CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.237 du 22 avril 2013

G./A.208.337/VI-19.934

En cause : **la société anonyme COFELY SERVICES,**

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

contre :

la Communauté française, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme T.P.F. UTILITIES,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Nathalie FRANCOIS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
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 26 mars 2013, la société anonyme COFELY SERVICES sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision adoptée à une date inconnue par la Communauté française relative à l'attribution du marché de services (lots 1 et 2) relatif à «l'entretien, la garantie totale des installations thermiques, sécurité, sanitaire, d'égouttage, électriques, portes toiture et diverses» concernant le complexe du Forum et du Churchill à Liège, et plus amplement identifiée comme la décision de l'Administration générale de l'Infrastructure, Direction des Infrastructures culturelles

– Marc Varkas, administrateur général, par délégation de Madame la Ministre Fadila Laanan «D'ATTRIBUER les lots 1 et 2 du marché à la société TPF UTILITIES (…)»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme T.P.F. UTILITIES a, par une requête introduite le 18 avril 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 28 mars 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 19 avril 2013 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, 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 marché public dont l'attribution fait l'objet du présent recours est relatif à l'entretien, la garantie totale des installations thermiques, sécurité, sanitaires, d'égouttage, électriques, portes, toiture et diverses portant sur le complexe de cinémas Forum et Churchill situés à Liège.

Il s'agit d'un marché conjoint au sens de l'article 19 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Les pouvoirs adjudicateurs ont désigné le ministère de la Communauté française "pour intervenir, en leur nom collectif, à l'attribution et à l'exécution du présent marché".

III. 2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges CF-MCF-AGI-DIC Forum/Church - 1102570.

La procédure d'attribution retenue est celle de l'appel d'offres général.

Le marché se compose de deux lots : le premier concerne le site du cinéma Forum; le second concerne le site du cinéma Churchill.

Il est conclu pour vingt années, pour un montant, lots confondus, de plus de 150.000 euros par an.

Le cahier spécial des charges comporte cinq critères d'attribution, à savoir :

- le prix de revient du contrat (100 points);
- la qualification du personnel (50 points);
- le GMAO (30 points);
- la cohérence (40 points);
- la présentation de l'offre (30 points).

III. 3. Les offres devaient parvenir au pouvoir adjudicateur pour le 15 octobre 2012.

III. 4. Seules deux offres ont été déposées à cette date, émanant de la requérante et de la société T.P.F. UTILITIES.

III. 5. La requérante a été avertie, par un courrier recommandé daté du 11 mars 2013 qu'elle affirme avoir reçu le 14 mars 2013, de ce qu'aucun des deux lots pour lesquels elle avait soumissionné ne lui avait été attribué.

Aucune notification n'a eu lieu par courrier électronique ou par télécopie.

III. 6. La décision d'attribution du marché a été prise par le "Ministère de la Communauté française Administration générale de l'Infrastructure Direction des Infrastructures DIC", signée par Marc VARKAS, administrateur général a.i., par délégation de la Ministre de la Culture.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 18 avril 2013, la société anonyme T.P.F. UTILITIES demande à être reçue en qualité de partie intervenante. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Rien ne s'oppose à ce que sa demande soit acceptée.

V. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

La requérante demande que soit respecté le caractère confidentiel de son offre afin d'éviter que la société T.P.F. UTILITIES puisse en prendre connaissance en cas d'intervention de sa part.

La partie adverse demande que les offres des deux soumissionnaires soient traitées comme confidentielles, en faisant valoir que leur communication dans le cadre de la procédure porterait atteinte au secret des affaires et de concurrence.

Prima facie, ces demandes peuvent être acceptées.

Il y a lieu d'ordonner que les offres des sociétés COFELY SERVICES et T.P.F. UTILITIES demeurent confidentielles, en application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993.

VI. MOYEN D'OFFICE – INCOMPETENCE DE L'ADMINISTRATEUR GENERAL AD INTERIM

Il ressort des pièces de la procédure que la décision attaquée a été prise "par délégation expresse" par Marc VARKAS, administrateur général ad interim.

Aucune pièce de la procédure ne permet cependant de tenir pour établi que Marc VARKAS ait pu agir sur la base d'une telle "délégation expresse".

Au terme d'une suspension de l'audience demandée par le conseil de la partie adverse, aucune pièce de nature à fonder une telle délégation n'a pu être produite.

Par ailleurs, il n'apparaît pas que Marc VARKAS ait pu prendre la décision attaquée en sa qualité d'administrateur général ad interim.

En effet, la règlementation applicable est la suivante.

Le 14 mai 2009, le gouvernement de la Communauté française a modifié un précédent arrêté du 9 février 1998 portant délégations de compétence et de signature aux fonctionnaires généraux et à certains autres agents des services du gouvernement de la Communauté française – Ministère de la Communauté française.

L'arrêté du 14 mai 2009 porte notamment ce qui suit :

" Art. 7. Dans le même arrêté, au chapitre II, la section II intitulée «Délégations en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services» est remplacée comme suit :

«Section 2. - Délégations en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services
Sous-section 1re. - Dispositions générales

Article 9. La présente sous-section s'applique à l'ensemble des agents des Services du Gouvernement de la Communauté française - Ministère de la Communauté française - dans la limite de leurs compétences et sans préjudice de l'exercice des compétences complémentaires attribuées en application des dispositions reprises sous la sous-section 2.

Article 10. Les limites financières des délégations prévues par le présent arrêté s'entendent taxe sur la valeur ajoutée non comprise.

Article 11. Le pouvoir de choisir le mode de passation du marché, le pouvoir d'engager la procédure, d'opérer la sélection qualitative, d'approuver le cahier spécial des charges ou les documents en tenant lieu et le pouvoir d'approuver les marchés, sont délégués aux titulaires des fonctions reprises à l'annexe du présent arrêté dans les limites financières mentionnées en regard de chacune de ces fonctions, selon le mode de passation retenu et le type de marché.

[…]»".

L'article 21 du même arrêté du 14 mai 2009 est rédigé en ces termes :

" Art. 21. Dans le même arrêté, l'annexe est remplacée comme suit :

«Annexe désignant les autorités déléguées en vertu de l'article 11
(les montants sont exprimés en euro)

Fonctionnaires délégués	Marchés passés par adjudication ou par appel d'offres général	Marchés passés par adjudication restreinte ou par appel d'offres restreint	Marchés passés de gré à gré ou par procédure négociée	Travaux urgents article 11
Secrétaire général ou Secrétaire générale	500.000	250.000	67.000	125.000
Administrateur général ou Administratrice générale	250.000	125.000	50.000	87.500
Directeur général ou Directrice générale	187.500	100.000	37.500	50.000
Directeur général	125.000	50.000	25.000	25.000

adjoint ou directrice générale adjointe				
Directeur ou Directrice	31.000	31.000	12.500	5.500

Pour la détermination des montants susvisés, il doit être fait application des articles 28 et 54 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 l'espèce, le marché litigieux a été passé selon la procédure de l'appel d'offres général, pour une durée de vingt ans, selon les points 1.6 et 1.8 du cahier spécial des charges.

Selon les informations communiquées à l'audience par les parties, son montant estimé est de 150.000 euros par an.

Il ressort de l'article 54, alinéa 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 que le montant estimé des marchés de services à passer sans indication d'un prix total se détermine, en cas de marché d'une durée supérieure à quarante-huit mois, en se fondant sur le montant mensuel estimé multiplié par quarante-huit.

Il s'avère dès lors que le montant estimé du marché dépasse sensiblement, pour l'ensemble de sa durée, la limite financière de 250.000 euros mentionnée dans l'annexe reproduite ci-dessus.

En conséquence, il apparaît que l'auteur de la décision attaquée a excédé sa compétence pour agir sur délégation.

Il y a lieu de soulever d'office, sans attendre une éventuelle requête en annulation, le moyen pris de cette irrégularité, qui touche à l'ordre public.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Thèses des parties

La requérante fait valoir que le marché litigieux présente pour elle une importance particulière, qu'il s'agit d'un marché important en terme financier, que "l'on parle, lots confondus, de plus de 150.000 euros par an et pour 20 années" et que ce marché "permet une forte visibilité à son prestataire, tant sur la Ville de Liège, que dans le domaine des salles de spectacle".

Elle énonce qu'elle est le prestataire de services actuellement en activité sur le site, que la non attribution du marché litigieux l'obligera à réaffecter du personnel sur d'autres sites, lui causant ainsi un préjudice important et certain.

Elle soutient que la suspension de la décision attaquée ne fera pas courir de risque quant à l'entretien et à la maintenance du site, le marché actuellement en vigueur continuant de produire ses effets et ayant, par ailleurs, été prolongé plusieurs fois par le passé et pour des durées très longues.

Elle conclut que la balance des intérêts penche clairement en sa faveur.

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose que la requérante dispose d'une visibilité importante dans l'ensemble de la région de langue française et à Bruxelles dans le domaine des salles de spectacles, que son personnel est limité à un technicien placé sous l'autorité d'un chef d'équipe et d'un ingénieur, aucun ne travaillant à temps plein sur le site et que "la réaffectation de personnel consécutive à la décision attaquée est toute relative pour la requérante".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse se borne à minimiser les inconvénients de l'exécution de la décision attaquée pour la requérante, sans établir que les conséquences négatives de la suspension de cette exécution l'emporteraient sur ses avantages.

Il n'apparaît pas que l'intérêt public puisse être lésé par la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme T.P.F. UTILITIES dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par Marc VARKAS, administrateur général, d'attribuer les lots 1 et 2 du marché relatif à l'entretien, la garantie totale des installations thermiques, sécurité, sanitaire, d'égouttage, électriques, portes toiture et diverses concernant le complexe du Forum et du Churchill à Liège à la société T.P.F. UTILITIES.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les offres des sociétés COFELY SERVICES et T.P.F. UTILITIES demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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 vingt-deux avril deux mille treize par :

MM. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Charles-Henri VAN HOVE, Greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président f.f.,

Charles-Henri VAN HOVE. Paul LEWALLE.