CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.992 du 12 octobre 2012

G./A.206.377/VI-19.702

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée FIRME CH. JAMAR ET FILS,**
2. la société anonyme THERET & FILS,

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

contre :

la ville de Namur,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 septembre 2012, la société privée à responsabilité limitée FIRME CH. JAMAR ET FILS et la société anonyme THERET & FILS sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution des décisions qui suivent :

" - la décision du 28 août 2012, par laquelle la ville de Namur, par voie de son Collège communal, décide de
● retirer sa délibération du Collège communal du 3 avril 2012 par laquelle il attribue le marché […] à l'association momentanée JAMAR-THERET
● approuver les conclusions du rapport d'attribution du 14 juin 2012 et faire siens les motifs de celui-ci
● constater que seules des offres irrégulières ont été déposées, et arrêter la procédure d'attribution précitée sur la base de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993
et propose au Conseil communal de recourir à une procédure négociée sans publicité, sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993;

- la décision de date inconnue par laquelle la ville de Namur, par voie de son Conseil communal, décide de recourir à une procédure négociée sans publicité, sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993.

- la décision de date inconnue de la ville de Namur de ne pas consulter l'association momentanée JAMAR-THERET dans le cadre de cette procédure négociée sans publicité.".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 21 septembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 5 octobre 2012 à 10 heures 30.

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

M^me^ le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Mes Renaud SIMAR et Nathanaëlle MICHEL, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, 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. EXPOSE DES FAITS

III. 1. En 2010, la ville de Namur a lancé un marché de travaux par appel d'offres, portant sur la conception et la réalisation de la rénovation et la mise en conformité des installations techniques de la piscine de Saint-Servais, régi par le cahier spécial des charges n° BEB 304.

III. 2. A défaut d'offre, le collège communal a décidé le 21 décembre 2010 de relancer une nouvelle procédure sur la base du même cahier spécial des charges.

III. 3. Le 28 octobre 2011, deux offres ont été déposées, celle de la société DE GRAEVE et celle de la société momentanée JAMAR-THERET.

III. 4. Le 3 avril 2012, le collège communal a décidé d'attribuer le marché à la société momentanée JAMAR-THERET.

III. 5. Saisi par une requête introduite par la société DE GRAEVE, le Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de cette décision par l'arrêt n° 219.202 du 7 mai 2012 au motif que la ville de Namur ne pouvait pas sélectionner la société momentanée JAMAR-THERET, celle-ci n'ayant pas communiqué l'ensemble des documents relatifs à la sélection qualitative.

III. 6. Le 14 juin 2012 un nouveau rapport d'attribution, dressé par le groupe de travail, a conclu que :
- l'offre de la société momentanée JAMAR-THERET doit être écartée dès lors qu'elle n'a pas joint l'ensemble des documents relatifs à la sélection qualitative exigés "sous peine d'exclusion" à l'article 26 du cahier spécial des charges.
- l'offre de la société DE GRAEVE est entachée de plusieurs irrégularités substantielles (fait nouveau par rapport au premier examen), mais procède cependant à la notation de cette offre au regard des critères d'attribution.

III. 7. Le 28 août 2012, le collège de la partie adverse, adoptant les conclusions du groupe de travail, a décidé :
- de retirer sa décision d'attribution du 3 avril 2012;
- constatant que seules des offres irrégulières avaient été déposées, d'arrêter la procédure d'appel d'offres;
- de proposer au Conseil communal de recourir à une procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il s'agit du premier acte attaqué.

III. 8. Le 5 septembre 2012, la ville de Namur a notifié copie de cette décision et du rapport d'attribution aux parties requérantes en précisant dans le corps de la lettre qu'elle ne pourra pas les consulter dans le cadre de la procédure négociée.

Il s'agit du troisième acte attaqué.

III. 9. Le 10 septembre 2012, le conseil communal a pris la décision de recourir à une procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA DEMANDE DE SUSPENSION

IV. 1. Arguments de la partie adverse

La partie adverse développe longuement que les requérantes n'ont pas intérêt au recours. Elle expose notamment ce qui suit :

" Selon une jurisprudence bien établie de votre Conseil, l'intérêt d'un requérant dans le cadre d'une procédure de marché public consiste à conserver une chance d'en obtenir l'attribution et de l'exécuter lui-même.

En l'espèce, les parties requérantes attaquent notamment la décision de retrait de la décision suspendue par votre Conseil du 3 avril 2012. Les requérantes justifient leur intérêt en ces termes :

«En effet, la décision du 28 août 2012 de la ville de Namur, en revenant sur la décision d'attribution du marché du 3 avril 2012 à l'association momentanée JAMAR-THERET et en mettant un terme à la procédure d'appel d'offres à laquelle a participé l'association momentanée cause grief à la sprl JAMAR & FILS et à la sa THERET & FILS. Cette décision prive en effet l'adjudicataire du marché qui lui avait été attribué.»

Pour justifier d'un intérêt lorsque l'offre d'un soumissionnaire a été jugée irrégulière ou n'a pas été sélectionnée, celui-ci doit démontrer que c'est à tort que son offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été sélectionnée.

En l'espèce, les requérantes reconnaissent elles-mêmes dans leur requête que «tout au plus, la ville de Namur pouvait constater, dans sa décision du 28 août 2012, que l'association momentanée JAMAR-THERET ne pouvait être sélectionnée», et ne contestent pas l'irrégularité de l'offre du seul soumissionnaire concurrent, la société DE GRAEVE.

Partant, elles ne contestent pas le fait que la partie adverse devait arrêter le marché en l'absence d'offres valables. En ce que la requête vise la décision d'arrêter la procédure, elle est par conséquent irrecevable. On constate – de surcroit – qu'aucun moyen spécifique n'est dirigé à l'encontre de cette décision".

Elle ajoute que "la décision de date inconnue de la ville de Namur de ne pas consulter les requérantes dans le cadre de la procédure négociée" n'existe pas.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit que :

" A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices […]".

Il s'ensuit que l'attributaire d'un marché a, en principe, intérêt à poursuivre l'annulation et donc aussi la suspension de l'exécution de la décision de retrait de l'attribution dont il bénéficie.

Toutefois, aucun moyen de la requête n'est, à l'examen, dirigé contre la décision du collège communal de retirer sa délibération du 3 avril 2012 attribuant le marché portant sur la rénovation de la piscine Saint-Servais à la société momentanée JAMAR-THERET. Par conséquent, la demande de suspension est irrecevable en tant qu'elle vise cette décision.

Les autres "décisions" du 28 août 2012 par lesquelles le collège communal décide d'"approuver les conclusions du rapport d'attribution du 14 juin 2012 et faire siens les motifs de celui-ci", de "constater que seules des offres irrégulières ont été déposées, et arrêter la procédure d'attribution" et "propose au Conseil communal de recourir à une procédure négociée sans publicité, sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993" ne sont que des étapes dans la prise des décisions retirant l'attribution du marché décidée le 3 avril 2012 et choisissant la procédure négociée sans publicité comme nouveau mode d'attribution du marché. De telles décisions ne constituent pas des actes susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat.

Quant à la troisième décision attaquée, à savoir celle de ne pas consulter les requérantes dans le cadre de la procédure négociée sans publicité, elle découle directement de l'application de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993 susvisée et de l'article 120bis 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.

En effet, l'article 120bis, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité dispose que :

" En cas d'application de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi, seuls les soumissionnaires dont l'offre répond aux conditions et exigences prévues à cet article peuvent être consultés".

Il s'ensuit que la troisième décision attaquée n'est pas un acte susceptible de recours devant le Conseil d'Etat.

Par conséquent, la demande de suspension n'est recevable qu'en tant qu'elle est dirigée contre la décision du conseil communal du 10 septembre 2012 de recourir à une procédure négociée sans publicité comme nouveau mode d'attribution du marché.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Arguments des parties

a) Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 16, 17 et 18 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des principes d'impartialité de l'autorité administrative, de concurrence et de l'égalité entre soumissionnaires, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

La partie requérante fait valoir qu'au regard des principes d'impartialité, de concurrence et d'égalité, la partie adverse ne pouvait pas raisonnablement faire le choix d'une procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993.

Elle critique le choix de la partie adverse d'engager une troisième procédure d'attribution dans laquelle elle négociera avec une seule société dont l'offre a pourtant été considérée comme substantiellement irrégulière, en tenant à l'écart la seule entreprise qui avait remis antérieurement l'offre la plus intéressante, dont le prix correspondait à l'estimation du marché et qui, entretemps, avait fourni les documents attestant qu'elle présentait la capacité technique requise.

b) La partie adverse soutient que seules des offres irrégulières avaient été déposées et qu'elle pouvait donc faire application de l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993. Elle cite un arrêt du Conseil d'Etat qui étayerait son argumentation. Elle fait observer que "si elle n'a pas recouru à un appel d'offres général en suite de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du 3 avril dernier, c'est au motif qu'elle ne dispose plus du temps nécessaire pour ce faire : le marché doit être attribué avant la fin de l'année (délai de tutelle y compris), sous peine de perdre définitivement les subventions dédiées au marché et, partant, de devoir abandonner le marché faute de crédits budgétaires suffisants. Pour rappel, le marché est en effet subsidié par la Direction générale des pouvoirs locaux – infrasport – de la Région wallonne".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 dispose comme suit :

" Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs […]".

Les cas de dérogation à la règle de publicité sont limitativement énumérés à l'article 17, § 2, susvisé.

L'article 17, § 2, 1°, d) de cette loi est rédigé comme suit :

" Art. 17. § 2. Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque :
1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services :
[…]
d) seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que :
- les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que
- le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure;".

Ces conditions ont pour objectif de maintenir néanmoins un certain degré de concurrence.

Or, en l'espèce, le choix de la procédure attaquée signifie que la partie adverse ne peut négocier qu'avec une seule société qui a déposé une offre jugée substantiellement irrégulière, la société DE GRAEVE, et sans pouvoir modifier substantiellement les conditions initiales du marché, c'est-à-dire les critères d'attribution et les pondérations prévues au cahier spécial des charges.

Les circonstances de l'espèce sont donc assez particulières : aucune concurrence n'existe. Et, malgré deux précédentes procédures d'attribution dudit marché, la partie adverse ne s'est ni interrogée sur les conditions initiales du marché ni sur la possibilité de recourir à des procédures lancées avec abréviation des délais pour les publication et dépôt des offres.

Si la partie adverse jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du mode de passation d'un marché, ce pouvoir doit s'exercer dans le respect de la concurrence, ce qui n’est pas le cas en l’espèce.

Le deuxième moyen est donc sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse fait valoir que si le marché litigieux ne devait pas être attribué avant le 31 décembre 2012, elle perdrait le bénéfice de subsides de la Région wallonne qu'elle espère recevoir.

Outre qu'aucun élément concret ne donne consistance à cette argumentation de la partie adverse, il a déjà été conclu à l'occasion de l'examen du deuxième moyen que cette thèse n'était pas pertinente.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue la décision du 10 septembre 2012 par laquelle le conseil communal de la ville de Namur décide de recourir à une procédure négociée sans publicité, sur la base de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre, le douze octobre deux mille douze par :

M[me]	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M.	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Odile DAURMONT.