

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.133 du 23 octobre 2012

G./A.206.553/VI-19.721

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

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS, Jean-Luc TEHEUX et
Nicolas BOTTIN, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Yves SCHNEIDER et
Philippe COENRAETS, avocats,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 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 5 octobre 2012, la société anonyme RENOTEC sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise le 29 mars 2012 par le GOUVERNEMENT WALLON, représenté par ir. D. DE SMET, Directeur Général des Ponts et Chaussées, conformément aux articles 18 et 20 de l'arrêté du GOUVERNEMENT WALLON du 8 octobre 2009 relatif aux délégations de pouvoirs aux agents statutaires du Service Public de Wallonie, cette décision ayant pour objet d'attribuer à la S.A. GALERE (rue J. Dupont, 73 à CHAUDFONTAINE) le marché de travaux concernant N893 -- BK4,4 – BOUILLON, réparation du pont de Poupehan – BDOA n° 1427, régi par le cahier spécial des charges n° 01.03.02 – 11C91".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 octobre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 18 octobre 2012 à 10 heures 30.

La partie adverse a déposé à l'audience du 18 octobre 2012 une note d'observations et le dossier administratif.

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

Me Nicolas BOTTIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Yves SCHNEIDER, 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. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 3 octobre 2011, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché public de travaux portant sur la "réparation du pont de Poupehan – BDOA n° 1427". Ce marché est soumis à la procédure de l'adjudication publique.

III. 2. A l'expiration du délai de dépôt des offres, soit le 17 novembre 2011 à 11 heures, deux offres sont déposées, la première, par la partie requérante, et la seconde, par la société GALERE.

III. 3. Le 29 mars 2012, la partie adverse décide d'écarter l'offre de la partie requérante et d'attribuer le marché à la société GALERE pour un montant de 374.996,21 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise.

III. 4. Le 21 août 2012, la partie adverse, d'une part, informe la requérante de ce qu'elle "a décidé de ne pas retenir [son] offre, celle-ci n'étant pas l'offre régulière la plus basse", et, d'autre part, notifie à la société GALERE l'approbation de sa soumission.

III. 5. Le 31 août 2012, la requérante sollicite de la partie adverse la communication de la décision motivée d'attribution.

III. 6. Par un courrier du 4 septembre 2012, la partie adverse communique à la requérante la décision motivée du 29 mars 2012, qui est l'objet du présent recours.

IV. RECEVABILITE "RATIONE TEMPORIS" DE LA REQUETE

IV. 1. Thèses des parties

La requérante soutient que sa requête est recevable "ratione temporis", à la faveur d'une argumentation exposée dans les termes suivants :

- " En vertu de l'article 65/8 § 1^{er} [rendu applicable aux marchés n'atteignant pas les seuils européens, selon la requérante, par l'article 65/29] dernier alinéa de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la communication de la décision d'adjudication à tout soumissionnaire non sélectionné doit être effectuée immédiatement par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.
- En l'espèce, la décision prise le 29 mars 2012 a été notifiée à la requérante par pli postal ordinaire du 4 septembre 2012. La décision n'a donc pas été notifiée par pli recommandé ni par télécopieur, courrier électronique ou tout autre moyen électronique à la requérante.
- Il résulte de ce qui précède que le délai d'introduction du recours en suspension d'extrême urgence n'a pas encore pris cours.
- Ceci est confirmé par la jurisprudence de votre Haut Collège, qui a considéré ce qui suit dans un arrêt du 18 avril 2012 (C.E., 18 avril 2012, arrêt n° 218.931) :
- «[...]»
- Dès lors que la communication de la décision attaquée de ne pas retenir l'offre de la société requérante et d'attribuer le marché à un tiers a été effectuée par une lettre recommandée, mais non par télécopieur, par un courrier électronique ou par tout autre moyen électronique, conformément à l'article 65/8, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, le délai de quinze jours dans lequel une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution de marché peut être introduite devant l'instance de recours n'a pas débuté. [...]».
- Le présent recours est en conséquence recevable."

Au titre de l'irrecevabilité du recours déduite de ce qu'à son estime, l'extrême urgence ne serait pas démontrée, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 5. La requérante précise que l'extrême urgence serait établie. Elle se fonde, à cet égard, sur le prescrit de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, qu'elle reproduit d'ailleurs dans sa requête.
- Son raisonnement ne peut toutefois pas être suivi.
- En effet, cet article dispose, tout au plus, que la demande en suspension doit obligatoirement être introduite devant votre Conseil selon une procédure d'extrême urgence.
- La requérante ne démontre donc pas, en se référant à cette seule disposition, que les conditions de l'«extrême urgence» seraient rencontrées.
6. En principe, rappelons que votre Conseil admet que l'extrême urgence est démontrée lorsque la partie requérante veille à introduire son recours endéans le délai de quinze jours visé à l'article 65/23, § 3 de la loi sur les marchés publics :
- «Considérant (...) qu'il apparaît que la requérante a agi dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la même loi; que, prima facie, il paraît pouvoir être admis qu'ainsi, elle justifie de l'extrême urgence;»
- [...]

En l'espèce, la partie requérante n'a toutefois pas agi avant l'expiration de ce délai de quinze jours; en effet, alors que la décision motivée d'attribution de marché lui a été notifiée le 4 septembre 2012, et que celle-ci lui est donc connue depuis cette date, la requérante a attendu un mois complet avant d'introduire son recours (la requête date, pour rappel, du 4 octobre 2012).

7. Certes, à ce sujet, il faut rappeler que la partie adverse n'a pas notifié sa décision à la requérante par pli recommandé.

Toutefois, il ne peut pas en être déduit que la requérante n'était plus tenue, pour introduire sa requête en suspension, par aucun délai.

En effet, il faut rappeler que la requérante a pris connaissance des motifs de la décision d'attribution du présent marché le 4 septembre 2012.

Depuis cette date, la requérante était donc matériellement en mesure d'introduire un recours en suspension devant votre Conseil.

Par ailleurs, il faut rappeler que l'article 65/15 de la loi impose à tout requérant de faire valoir ses droits rapidement, par le biais soit d'une procédure en référé, soit d'une procédure en extrême urgence.

Le simple fait que la requérante ait attendu un mois avant de saisir votre Conseil démontre donc que, pour la requérante elle-même, il n'y avait pas – et il n'y a donc toujours pas – d'urgence.

Il est évident, en effet, que l'extrême urgence n'est plus établie lorsqu'un requérant décide, sans motif valable, d'introduire sa demande en suspension d'extrême urgence plusieurs semaines après avoir pris connaissance des motifs de la décision qui fait l'objet de son recours.

8. Il faut d'ailleurs rappeler, à cet égard, que la seule sanction qui s'attache au non respect, par la partie adverse, des exigences prévues à l'article 65/8, est que le délai de quinze jours visé à l'article 65/23, § 3, ne commence pas à courir.

L'omission d'une formalité prévue à l'article 65/8 ne signifie pas, dès lors, que l'existence d'une situation dite d'extrême urgence ne doit plus être établie.

Si le requérant tarde à introduire son recours en suspension, et ce alors même que les motifs de la décision d'attribution de marché lui sont connus depuis plusieurs semaines, il faut en déduire que, pour le premier intéressé, l'une des conditions moyennant lesquelles la suspension peut être prononcée n'est tout simplement pas – ou plus – satisfaite.

A compter du jour où un requérant prend connaissance des motifs du rejet de son offre, celui-ci est en effet tenu d'agir avec la rapidité qui est inhérente à une procédure en extrême urgence.

Il ne se justifierait pas, d'ailleurs, que votre Conseil suspende une décision d'attribution de marché des mois, voire même des années après que le marché ait été conclu, et ce au seul motif que le pouvoir adjudicateur a omis de notifié sa décision d'attribution par pli recommandé, ou par courrier électronique.

L'extrême urgence n'est donc pas établie."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Pour justifier la recevabilité "ratione temporis" de sa requête, la requérante invoque les dispositions des articles 65/8, spécialement en son § 1^{er}, troisième alinéa, et 65/11, spécialement en son premier alinéa, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Elle soutient que la décision du 29 mars 2012, communiquée par un courrier ordinaire du 4 septembre 2012, ne lui a été notifiée ni par pli recommandé, ni par télécopieur, courrier électronique ou tout autre moyen électronique, de sorte que,

par application des dispositions invoquées, le délai de quinze jours visé à l'article 65/23, § 3 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, n'a pas pris cours.

Les articles 65/8 et 65/11 précités sont libellés comme suit:

" Art. 65/8.

§ 1^{er}. 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.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

- 1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
- 2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;
- 3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

§ 2. La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 65/11 soient applicables.

Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché, la suspension de ce délai prend fin :

- 1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
- 2° en cas de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 65/15;
- 3° en tout cas au plus tard quarante-cinq jours après la communication visée au § 1^{er}."

"Art. 65/11. 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, § 1^{er}, 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.

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution visée à l'article 65/15 est introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur la demande de suspension.

A cette fin, l'auteur de cette demande est invité à avertir l'autorité adjudicatrice dans ce délai, de préférence par télécopieur ou courrier électronique ou tout autre moyen électronique, de l'introduction d'une telle demande.

La conclusion du marché peut avoir lieu au terme du délai visé à l'alinéa 1^{er} lorsqu'aucune demande de suspension n'est introduite dans le délai précité. L'interdiction de procéder à la conclusion du marché bénéficie au seul auteur d'une demande de suspension introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}."

En vertu des articles 65/3 et 65/30 de cette même loi, les dispositions des articles 65/8 et 65/11 sont applicables :

- aux marchés soumis à la publicité européenne,
- aux marchés de travaux soumis à la publicité obligatoire au niveau belge, dont le montant de l'offre à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée se situe entre le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et un montant correspondant à la moitié du montant cité en deuxième lieu, ainsi qu'
- aux marchés dont le pouvoir adjudicateur a volontairement choisi de temporiser la conclusion.

En l'espèce, il n'est pas allégué que le marché litigieux a fait (ou aurait dû faire) l'objet d'une publicité européenne. Par ailleurs, le montant de l'offre à approuver ne justifie pas l'application de l'article 65/30, alinéa 1^{er}. Enfin, il n'apparaît pas que la partie adverse aurait volontairement choisi de temporiser la conclusion du marché.

Dès lors que l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 n'était pas applicable au marché litigieux, la requérante ne peut arguer de ce que la partie adverse ne s'est pas conformée aux modalités de notification imposées par cette disposition, pour soutenir que le délai de recours visé à l'article 65/23, § 3, n'a pas pris cours.

La formalité de double notification n'étant pas requise en l'espèce, il s'impose de considérer que l'envoi du 4 septembre 2012 constitue la communication visée à l'article 65/23, § 1^{er}. Aucune sanction n'est, du reste, prévue par la loi lorsque l'envoi est effectué par pli ordinaire.

La requérante ne soutient pas avoir reçu le courrier du 4 septembre 2012 à une date telle qu'en introduisant sa requête le 4 octobre 2012, le délai de quinze jours visé à l'article 65/23, § 3, n'était pas expiré.

Dans ces circonstances, la requête qui est tardive doit être déclarée irrecevable.

**PAR CES MOTIFS,
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 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-trois octobre deux mille douze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.