

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.633 du 29 mai 2013

G./A.208.692/VI-19.963

En cause :

1. la société privée à responsabilité limitée PROLOGE,

ayant élu domicile chez
Me Benoît CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253, bte 40,
1180 Bruxelles,

2. la société anonyme ENTREPRISES KOECKELBERG,

ayant élu domicile
rue Noël Sart-Culpart, n° 44,
6060 Charleroi,

ayant formé une société momentanée
PROLOGE-ENTREPRISES KOECKELBERG

contre :

1. la ville de Ciney,

ayant élu domicile chez
Mes Dominique REMY,
Olivier BARTHELEMY, Barbara ROUARD et
Marie-Eve MATERNE, avocats,
rue Léopold et Victorien Barré, n° 32,
5500 Dinant,

**2. l'association intercommunale sous forme de
société coopérative à responsabilité limitée
Bureau économique de la province de Namur,
en abrégé B.E.P.,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur,

Parties intervenantes :

1. la société anonyme THOMAS & PIRON,

ayant élu domicile chez
Me Jean-François JAMINET, avocat,
boulevard Emile de Laveleye, n° 69,
4020 Liège,

**2. l'association intercommunale sous forme de
société coopérative à responsabilité limitée
BUREAU ECONOMIQUE DE LA PROVINCE DE
NAMUR,**
en abrégé B.E.P.,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par un envoi recommandé à la Poste du 30 avril 2013, la société privée à responsabilité limitée PROLOGE et la société anonyme ENTREPRISES KOECKELBERG ont introduit une requête dont l'objet est libellé comme suit:

" Les parties requérantes ont l'honneur de solliciter, sous le bénéfice de l'extrême urgence :

- la suspension des effets de la décision de la Ville de Ciney du 15 avril 2013 qui décide, après avoir déclaré régulière l'offre des requérantes, de ne pas leur attribuer le marché de promotion de travaux 840149/2011/EPC «concernant la conception, la construction, le financement de logement visant à implanter un quartier durable dans le centre de Ciney» pour leur préférer l'offre déposée par THOMAS et PIRON.

[...]

- De refuser, en vertu de la théorie de l'opération complexe et/ou de l'article 159 de la Constitution, de laisser produire des effets ou de suspendre :

- La décision de date inconnue de la Ville de Ciney approuvant le mode de passation et les conditions du marché;

[...]

- Le cahier spécial des charges [...];

- la décision de la Ville de Ciney de reporter la date d'ouverture des offres [...];

- l'avis de marché rectificatif publié en conséquence le 29 juin 2012 au Bulletin des Adjudications et le 4 juillet 2013 au Journal officiel de l'Union européenne [...]

Il s'agit des deuxième, troisième, quatrième et cinquième actes attaqués."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 2 mai 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 21 mai 2013 à 10 heures 30.

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

La société anonyme THOMAS & PIRON a, par une requête introduite le 15 mai 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

L'association intercommunale sous forme de société coopérative à responsabilité limitée Bureau économique de la province de Namur, en abrégé B.E.P., a, par une requête introduite le 15 mai 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Benoît CAMBIER et Pauline LAGASSE, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me Olivier BARTHELEMY, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, Me Jean-François JAMINET, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la seconde 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. Par une délibération du 24 octobre 2011, le conseil communal de la ville de Ciney a notamment approuvé le mode de passation, le cahier spécial des charges et l'avis de marché relatifs à un marché public de travaux sur le site dit de "l'EPC". Ce marché a pour objet la construction d'un ensemble de logements en un quartier respectant les principes du développement durable. Il doit être passé selon la procédure de l'appel d'offres général.

En vue de la passation de ce marché et de l'élaboration du cahier spécial des charges qui s'y rapporte, un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage avait été attribué au Bureau économique de la province de Namur, en abrégé B.E.P. L'attribution de ce marché avait été décidée à la faveur d'une délibération du conseil communal de la ville de Ciney, le 10 août 2009.

III. 2. A la suite d'observations formulées par l'autorité de tutelle, relatives à la méthode de calcul annoncée pour l'un des sous-critères d'attribution du marché, le conseil communal de la ville de Ciney a, en sa séance du 16 janvier 2012, approuvé le cahier spécial des charges corrigé et l'avis de marché destiné à être publié. Le mode de passation est toujours l'appel d'offres général.

III. 3. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 20 mars 2012, ainsi qu'aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne du 22 mars 2012.

III. 4. La date de la séance d'ouverture des offres annoncée tant dans le cahier spécial des charges que dans l'avis de marché était le 2 juillet 2012.

III. 5. Un avis rectificatif, annonçant le report de la séance d'ouverture des offres à la date du 17 juillet 2012, a été publié le 29 juin 2012 au Bulletin des adjudications, et le 4 juillet 2012 aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne.

III. 6. Ainsi qu'il ressort de la pièce n° 7 du dossier administratif, une séance d'ouverture des offres, à laquelle a assisté le bourgmestre de la ville de Ciney, a eu lieu le 2 juillet 2012, et ce en dépit de l'avis rectificatif annonçant le report de cette séance à la date du 17 juillet 2012. Le procès-verbal établi à la suite de cette séance constate qu'aucune offre n'a été déposée.

III. 7. Le procès-verbal de la séance d'ouverture des offres tenue le 17 juillet 2012 fait apparaître que deux offres ont été déposées, respectivement par les requérantes, en société momentanée, et la société THOMAS & PIRON.

III. 8. Le 10 septembre 2012, le collège communal de la ville de Ciney a décidé d'attribuer le marché à la société THOMAS & PIRON. Cette décision a été notifiée à l'attributaire du marché le 4 décembre 2012, sans que soit annoncé le respect d'un délai de "standstill".

III. 9. Le 9 janvier 2013, les requérantes introduisent une action en déclaration d'absence d'effets devant le tribunal de première instance de Dinant.

III. 10. Le 11 mars 2013, le conseil de la société THOMAS & PIRON a adressé un courrier officiel au conseil de la ville de Ciney pour lui faire part de "[...] l'acceptation de [sa] cliente pour considérer que le contrat susmentionné est résolu de

commun accord avec effet rétroactif au 3 décembre 2012, sous toutes réserve et sans reconnaissance préjudiciable. [...]".

III. 11. Le 18 mars 2013, le collège communal de la ville de Ciney a décidé :

" D'approuver en substance les termes repris en son courrier du 11 mars 2013 par Maître Jean-François JAMINET, avocat de la SA THOMAS et PIRON à propos de l'acceptation de sa cliente pour considérer que le contrat officiel notifié par courrier du 3 décembre 2012 est résolu de commun accord avec effet rétroactif à la même date et ce, sous toute réserve et sans reconnaissance préjudiciable".

III. 12. Le 30 mars 2013, le collège communal de la ville de Ciney a retiré sa décision d'attribution du 10 septembre 2012.

III. 13. Le 15 avril 2013, le collège communal de la ville de Ciney a décidé à nouveau d'attribuer le marché à la société THOMAS & PIRON. Cette décision constitue le premier acte attaqué.

IV. DESIGNATION DES PARTIES ADVERSES

Au stade de la fixation de la présente affaire, le B.E.P. a été désigné en tant que seconde partie adverse par l'ordonnance n° 1142-F du 2 mai 2013, les termes de la requête ne permettant pas d'exclure que pareille qualité dût lui être reconnue.

Il ressort des écrits de procédure et des débats que, dans le cadre de la passation du marché public litigieux, le B.E.P. a accompli une mission d'assistance de maîtrise d'ouvrage et a conseillé la ville de Ciney.

En dépit de l'importance du rôle joué par B.E.P. dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, il n'apparaît pas, en la circonstance, que la qualité de partie adverse doive lui être reconnue.

En conséquence, le B.E.P. doit être mis hors de cause dans le cadre de la présente procédure, en tant que partie adverse.

V. REQUETES EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 15 mai 2013, la société anonyme THOMAS & PIRON demande à intervenir dans la procédure en référé. 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 cette demande soit accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Par une requête introduite le 15 mai 2013, le B.E.P. demande à intervenir dans la procédure en référé. Ayant participé au processus d'élaboration du premier acte attaqué, notamment en procédant à l'analyse des offres, que critiquent les requérantes, il a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

VI. RECEVABILITE QUANT A LA DECISION D'AGIR

VI. 1. Thèses des parties

A. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste la recevabilité de la requête, au regard des exigences relatives à la décision d'agir prise par la société anonyme ENTREPRISES KOECKELBERG. Elle s'y exprime en ces termes :

" La société momentanée Prologe et Koeckelberg, constituée de la première et de la seconde requérantes, a déposé une offre dans le cadre du marché public lancé par la partie adverse;

Eu égard à cet élément, la requête aurait dû être introduite par la société momentanée car elle est la seule à avoir un intérêt direct au recours;

Toutefois, dans la mesure où une société momentanée n'a pas en droit belge de personnalité juridique et obéit dès lors en ce qui concerne sa capacité d'agir en justice, à un régime comparable à celui d'une association de fait, il est requis dans ce cas que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, tous les membres de l'association momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice (C.E., arrêt n°182.270 du 23 avril 2008);

Dans le cadre de la présente procédure, les deux requérantes attaquent la décision du 15 avril 2013 de la partie adverse. Il s'en déduit dès lors que qu'il n'existe pas de clause de représentation en justice dans leur contrat d'association;

Les deux requérantes produisent d'ailleurs au sein de leurs pièces (pièces n° 7 et n° 8), leur décision d'agir devant Votre Conseil;

Il échet de constater que la décision d'ester de la seconde requérante (la SA Koeckelbergh) a été adoptée par un seul administrateur : le Sieur Norbert Koeckelberg;

Or, l'article 12 des statuts de cette société mentionne que : «la société est administrée par un conseil composé de trois administrateurs au moins, actionnaires ou non, nommés pour six ans au plus par l'assemblée générale, en tout temps révocables par elle»;

L'article 15, 1° des statuts de cette société précise quant à lui que : «Le conseil d'administration peut délibérer et statuer valablement si la moitié au moins de ses membres sont présents ou représentés.

Tout administrateur peut donner par écrit, par tout moyen de transmission, à un de ses collègues délégation pour le représenter à une réunion du conseil et y voter en son lieu et place»;

En l'espèce, seul un administrateur était présent et la seconde requérante ne démontre pas que la décision du conseil d'administration aurait été prise par consentement unanime des administrateurs exprimé par écrit;

Par conséquent, le conseil d'administration n'a pas délibéré valablement car celui-ci ne comptait pas le quorum de présence exigé par l'article 15 des statuts;

Compte tenu du fait que la décision d'introduire le recours doit être prise par le conseil d'administration de la requérante régulièrement composé, la requête déposée par la seconde requérante est irrecevable;

Votre Conseil s'est déjà prononcé en la matière [...].

Eu égard à ce qui précède, la requête n'est pas recevable car l'irrégularité de cette décision d'introduire un recours rejaillit sur la recevabilité du recours de l'ensemble des associés momentanés (C.E., arrêt n° 188.377 du 28 novembre 2008);

La présente requête est donc irrecevable;".

B. Requête en intervention de la première partie intervenante

Dans sa requête en intervention, la société THOMAS & PIRON fait valoir ce qui suit :

" 14. L'offre déposée dans la procédure litigieuse l'a été, sauf erreur, au nom de l'association momentanée regroupant la SPRL Prologe et la SA Entreprises Koeckelberg.

Il résulte d'une jurisprudence constante de Votre Conseil, qu'une société momentanée n'ayant pas en droit belge de personnalité juridique, qu'elle obéit, en ce qui concerne sa capacité d'agir en justice, à un régime comparable à celui d'une association de fait. Il est requis dans ce cas que tous les membres de l'association momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice (voir notamment C.E., 28 novembre 2008, n° 188.377 et C.E., 27 janvier 2012, n° 217.590).

Ensuite, suivant une jurisprudence constante de Votre Conseil (voir notamment C.E., 28 novembre 2008, n° 188.377 ; C.E., 30 mars 2011, n° 212.320; C.E., 17 mai 2011, n° 213.267; C.E., 27 janvier 2012, n° 217.590; ...), la décision d'introduire le recours doit être prise par le conseil d'administration de la requérante régulièrement composé.

En ce qui concerne la société anonyme de droit belge Entreprises Koeckelberg, l'article 522 § 2 du code des sociétés dispose comme suit :

«Le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice soit en demandant, soit en défendant. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seul, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenu, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées».

Les dispositions des statuts de la SA Entreprises Koeckelberg pertinentes pour identifier l'organe habilité à décider d'ester en justice sont les suivantes :

«Article 15 - Délibérations du conseil d'administration

1°- Le conseil d'administration peut délibérer et statuer valablement si la moitié au moins de ses membres sont présents ou représentés ...

Article 17 - Pouvoirs du conseil

Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale.

Article 18 - Gestion journalière

1°- Le conseil d'administration peut conférer la gestion journalière de la société ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion et confier la direction de l'ensemble ou d'une partie des affaires sociales :

- soit à un ou plusieurs de ses membres qui portent le titre d'administrateur délégué;
- soit à un ou plusieurs directeurs ou fondés de pouvoirs choisis hors ou dans son sein ...

Article 19 – Représentation

La société est représentée, y compris dans les actes et en justice :

- soit par deux administrateurs agissant conjointement ou par un administrateur délégué;
- soit, mais dans les limites de la gestion journalière, par le ou les délégués à cette gestion qui ne seraient pas administrateurs, agissant ensemble ou séparément...»

La décision d'agir en justice produite par cette société est prise par le conseil d'administration réuni le 30 avril 2013 et uniquement composé de Monsieur Norbert Koeckelberg, Monsieur Claude Dewolf et Mesdames Isabelle et Françoise Koeckelberg étant absents et/ou excusés. Le procès-verbal de ladite réunion mentionne que «le quorum étant réuni, le conseil peut délibérer valablement et prendre toute décision utile sans qu'elle doive justifier de l'accomplissement des formalités relatives aux convocations du conseil d'administration».

Il résulte tant du texte de ce procès-verbal que du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 2 mars 2012 (déposé au Tribunal de commerce de Charleroi le 22 mars 2012) qu'à la date du 30 avril 2013, le conseil d'administration de la SA Entreprises Koeckelberg comptait au moins trois membres, étant Monsieur Norbert Koeckelberg et Mesdames Isabelle et Françoise Koeckelberg (aucune nomination du sieur Claude Dewolf n'ayant été publiée).

Il ressort de ce qui précède que, contrairement à ce qui est affirmé dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la SA Entreprises Koeckelberg du 30 avril 2013, la décision d'introduire le présent recours n'a pas été prise par le conseil d'administration régulièrement composé puisque, le 30 avril 2013, celui-ci ne comptait qu'un membre sur trois ou quatre, soit moins que le quorum des présences prévues à l'article 15, 1° des statuts.

Faute d'avoir été prise par son conseil d'administration conformément à ses statuts, la décision d'ester prise au nom de la société anonyme de droit belge Entreprises Koeckelberg est irrégulière.

Tous les membres de l'association momentanée soumissionnaire n'ayant pas décidé régulièrement d'agir en justice, la requête en subvention [lire suspension] est irrecevable."

C. Requête en intervention de la seconde partie intervenante

Dans sa requête en intervention, le B.E.P. développe l'argumentation suivante :

" 20. L'article 15 des statuts coordonnés de la société Koeckelberg indique que le conseil d'administration «peut délibérer et statuer valablement si la moitié au moins de ses membres sont présents ou représentés».

Il résulte par ailleurs du PV de l'assemblée générale de cette société du 2 mars 2012 que ses administrateurs sont actuellement :

- Monsieur Claude Dewolf;
- Monsieur Norbert Koeckelberg;
- Madame Isabelle Koeckelberg;
- Madame Françoise Koeckelberg.

21. Le PV de la réunion du conseil d'administration du 30 avril 2013 de la société Koeckelberg révèle que seul était présent à cette réunion Monsieur Norbert Koeckelberg. Le procès-verbal n'indique pas que ce dernier était mandaté par les membres absents du conseil d'administration.

Le conseil d'administration, à défaut du quorum prévu par les statuts, n'a donc pas valablement délibéré sur la question de la saisine du Conseil d'Etat d'un recours en suspension.

La requête en suspension est dès lors irrecevable."

D. Pièces produites à l'audience

A l'audience du 21 mai 2013, un des conseil des requérantes a produit un extrait du procès-verbal d'une réunion du conseil d'administration de la société ENTREPRISES KOECKELBERG du 19 avril 2013 à laquelle assistaient trois administrateurs et à l'occasion de laquelle l'introduction de la présente requête avait été décidée. Il a précisé que c'est dans un souci de prudence qu'une nouvelle décision a été prise le 30 avril 2013, détaillant l'ensemble des actes critiqués. Il a ajouté que la décision prise par l'administrateur délégué le 30 avril 2013 relève des pouvoirs de celui-ci, conformément à l'article 19 des statuts de la société.

Les autres parties ont émis des doutes sur l'antériorité de cette décision qui n'est produite que lors de l'audience.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 522, § 2, du code des sociétés, applicable aux sociétés anonymes, dispose comme suit :

" Le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité

à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées."

L'article 19 des statuts de la société ENTREPRISES KOECKELBERG est libellé comme suit :

" La société est représentée, y compris dans les actes et en justice :

- soit par deux administrateurs agissant conjointement ou par un administrateur délégué;
- soit, mais dans les limites de la gestion journalière, par le ou les délégués à cette gestion qui ne seraient pas administrateurs, agissant ensemble ou séparément.

Ces représentants n'ont pas à justifier vis-à-vis des tiers d'une décision préalable du conseil d'administration.

En outre, la société est valablement engagée par des mandataires spéciaux dans les limites de leur mandat".

Dès lors que le pouvoir de représentation en justice comprend celui de prendre la décision d'ester en justice, il suffit de constater que, même si Norbert KOECKELBERG était le seul administrateur présent lors de la réunion du conseil d'administration du 30 avril 2013, la décision d'ester prise au cours de cette "réunion" relève de celles que cette personne est habilitée à prendre seule en sa qualité d'administrateur-délégué de la société. Il n'y a pas lieu de considérer comme cause de nullité de cette décision le fait qu'elle soit présentée comme émanant du conseil d'administration lui-même, et non de l'administrateur délégué agissant en cette qualité.

Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VII. RECEVABILITE QUANT AU DELAI D'INTRODUCTION DE LA REQUETE

VII. 1. Thèse du B.E.P.

Dans sa requête en intervention, le B.E.P. fait valoir ce qui suit :

" 22. Les requérantes demandant notamment la suspension :

- De la décision de date inconnue de la Ville de Ciney approuvant le mode de passation et les conditions du marché;
- Du cahier spécial des charges;
- De la décision de la Ville de Ciney de retarder l'ouverture des offres;

- De l'avis de marché rectificatif publié en conséquence le 29 juin 2012 au Bulletin des Adjudications et le 4 juillet 2013 au Journal officiel de l'Union européenne.

23. L'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit que «la demande en suspension visée à l'article 65/15 est introduite dans un délai de quinze jours» et que ce délai commence à courir «à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas».

En l'occurrence, les requérantes :

- Ont pu déduire l'existence d'une décision relative au mode de passation du marché dès la publication de l'avis de marché, le 20 mars 2012.
- Ont pris connaissance du cahier spécial des charges bien avant le dépôt de leur offre, le 17 juillet 2012.
- Ont pris connaissance de la décision relative au report de l'ouverture des offres lors de la publication au bulletin des adjudications de l'avis de marché modificatif, le 28 juin 2012.
- Ont pris connaissance de l'avis de marché modificatif le 28 juin 2012 et (pour le JOUE) le 4 juillet 2012.

Les recours en suspension et en annulation sont manifestement irrecevables en ce qu'ils visent ces actes."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu de l'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la demande de suspension doit être introduite dans un délai de quinze jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte sur lequel elle porte.

Le recours introduit le 30 avril 2013 contre les deuxième, troisième, quatrième et cinquième actes attaqués dont les requérantes connaissaient nécessairement l'existence depuis plus de quinze jours est tardif. En conséquence, la demande doit être déclarée irrecevable en tant qu'elle porte sur ces actes.

La circonstance que la demande ne peut être accueillie en tant qu'elle porte sur les deuxième, troisième, quatrième et cinquième actes attaqués, n'exclut pas que la légalité de ceux-ci soit, en vertu de l'article 159 de la Constitution, contrôlée à titre incident, dans le cadre de l'examen de la demande de suspension ainsi limitée. L'illégalité de l'un ou plusieurs d'entre eux pourrait vicier le premier acte attaqué.

VIII. RECEVABILITE QUANT A L'OBJET

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, ipso facto, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par les requérantes, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de leur attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux aux requérantes, la demande est irrecevable.

IX. TROISIEME MOYEN – PREMIERE BRANCHE

IX. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un troisième moyen pris de :

"[...] la violation de :

- la Constitution, notamment de ses articles 10, 11, 33, 41;
- le Code de la démocratie locale, notamment de ses articles L-1222-3 et L-1222-4;
- la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services », notamment de ses articles 6, 65/4 et 65/5;
- la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 «relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services» notamment de son article 2;
- la loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs», notamment de ses articles 2 et 3;
- l'arrêté royal du 8 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics», notamment de ses articles 104, § 2 et 106;
- les principes généraux du droit, notamment de bonne administration, d'égalité, de transparence, de libre concurrence, de l'indisponibilité des compétences, de celui qui veut que tout acte administratif repose sur des causes et motifs légalement admissibles et du principe Patere legem quam ipse fecisti;
- le cahier spécial des charges, notamment de son point 6;
- l'avis de marché tel que publié les 20 (Bulletin des adjudications) et 22 mars 2012 (Journal officiel de l'Union européenne);

De l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs;

EN CE QUE l'avis de marché publié les 20 et 22 mars 2012, ainsi que le cahier spécial des charges (cf. point 6) prévoient que l'ouverture des offres aura lieu le lundi 2 juillet à 10 h;

Que la société THOMAS et PIRON adresse au BEP, le 4 juin 2012, une série de questions relatives à l'interprétation du cahier spécial des charges;

Que, le 26 juin 2012, le BEP, par l'intermédiaire de Madame Nancy MAHAUX, adresse un courriel au Bourgmestre lui soumettant les réponses aux questions posées par la société THOMAS et PIRON; qu'elle précise que «Nous sommes également tenus de modifier la date d'ouverture des offres. Nous vous proposons de la faire le 17 juillet à 10h à l'Administration en lieu et place du 2 juillet et ceci afin que les soumissionnaires puissent prendre en compte les informations complémentaires»; que, suite à un rappel du BEP, la Ville aurait répondu le 28 juin 2012 «ok sur la date et proposition de réponse»;

Qu'en conséquence, un avis rectificatif est publié le 29 juin 2012 au Bulletin des adjudications – soit le dernier jour ouvrable avant le dépôt des offres –, et le 4 juillet 2012 au Journal officiel de l'Union européenne avec pour seule précision :

«L'ouverture des offres est prévue le mardi 17.7.2012 (10:00) à l'administration communale de Ciney en lieu et place du 2 juillet 2012.

Des informations complémentaires sont disponibles. Les soumissionnaires sont tenus de faire la demande par mail à l'adresse nma@bep.be afin d'avoir la liste des informations complémentaires. Cette liste leur sera envoyée par mail sur demande écrite reçue»;

ALORS QUE la décision de reporter l'ouverture des offres et, par voie de conséquence, l'avis rectificatif a été adoptée par un fonctionnaire portant le nom de MILCAMPS, voire par le Bourgmestre; que ni l'un, ni l'autre n'étaient compétents pour ce faire (article 1^{er});

ALORS QUE le report de l'ouverture des offres intervenu aussi tardivement est à l'origine d'une rupture de l'égalité entre les soumissionnaires, ce d'autant que compte tenu des congés du bâtiment, l'architecte des requérantes en charge de l'établissement de l'offre dans le cadre du marché litigieux, Monsieur Damien FRANZEN, a planifié ses vacances en Norvège du 1^{er} au 20 juillet 2012 (article 2);"

Les développements relatifs à la première branche de ce moyen sont exposés dans les termes suivants :

" Article 1^{er} – Première branche : Incompétence de l'auteur de la décision

1. Il ressort des articles L-1222-3 et L-1222-4 du Code de la démocratie locale que seul le Conseil communal est compétent pour fixer les conditions du marché, en ce compris la date de l'ouverture des offres.

A titre subsidiaire, si l'on devait considérer que la date d'ouverture des offres ne constitue pas une condition du marché – quod non –, la décision de modifier celle-ci relevait alors, à tout le moins, de la compétence du Collège communal.

En toute hypothèse, le Bourgmestre et, a fortiori, un fonctionnaire communal n'étaient pas compétents pour décider seul de modifier la date d'ouverture des offres telle que prévue par l'avis de marché initial et le cahier spécial des charges en violation de ces documents, des articles 33 et 41 de la Constitution, des articles

L-1222-3 et L-1222-4 du Code de la démocratie locale, de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 et du principe de l'indisponibilité des compétences.

C'est ce que reconnaît explicitement le BEP dans ses conclusions de synthèse en écrivant en page 13 que :

«La décision de retarder la date d'ouverture des offres n'est pas l'une des "conditions du marché". Elle fait partie de la gestion de la procédure de passation, qui relève de la compétence propre du Collège communal».

Le B.E.P. fait toutefois valoir que cet argument ne serait pas recevable dans le cadre d'un recours judiciaire en absence d'effet. Cette exception, à supposer même qu'elle soit fondée – quod non –, n'est plus valable dans la présente procédure.

2. L'incompétence est d'autant plus établie que le courriel marquant l'accord de la Ville émane d'un fonctionnaire communal. Il a été envoyé par «gmilcamps@cinney.be» et donc pas par le Bourgmestre et ne fait même aucunement référence à l'accord de celui-ci. Ce courriel n'est même signé par personne.

3. Il y a dès lors lieu de refuser de laisser produire des effets et/ou de suspendre la décision de report de l'ouverture des offres et l'avis rectificatif adopté en conséquence (théorie de l'opération complexe et/ou article 159 de la Constitution).

Par conséquent, on constate que le dépôt et l'ouverture des offres se sont déroulés en violation de l'avis de marché initial tel que publié les 20 et 22 mars 2012, du point 6 du cahier spécial des charges, des articles 104, § 2 et 106 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*. Dès lors que la décision d'attribution du 15 avril 2013 retient une offre déposée tardivement, celle-ci est illégale et n'est pas légalement motivée (violation des art. 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993, des art. 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et du principe général de droit qui veut que tout acte repose sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et légalement admissibles).

4. Pour autant que de besoin, on relèvera que les requérantes n'ont pas à établir qu'elles ont intérêt au moyen puisque celui-ci est d'ordre public.

Au demeurant, elles y ont intérêt puisqu'elles n'ont pas pu profiter du délai supplémentaire (cfr. infra : art. 2).

De plus, à la suite de ce moyen, c'est toute la procédure qui devra être recommencée et les requérantes auront donc l'occasion de déposer une nouvelle offre.

Par conséquent le moyen en sa première branche est sérieux."

B. Note d'observations

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

- " En ce qui concerne l'incompétence de l'auteur de la décision, L'article L1222-3 du CDLD prévoit que le conseil communal «choisit le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services et en fixe les conditions». L'article L1222-4 du CDLD stipule que le Collège «engage la procédure et attribue le marché»;

Il faut admettre que le soin d'engager la procédure comporte notamment les mesures de publicités et la communication des cahiers des charges et les autres informations nécessaires aux différents soumissionnaires;

Par conséquent, la décision de retarder la date d'ouverture des offres ne constitue pas une «condition du marché» comme mentionné dans l'article L.1222-3 du CDLD mais elle fait partie de la gestion de la procédure de passation et elle relève donc de la compétence propre du Collège communal;

En l'occurrence, le courriel marquant l'accord de la Ville émane du Bourgmestre contrairement à ce qu'affirment les deux requérantes;

En effet, Monsieur Milcamps était le Bourgmestre à l'époque des faits;

La décision n'émane donc pas d'un fonctionnaire communal;

C'est à tort que les deux requérantes invoquent l'annulation de cet avis rectificatif dans la mesure où elles n'ont pas d'intérêt à invoquer cette annulation;

En effet, l'avis rectificatif est un acte purement préparatoire qui ne modifie pas par lui-même la situation juridique des requérantes et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat car pour être recevable une requête doit poursuivre l'annulation d'un acte administratif exécutoire;

Cet acte n'est qu'un élément de l'opération complexe d'un marché public qui aboutira à la désignation de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux envisagés;

L'acte litigieux ne possède pas d'autre objet que de modifier la date de l'ouverture des offres et d'informer les soumissionnaires de l'existence d'informations complémentaires;

Ces informations ont été portées à la connaissance des deux requérantes, il leur appartenait donc de profiter de ce délai supplémentaire pour effectuer des modifications éventuelles surtout que Monsieur Franzen n'était pas encore parti en vacances car il ne partait que le 1^{er} juillet et que l'avis a été publié le 29 juin;

Cet acte ne cause en outre pas préjudice aux requérantes car elles ont eu connaissance de cette modification dans les délais et ont obtenu les informations supplémentaires avant le départ de Monsieur Franzen;

Force est d'admettre que cette prise de décision du Bourgmestre n'a pas compromis les chances des requérantes d'obtenir le marché;

Le moyen en sa première branche n'est donc pas recevable;"

C. Requête en intervention de la première partie intervenante

Dans sa requête en intervention, la société THOMAS & PIRON réfute le moyen, en sa première branche, dans les termes suivants :

" E.2.1. Défaut d'intérêt au moyen

20. Il est constant que les parties requérantes en suspension ont déposé leur offre le 17 juillet 2012 et non le 2 juillet 2012.

Leur troisième moyen ayant pour objet «de refuser de laisser produire des effets et/ou de suspendre la décision de report de l'ouverture des offres et l'avis rectificatif

adopté en conséquence», il en ressort que leur offre serait tardive et devrait donc être écartée si leur moyen était déclaré sérieux ou fondé.

En outre, les parties requérantes en suspension reprochent notamment à la partie adverse de ne pas les avoir informées des questions posées par la requérante en intervention, alors que cette dernière n'a pas non plus été informée des questions posées par l'auteur de projet des parties requérantes en suspension (voir e-mails des 19 avril 2012 et 14 mai 2012 mentionnés par les parties requérantes en suspension mais non déposés) ! Bien plus, la partie requérante en intervention n'a pas reçu les réponses à ses questions, en sorte que si l'argumentation des parties requérantes en suspension était déclarée sérieuse ou fondée, elle aboutirait à l'annulation d'une éventuelle décision qui leur attribuerait le marché.

Les parties requérantes en suspension n'ont donc pas intérêt au moyen.

E.2.2. Sur la première branche : incompétence de l'auteur de la décision

21. La requérante en intervention n'étant pas au fait du déroulement de la procédure au sein de la partie adverse, elle se réfère à la note d'observation de celle-ci et à l'appréciation de Votre Conseil.

Signe toutefois de la crédibilité des allégations des parties requérantes en suspension, qui font réellement flèche de tout bois, celles-ci soutiennent que le courriel marquant l'accord de la ville émanerait d'un fonctionnaire communal et non du bourgmestre, alors que l'adresse «gmilcamps@ciney.be» qu'elles évoquent est précisément celle de Monsieur Guy Milcamps, bourgmestre de l'époque ...".

D. Requête en intervention de la seconde partie intervenante

Dans sa requête en intervention, le B.E.P. fait valoir ce qui suit :

" a) Défaut d'intérêt au moyen

35. Les requérantes n'ont pas d'intérêt au moyen.

Elles ont pris connaissance de l'avis rectificatif en temps voulu et ont décidé de ne pas déposer leur offre dans le délai initialement fixé.

La suspension de la décision d'attribution sur le fondement de ce moyen n'apporterait dès lors aux requérantes aucune chance de se voir attribuer le marché. Dès lors, elles n'ont pas d'intérêt au moyen.

b) Première branche

36. Les requérantes soulignent que la décision de reporter l'ouverture des offres a été prise par un Monsieur Milcamps, alors qu'elle aurait dû l'être par le conseil communal.

37. A cet égard, on relèvera en premier que gmilcamps@ciney.be est l'adresse e-mail de Monsieur Guy Milcamps, qui était alors le Bourgmestre de Ciney.

38. L'article L1222-3 du CDLD prévoit que le conseil communal «choisit le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services et en fixe les conditions». L'article L1222-4 du CDLD prévoit que le Collège «engage la procédure et attribue le marché».

La doctrine considère que le soin d'engager la procédure comporte notamment les mesures de publicité et la communication des cahiers des charges et autres informations indispensables aux soumissionnaires potentiels.

La décision de retarder la date d'ouverture des offres n'est pas l'une des «conditions du marché». Elle fait partie de la gestion de la procédure de passation, qui relève de la compétence propre du Collège communal.

39. Certes, le Bourgmestre a en l'occurrence pris seul, dans un premier temps, la décision de reporter l'ouverture des offres (voir pièce 17).

Cette décision a néanmoins été approuvée par le Collège communal, comme tous les autres actes posés dans le cadre de la procédure d'attribution (réponse aux questions des soumissionnaires, ouverture des offres, analyse des offres, précisions éventuellement demandées aux soumissionnaires...) lors de la prise de la décision d'attribution.

L'article L1222-4 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation a donc bien été respecté."

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

En sa première branche, le moyen a trait à la compétence de l'auteur de la décision entreprise. Il revêt un caractère d'ordre public. En conséquence, les requérantes ne doivent pas se prévaloir d'un intérêt à le soulever. Le moyen est donc recevable.

L'élaboration de l'avis de marché consiste en l'encodage des informations relatives aux modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché, telles que les a préalablement arrêtées l'organe compétent du pouvoir adjudicateur.

S'il peut se concevoir que l'élaboration de l'avis annonçant le report de la séance d'ouverture des offres soit assurée par un agent de la partie adverse désigné à cette fin ou par un collaborateur de l'assistant à maîtrise d'ouvrage, il n'en demeure pas moins que la décision tendant à ce report doit avoir été prise au préalable par l'autorité compétente à cet égard.

Les articles L 1222-3 et L 1222-4 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation sont libellés comme suit :

" Art. L1222-3.

Le conseil choisit le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services et en fixe les conditions.

Il peut déléguer ces pouvoirs au collège communal pour les marchés relatifs à la gestion journalière de la commune, dans les limites des crédits inscrits à cet effet au budget ordinaire.

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le (collège communal) peut d'initiative exercer les pouvoirs du conseil visés à l'alinéa 1^{er}. Sa décision est communiquée au conseil communal qui en prend acte, lors de sa prochaine séance.

Art. L1222-4.

Le collège communal engage la procédure et attribue le marché. Il peut apporter au contrat toute modification qu'il juge nécessaire en cours d'exécution, pour autant qu'il ne résulte pas de dépenses supplémentaires de plus de 10 %."

En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer si c'est le conseil communal ou le collège communal qui était compétent pour décider le report de la séance d'ouverture des offres, dès lors qu'aucune délibération ayant un tel objet et émanant de l'un ou de l'autre de ces organes n'est produite pas la partie adverse.

Il suffit de constater que la seule décision évoquée par les parties est celle qu'aurait prise le bourgmestre de la partie adverse, et dont rendrait compte un courriel du 28 juin 2012, adressé en réponse à la demande de report formulée par une collaboratrice du B.E.P., et rédigé comme suit : "OK sur date et proposition de réponse".

Si ce courriel non signé semble avoir été expédié depuis l'adresse de courrier électronique du bourgmestre, il n'est nullement acquis que celui-ci a pris la décision dont la partie adverse entend lui attribuer l'autorité. L'adoption d'une telle décision semble d'ailleurs contredite par le fait – attesté par la pièce n° 7 du dossier administratif – que le bourgmestre a assisté à une séance d'ouverture des offres à la date, initialement fixée, du 2 juillet 2012, ce qui laisse raisonnablement supposer qu'il ne s'est pas prononcé, le 28 juin 2012, sur un report de cette séance.

Dès lors que l'existence d'une décision prise par le bourgmestre de la partie adverse n'est pas établie, il n'y a pas lieu d'avoir égard à l'argument développé par le B.E.P., aux termes duquel la décision d'attribution du marché litigieux, adoptée par le collège communal, emporterait approbation de la décision de report prise par le bourgmestre.

Dans ces circonstances, il n'apparaît pas qu'une décision de report de la séance d'ouverture des offres aurait été adoptée au préalable par l'autorité compétente à cet égard.

L'illégalité de cette décision, révélée au terme d'un examen effectué en extrême urgence, affecte nécessairement la décision d'attribution du marché litigieux. En effet, dès lors que – à supposer qu'elle existe – il n'y a pas lieu de donner effet à la décision illégale de report de la séance d'ouverture des offres, il s'impose de constater

que les deux offres, déposées entre le 2 et le 17 juillet 2012, l'ont été tardivement, de sorte que la partie adverse n'a pas pu adopter le premier acte attaqué sans violer les articles 104, §2, et 106 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. Il s'ensuit que le moyen doit être déclaré sérieux.

X. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution du premier acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

XI. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Les requérantes souhaitent prendre connaissance de l'offre de la société THOMAS & PIRON et se déclarent disposées à ce que cette société puisse également prendre connaissance de leur offre.

Les parties intervenantes n'estiment pas opportun que le contenu des offres soit divulgué.

Dès lors que la divulgation des offres n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

L'association intercommunale sous forme de société coopérative à responsabilité limitée Bureau économique de la province de Namur, en abrégé B.E.P. est mise hors de cause en tant que partie adverse.

Article 2.

Les requêtes en intervention introduites par l'association intercommunale sous forme de société coopérative à responsabilité limitée Bureau économique de la province de Namur, en abrégé B.E.P., et la société anonyme THOMAS & PIRON, dans la procédure en référé d'extrême urgence, sont accueillies.

Article 3.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par le collège communal de la ville de Ciney le 15 avril 2013, en tant qu'elle attribue le marché public de travaux sur le site dit de "l'EPC" à Ciney à la société anonyme THOMAS & PIRON.

Article 4.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 5.

Les offres des parties requérantes et de la société anonyme THOMAS & PIRON demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 6.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 7.

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 8.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-neuf mai deux mille treize 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.