par l'acte attaqué (pièce 6).

Par conséquent, le jour-même de l'interpellation du bureau d'architecture Emile VERHAEGEN par la requérante, seule l'ordonnance du 21 mars 2012 du Président du tribunal de première instance de Bruxelles a été adressée à la requérante par la partie adverse dans la mesure où celle-ci pouvait raisonnablement supposer que la requérante avait reçu la décision d'attribution du 9 novembre 2011 et le rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 (pièce 8). De plus, la partie adverse a également indiqué à la requérante qu'elle se tenait à sa disposition pour toute demande de renseignements complémentaires mais cette proposition n'a jamais entraîné de suites de la part de la requérante, hormis le présent recours.

3. Malgré l'erreur commise par la partie adverse dans le cadre de cette affaire, celle-ci tient à préciser que, selon le Conseil d'Etat, le respect du principe de motivation interne doit se vérifier au moyen de l'examen du dossier administratif […]. En l'espèce, le dossier administratif permet de déterminer les motifs de fait et de droit qui justifient l'acte attaqué.

Cependant, s'il s'agit d'un acte devant faire l'objet d'une motivation formelle, le juge n'a égard qu'aux seuls motifs qui figurent dans l'instrumentum de l'acte et n'admet qu'après coup, l'administration tente de justifier son acte en invoquant des motifs non repris dans sa motivation formelle.

Il est, en revanche, permis de conforter un motif exprimé dans l'acte par la production d'une pièce du dossier administratif (P. GOFFAUX, Dictionnaire élémentaire de droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 170).

Dès lors que le juge est autorisé à prendre en considération les informations qui se trouvent dans le dossier administratif et «qui viendraient dans le prolongement de motifs déposés en germe dans l'acte, tout en éclairant la portée de ceux-ci» (PH. BOUVIER, Elément de droit administratif, Bruxelles, De Boeck, 2002, p. 211), il y a lieu de se référer, en l'espèce, à la décision d'attribution du 9 novembre 2011 (pièce 3) et au rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 qui sert de fondement à cette décision (pièce 4) pour examiner si l'obligation de motivation formelle a bien été rencontrée par la partie adverse. En effet, dans la mesure où l'acte attaqué vise explicitement l'ordonnance du 21 mars 2012 et la décision d'attribution du 9 novembre 2011 (pièce 6), il convient d'examiner cette décision ainsi que le rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 afin de déterminer si, en l'espèce, l'acte attaqué repose sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit.

4. De surcroît, s'il devait être considéré que le fait de ne pas avoir communiqué la décision d'attribution du 9 novembre 2011 et le rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 à la requérante constitue un manquement à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs – quod non –, il convient de relever que ce vice de forme doit être couvert en l'espèce dès lors qu'il est dû au fait d'un tiers […].

En effet, dans la mesure où le bureau d'architecture Emile VERHAEGEN était chargé de l'envoi de la décision d'attribution du 9 novembre 2011 et du rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011, l'on ne saurait reprocher à la partie adverse de ne pas avoir procédé à l'envoi de ces documents à la requérante.

5. Dès lors qu'il a déjà été démontré, à l'occasion du premier moyen, que sur base du rapport d'analyse des offres du 25 octobre 2011 et de l'ordonnance du 21 mars 2012 du Président du tribunal de première instance de Bruxelles, la partie adverse n'avait d'autres choix que d'attribuer le marché litigieux à la S.A. CLOSE, il est renvoyé aux développements effectués à l'appui de ce moyen.

6. Enfin, la requérante relève que l'acte attaqué se fonde sur l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et sur l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 alors que les fondements légaux d'une décision en adjudication sont l'article 15 de la loi du 23 décembre 1994 et les articles 111 à 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

A cet égard, il convient de rappeler que l'absence de l'indication des motifs de droit ne conduit à l'annulation d'un acte administratif que pour autant que le fondement légal n'ait pu être identifié par le destinataire […].

En outre, le Conseil d'Etat considère que lorsque l'acte administratif vise une disposition constitutive d'une erreur matérielle, ceci n'est pas de nature à entraîner l'annulation de l'acte […].

En l'espèce, l'erreur qui aurait été commise s'agissant du fondement légal de l'acte attaqué ne saurait dès lors entraîner la suspension et, ultérieurement, l'annulation de l'acte attaqué dans la mesure où la requérante a clairement identifié le fondement légal de cette décision.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, l'argument pris de la violation des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 doit être rejeté dès lors que l'acte attaqué repose sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit.".

La partie intervenante fait valoir qu'en raison de l'absence de sérieux du premier moyen, la requérante n'a pas d'intérêt à soulever le deuxième moyen.

B. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin de déterminer si le premier moyen est sérieux, il suffit de constater que, même s'il ne l'était pas, la requérante disposerait cependant d'un intérêt à comprendre les motifs pour lesquels la partie adverse a adopté les décisions attaquées et à contester, par le biais du présent moyen, la légalité de ces actes en raison du fait que leur motivation serait insuffisante.

Le deuxième moyen est donc recevable.

Concernant le premier acte attaqué, la partie adverse était compétente pour le retirer, en raison de son illégalité, tant qu'il n'était pas définitif.

En exposant les motifs pour lesquels le président du tribunal de première instance de Bruxelles a jugé, dans son ordonnance du 21 mars 2012, que la décision d'attribution du 9 novembre 2011 était illicite et en justifiant le retrait de cet acte, en raison des illégalités constatées dans cette ordonnance, la partie adverse apparaît avoir motivé suffisamment la première décision entreprise. En tant qu'il est dirigé contre cet acte, le deuxième moyen n'est pas sérieux.

Par contre, s'agissant de la seconde décision contestée, la partie adverse ne pouvait se limiter à se référer à l'ordonnance précitée du 21 mars 2012 et à l'illégalité de la décision du 9 novembre 2011 pour justifier l'attribution du marché public litigieux à la société CLOSE.

Il lui appartenait, pour motiver légalement le second acte contesté, d'exposer l'ensemble des motifs pour lesquels elle a conclu, au regard de son analyse des offres et de l'ordonnance du président du tribunal de première instance de Bruxelles, que l'offre de la société CLOSE était l'offre régulière la plus basse et que l'offre de la requérante ne l'était pas.

Une telle motivation n'est pas présente dans le second acte attaqué de telle sorte que le deuxième moyen apparaît sérieux.

VI. 2. Troisième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un troisième moyen pris de "la méconnaissance

- des articles 118 à 135 de la loi du 8 juillet 1976 relative aux centres publics d'action sociale;
- des dispositions statutaires de Valida;
- de l'incompétence de l'auteur de l'acte.".

Elle soutient que :

" 23. Selon l'article 14 des statuts de la partie adverse, le conseil d'administration de celle-ci se compose de huit membres. L'article 19 des mêmes statuts précise que :

> «Le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour l'administration et la gestion de l'association et pour tout ce qui est nécessaire ou utile à la réalisation de l'objet social. Il fixe la politique générale de l'association et dirige et coordonne l'action de tous les organes».

L'article 20bis concerne l'administrateur délégué et ses pouvoirs. Il est rédigé comme suit :

> «Le Conseil d'administration peut désigner un administrateur délégué qui sera chargé de la gestion journalière de l'Association et qui sera désigné sur proposition du Président, parmi les administrateurs appartenant au collège «B».
> (…)
> A titre indicatif et sauf mandat spécial donné par le conseil d'administration, la gestion journalière comprend le pouvoir d'accomplir les actes suivants pour autant qu'ils n'excèdent pas la délégation de pouvoirs donnée par le Conseil d'Administration :
> (…)
> - Procéder aux appels d'offres et conclure tout marché public avec tout prestataire de service ou fournisseur de l'association».

Enfin, les délégations de signature déposées au Greffe du tribunal de commerce le 2 décembre 2010, prévoient que

> «le C.A. décide de donner les mandats suivants tout en rappelant que les pouvoirs d'engager l'association sont subordonnés à une décision prise par les personnes et les organes qui en ont le pouvoir, et, qu'en outre, les pouvoirs d'engager l'association ne peuvent être utilisés que dans les limites du cadre budgétaire contenu dans l'approbation du budget ou dans les décisions ultérieures du Conseil d'administration».

Plus particulièrement, en matière de marchés publics, l'on peut y lire que : «la délégation de pouvoirs est accordée 2.1. pour des sommes supérieurs à 500.000 euros HTVA; signant deux à deux : 1. Au Président du Conseil d'Administration ; 2. A un des deux Vice-Présidents».

24. En l'espèce, l'acte attaqué comporte uniquement la mention «Par le Conseil d'Administration du Centre Hospitalier VALIDA» (p.4/4 de l'acte attaqué) et est signée par le «Président faisant fonction».

Il faut donc en conclure que l'acte litigieux a été adopté par le conseil d'administration de la partie adverse. Il n'aurait pu en être autrement dès lors que les délégations de signature précitées imposent, pour tout marché supérieur à 500.000 euros HTVA, une double signature – or, il n'y en a qu'une - et qu'il n'est nullement fait mention d'une décision adoptée par l'Administrateur délégué, Monsieur Deveen – or, c'est Monsieur Van Vyve qui a signé - .

25. Il convient d'examiner si le conseil d'administration était valablement constitué pour adopter l'acte litigieux, ce que l'acte attaqué ne permet pas de constater.

L'article 24 des statuts de la partie adverse, intitulé «quorum de présence et procuration» dispose que «le Conseil d'administration ne peut délibérer que si la moitié des administrateurs de chaque collège est présente ou représentée», tandis que l'article 25 des statuts de la partie adverse précise que «lors des votes, il doit y avoir une parité, entre chaque collège, dans le nombre de votants. Si un des collèges compte un nombre de membres présents plus important que l'autre, ce collège désigne en son sein, avant d'aborder l'ordre du jour, celui ou ceux qui, tout en participant à la discussion, ne voteront pas (…)» et ce afin de respecter la règle de majorité conférée aux pouvoirs publics en vertu des dispositions visées au moyen.

Or, l'acte attaqué ne contient aucune information quant à la composition du conseil pour adopter celui-ci. Cette décision n'établit pas, au regard des articles 24 et 25 précités des statuts :

- o quels administrateurs – et de quel collège - étaient présents;
- o quels administrateurs – et de quel collège - étaient représentés;
- o s'il y avait parité, entre chaque collège, dans le nombre de votants;
- o si - au minimum - une majorité des voix s'est dégagée pour adopter l'acte attaqué.

26. Les doutes de la partie adverse quant à la composition du conseil d'administration sont renforcés par le fait que l'acte attaqué a été signé par le «Président faisant fonction».

Le «faisant fonction» a toute son importance : il établit à suffisance que le Président «de droit» du C.A., à savoir Monsieur Durant, était absent lors de l'adoption de l'acte attaqué.

S'il était absent, est-ce qu'il s'est fait représenter ? Est-ce que les collèges étaient composés en parité ?

Ces doutes sont renforcés par le fait que si les statuts de la partie adverse prévoient que son C.A. se compose de 8 membres, le site internet de celle-ci n'en recense que… sept.

Par conséquent, il n'est pas possible de déterminer si l'acte litigieux aurait été adopté par un organe valablement convoqué ou constitué, dans le respect des dispositions statutaires précitées, notamment les articles 24 et 25. Le moyen est sérieux.

27. Enfin, pour être tout à fait complet, l'acte attaqué est signé par le seul Président faisant fonction, qui n'est pas l'administrateur délégué.

Or, l'article 21 des statuts de la partie adverse dispose que

> «tout acte engageant l'Association et tout pouvoir de donne procuration, à défaut d'une délégation donnée par une délibération spéciale du Conseil d'Administration, sont signés soit par l'Administrateur délégué agissant seul

dans les limites de ses pouvoirs, soit par le Président ou le Vice-Président du Collège B et le Vice-Président du Collège A ou l'administrateur de son collège qu'il désigne à cet effet, lesquels n'auront pas à justifier, à l'égard de tiers, d'une décision spéciale».

Le prescrit de l'article 21 a donc été violé : l'acte litigieux ne peut engager valablement l'association.

Le moyen est sérieux. La suspension de la décision doit être ordonnée.".

La partie adverse répond que :

" 1. Selon l'article 14 des statuts de la partie adverse (pièce 9), son Conseil d'administration se compose de huit personnes (deux représentants du C.P.A.S. de la Commune de Berchem-Sainte-Agathe, deux représentants de la Commune de Berchem-Sainte-Agathe et quatre représentants de l'A.S.B.L. «Les cliniques universitaires Saint-Luc). A cet égard, il convient d'attirer l'attention sur le fait que, conformément à l'article 14 des statuts de la partie adverse, son Conseil d'administration est bien composé de huit membres contrairement à ce qu'affirme la requérante. En effet, ceci ressort du procès-verbal de la séance du Conseil d'administration du 5 avril 2012 (pièce 10), de la publication faite au Moniteur belge le 15 mars 2010 et qui énonce clairement la liste des membres du Conseil d'administration (pièce 11) mais également de la publication faite au Moniteur belge en date du 2 décembre 2010 s'agissant des délégations de signatures que la requérante cite elle-même dans sa requête (pièce 12, p. 4).

2. Contrairement à ce que soutient la requérante, l'acte attaqué a bien été adopté par le Conseil d'administration de la partie adverse conformément à ses statuts.

Il ressort ainsi du procès-verbal du Conseil d'administration extraordinaire du 5 avril 2012 (pièce 10) que, lors de ce Conseil d'administration, trois administrateurs étaient présents et que quatre autres administrateurs, excusés, avaient donné procuration. Par conséquent, sur les huit membres du Conseil d'administration (art. 14 des statuts – pièce 9), sept étaient présents ou représentés.

Parmi les sept administrateurs présents ou représentés lors de l'adoption de l'acte attaqué, trois font partie du collège A et quatre font partie du collège B. Conformément à l'article 24 des statuts de la partie adverse, le quorum de présente (moitié des administrateurs de chaque collège) était dès lors bien respecté en l'espèce.

En outre, l'acte attaqué a été adopté à l'unanimité bien que cela n'y apparaisse pas explicitement.

3. La requérante s'inquiète également du fait que seule la signature du Président ff, Monsieur Paul VAN VYVE, soit apposée sur l'acte attaqué.

Tout d'abord, selon les délégations de signatures publiées au Moniteur belge le 2 décembre 2010 (pièce 12), il est inexact de prétendre qu'en matière de marchés publics, une délégation de pouvoirs est accordée, pour les sommes supérieures à 500.000 € (HTVA), au Président du Conseil d'administration et à l'un des deux Vice-Présidents, signant à deux.

En effet, selon le point 2.1. de la délégation de signatures, la double signature du Président du Conseil d'administration et de l'un des deux Vice-Présidents n'est requise qu'en matière d'engagements immobiliers, de baux, de travaux, d'acquisition d'équipement, de mobilier ou de fourniture quelconque de matière ou de service.

Conformément à l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993, la conclusion du marché suit la décision d'attribution et ne peut intervenir avant l'expiration d'un délai de 15 jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est adressée aux soumissionnaires.

En l'espèce, l'«engagement» visé au point 2.1. des délégations de signatures vise précisément la conclusion du marché et non la décision d'attribution dès lors que celle-ci n'implique, à ce stade, aucun engagement de la partie adverse.

Le même raisonnement peut être répliqué à la requérante lorsqu'elle invoque l'article 21 des statuts de la partie adverse («Signature») selon lequel (nous soulignons) :

> «Tout acte engageant l'Association et tout pouvoir de donner procuration, à défaut d'une délégation donnée par une délibération spéciale du Conseil d'administration, sont signés soit par l'Administrateur délégué agissant seul dans les limites de ses pouvoirs, soit par le Président ou le Vice-Président du collège "B" et le Vice-Président du collège "A" ou l'administrateur de son collège qu'il désigne à cet effet, lesquels n'auront pas à justifier, à l'égard des tiers, d'une décision spéciale.»

En l'espèce, l'acte attaqué n'engage pas la partie adverse dès lors qu'il ne s'agit que d'une décision d'attribution et non du contrat relatif au marché.

En l'espèce, il convient de faire application de l'article 27 des statuts de la partie adverse («Procès-verbaux») qui dispose que (nous soulignons) :

> «Les délibérations et décisions du Conseil d'Administration sont constatées par des procès-verbaux transcrits dans un registre spécial et signés par le Président et les administrateurs qui en font la demande.
>
> Chaque fois que le Conseil d'administration le juge nécessaire, le procès verbal est rédigé et approuvé, en tout ou en partie, séance tenante.
>
> Les extraits ou copies des procès-verbaux sont signés par le Président ou le Vice-Président du collège "B" et par le Vice-Président du collège "A" ou l'un des autres administrateurs de ce collège. Ils sont transmis à tout membre de l'Assemblée générale qui en fait la demande.»

En effet, dans la mesure où l'acte attaqué constitue une décision d'attribution et non un acte engageant la partie adverse, celui-ci devait uniquement être constaté par procès-verbal et seul le Président devait y apposer sa signature.

4. En outre, la requérante s'interroge sur la représentation du Président du Conseil d'administration de la partie adverse, Monsieur Guy DURANT, lors de la délibération du 5 avril 2012. A la lecture du procès-verbal établit lors de la séance du 5 avril 2012 (pièce 10), l'on constate que Monsieur DURANT bien qu'excusé, était toutefois représenté.

5. Par conséquent, l'acte attaqué a été adopté par l'organe compétent de la partie adverse valablement convoqué et composé, et il a fait l'objet d'un vote et d'une signature en conformité avec les statuts de la partie adverse, le moyen doit dès lors être rejeté.".

B. Décision du Conseil d'Etat

La requérante ne doit pas disposer d'un intérêt à soulever le présent moyen pour qu'il soit recevable dès lors qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public.

Le troisième moyen est donc recevable.

Il ressort des statuts de la partie adverse que son conseil d'administration est l'organe compétent pour adopter les actes attaqués.

La partie adverse, qui soutient que les décisions critiquées ont bien été prises par son conseil d'administration, ne produit cependant pas la preuve que tel soit le cas.

En effet, conformément à l'alinéa 3 de l'article 27 de ses statuts, les extraits ou les copies des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration doivent être signés "par le Président ou le Vice-Président du collège «B» et par le Vice-Président du collège «A» ou l'un des autres administrateurs de ce collège".

Or, la pièce produite par la partie adverse, afin de démontrer que les actes attaqués ont été pris par son conseil d'administration, n'est signée que par le Président faisant fonction. A défaut d'être revêtue des signatures, prescrites par les statuts de la partie adverse, cette pièce n'atteste pas que les décisions contestées ont effectivement été adoptées par l'organe légalement compétent pour les prendre.

Le troisième moyen apparaît donc sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Arguments des parties

La requérante soutient que :

" 28. Le marché qui fait l'objet de l'acte litigieux relève d'une importance particulière pour la requérante.

Sans suspension de la décision attaquée, elle sera privée définitivement de l'attribution du marché, ce qui lui posera un préjudice.

En effet, celle-ci doit produire, pour concourir à l'obtention de marchés similaires auprès d'autres institutions hospitalières (sélection qualitative), une série de références dans le monde hospitalier/des soins de santé.

29. Par ailleurs, la suspension de la décision n'engendrera pas de retard dans l'exécution des travaux de la partie adverse dès lors que le marché en question ne constitue qu'une partie des 7 différents chantiers/marché de rénovation du site et que, notamment,

- le marché 1, intitulé «Démolition, Façades et parachèvement», vient de faire l'objet d'une publication d'un avis d'attribution du marché au Journal officiel ce 25 avril 2012;
- le marché 5 relatif au mobilier encastrable a fait l'objet d'un avis de marché publié le 27 mars 2012 et n'est donc pas à ce jour attribué.

La non-attribution du marché litigieux n'empêche pas les marchés déjà attribués de poursuivre leur exécution.

Par ailleurs, rien n'indique que les services de la partie adverse peuvent continuer de fonctionner dans leurs locaux actuels.".

La partie adverse répond que :

" […]

2. A cet égard, la requérante soutient qu'en cas de suspension, la décision à intervenir n'engendrerait pas de retard dans l'exécution des travaux de la partie adverse dès lors que le marché litigieux ne constitue qu'une partie des sept différents marchés relatifs à la rénovation du site de l'ancien Hôpital français à Berchem-Sainte-Agathe.

Sur ce point, la partie adverse tient cependant à préciser que les travaux de restructuration de l'ancien Hôpital français à Berchem-Sainte-Agathe ont débuté ce 9 janvier 2012 dans le cadre du Marché 1 «Démolition, façades et parachèvements». Selon le planning des travaux, le Marché 2 «HVAC» devait débuter au plus tard pour le début du mois de février 2012. Le chantier ayant déjà été paralysé jusqu'au mois d'avril 2012 suite au recours introduit par la S.A. CLOSE, un nouvel arrêt de chantier aurait sans nul doute des répercussions financières importantes pour la partie adverse.

En outre, contrairement à ce que prétend la requérante, la partie adverse ne saurait, dans le cadre des travaux de restructuration de l'ancien Hôpital français, entreprendre la réalisation d'un marché ultérieur au marché litigieux dès lors que les sept marchés se suivent dans un ordre logique qui ne saurait être modifié.

Par ailleurs, la partie adverse est tenue, en raison de la fin de son contrat de bail, de déménager les deux unités de soins de son deuxième site sis Avenue de Selliers de Moranville, 91 à 1082 Berchem-Sainte-Agathe vers le site rénové – qui fait l'objet du marché litigieux – situé Avenue Josse Goffin, 180 à 1082 Berchem-Sainte-Agathe pour la fin du mois de décembre 2013 au plus tard. Par conséquent, si les locaux du site rénové ne sont pas disponibles pour y héberger toutes les unités de soins de la partie adverse pour la fin du mois de décembre 2013, celle-ci n'aura d'autres choix que de fermer les deux unités de soins précitées avec des répercussions importantes pour la partie adverse (qui ne compte que six unités de soins au total).

Au vu de ce qui précède, l'on ne saurait raisonnablement soutenir, à l'instar de la requérante, que rien n'établit que les services de la partie adverse peuvent continuer de fonctionner dans leurs locaux actuels. Au contraire, il convient de constater que le nouveau retard dans l'exécution du Marché 2 «HVAC» qui résulterait d'une éventuelle suspension de la décision d'attribution du 5 avril 2012 aurait des conséquences négatives importantes – que ce soit sur le plan financier ou sur le plan de l'offre en matière de soins de santé – qui l'emporteraient indéniablement sur les avantages que la requérante pourrait retirer de cette suspension.

Alors que la partie adverse avait établi un planning serré pour entreprendre l'ensemble de ses travaux de rénovation, elle se voit désormais contrainte

d'entreprendre une véritable course contre la montre en vue d'achever l'ensemble des travaux dans les délais impartis. En effet, il reste six marchés à réaliser et seulement 19 mois pour que ceux-ci soient exécutés.

Par conséquent, si votre Conseil devait considérer les arguments de la requérante fondés – quod non –, il convient de faire application de l'article 65/15, alinéa 3 de la loi du 24 décembre 1993 pour refuser de suspendre la décision d'attribution du 5 avril 2012 dès lors que les conséquences négatives que subiraient la partie adverse seraient nettement plus importantes que l'avantage qu'une telle suspension pourrait apporter à la requérante.".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ne peut être raisonnablement considéré que le temps nécessaire à l'organe compétent de la partie adverse pour attribuer légalement le marché public litigieux, à la suite de la suspension de l'exécution des décisions attaquées, serait à ce point important que cette suspension rendrait impossible la réalisation des travaux envisagés dans les délais prévus.

Les conséquences négatives, évoquées par la partie adverse, n'apparaissent pas probables.

Il n'est donc pas établi que des conséquences négatives, liées à la suspension de l'exécution des actes contestés, pourraient l'emporter sur les avantages qui en résulteront.

VIII. CONFIDENTIALITE DE L'OFFRE DE L'INTERVENANTE

VIII. 1. Arguments des parties

La partie intervenante expose que :

" La partie intervenante dépose son offre à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, ainsi qu'à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

L'offre de la partie intervenante est couverte par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1993) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1 de la loi du 24 décembre 1993).

En effet, à ce stade de la procédure, si – par impossible – Votre Conseil devant suspendre la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Or, si les offres de ceux-ci sont déposées et accessibles à tous, chacun des soumissionnaires aura connaissance des offres des autres compétiteurs, ce qui altérera immanquablement la concurrence dans le cadre de ce marché.

En conséquence, la SA CLOSE souhaite légitimement que son offre – relevant du secret des affaires – ne soit pas mise en possession de la requérante.".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'offre de la partie intervenante peut être soustraite, à ce stade, à la consultation des parties, sans que ne soient affectés la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat sur la nécessité éventuelle de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure.

En effet, cette pièce n'est pas nécessaire, à ce stade, à la solution du litige.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme CLOSE dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

L'offre de la société anonyme CLOSE, déposée par la partie intervenante, est soustraite, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 3.

Est suspendue l'exécution des décisions du 5 avril 2012 prise par l'association de droit public centre hospitalier Valida, d'une part, de retirer sa décision du 9 novembre 2011 attribuant à la société anonyme AXIMA CONTRACTING le marché public relatif aux travaux de réaménagement des unités de soins du centre hospitalier Valida (Cahier spécial des charges 0904-20 Marché 2- HVAC) et, d'autre part, d'attribuer le même marché public à la société anonyme CLOSE.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le quatorze mai deux mille douze par :

M. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Yves HOUYET.