

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.602 du 2 juin 2014

G./A.196.302/VI-18.631

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

ayant élu domicile chez
Mes Pierre LEJEUNE et
Sophie MATRAY, avocats,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

le centre public d'action sociale de Malmedy,
en abrégé C.P.A.S. de Malmedy,

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

Parties intervenantes :

1. la société anonyme HENRI DETHIER FILS,

ayant élu domicile
rue Hottleux, n°s 100-102,
4950 Waismes,

2. la société anonyme DELTA THERMIC,

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 avril 2010, la société anonyme ENERGYS sollicite l'annulation de :

- " - la décision du conseil de l'action sociale de Malmedy, du 4 mai 2009, décidant de ne pas attribuer le marché relatif à la transformation et extension de la Résidence «Do Grand Fa» - lot 3, 4 et 5 et de relancer un appel d'offre et une adjudication;
- la décision du conseil de l'action sociale de Malmedy, du 19 octobre 2009, attribuant à l'entreprise HENRI DETHIER le marché public relatif à la transformation et extension de la Résidence «Do Grand Fa» - lot 3 chauffage".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme HENRI DETHIER FILS a, par une requête introduite le 24 juin 2010, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

La société anonyme DELTA THERMIC a, par une requête introduite le 25 juin 2010, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

Une ordonnance du 18 août 2010 a accueilli provisoirement ces interventions.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

La société anonyme DELTA THERMIC a déposé un mémoire en intervention.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. La partie requérante a déposé une demande de poursuite de la procédure et la partie adverse a déposé un dernier mémoire.

Une ordonnance du 1^{er} avril 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 30 avril 2014.

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

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, Me Damien LEONARD, loco Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante, et Me

Denis CRICKX, loco Mes Jean-Marie RIKKERS et Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la seconde partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Au cours de sa séance du 1^{er} décembre 2008, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a décidé de passer un marché public en vue de l'extension et de la rénovation du home "Résidence do Grand Fa". Cette délibération précise que le marché sera passé par adjudication publique et qu'il porte sur sept lots :

- Lot 1 : gros œuvre fermé parachevé
- Lot 2 : mobilier + tentures + signalétique
- Lot 3 : chauffage + ventilation
- Lot 4 : sanitaires
- Lot 5 : électricité
- Lot 6 : ascenseurs
- Lot 7 : équipement cuisine.

III.2. Six sociétés, parmi lesquelles la société ENERGYS, la société DELTA THERMIC et la société HENRI DETHIER FILS ont déposé une offre pour le lot 3. Le rapport d'analyse des soumissions de ce lot 3 conclut que l'offre régulière la plus intéressante est celle de la société ENERGYS pour un montant définitif recalculé de 1.068.265,99 euros HTVA. Il ressort également de ce rapport que l'estimation initiale des travaux effectuée par la partie adverse était de 810.000 euros HTVA. L'avis publié au Bulletin des adjudications indiquait, pour sa part, un montant de 1.000.000 euros HTVA pour le lot 3.

III.3. Au cours de sa séance du 4 mai 2009, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a décidé de ne pas adjuger les lots 3, 4 et 5 au motif que le rapport d'analyse des offres "montre que les soumissions relatives aux techniques spéciales (lots 3 (chauffage, ventilation), 4 (sanitaires) et 5 (électricité)) sont en moyenne 40% plus élevées par rapport aux estimations". Il s'agit du premier acte attaqué par le présent recours.

III.4. Les soumissionnaires ont été informés de cette décision par un courrier daté du 13 mai 2009 auquel n'était pas jointe une copie de la décision. Cette délibération ne sera communiquée à la société ENERGYS que par un courrier daté du 22 décembre 2009.

III.5. Le 12 mai 2009, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a approuvé un nouveau cahier spécial des charges et décidé de passer un marché public par adjudication publique pour quatre lots :

- Lot 3 : chauffage + ventilation
- Lot 4 : sanitaires
- Lot 5 : électricité
- Lot 6 : ascenseurs.

III.6. Cinq sociétés, parmi lesquelles la société ENERGYS, la société DELTA THERMIC et la société HENRI DETHIER FILS, ont déposé une offre pour le lot 3. Trois sociétés, dont la société DELTA THERMIC et la société HENRI DETHIER FILS, ont déposé une offre pour le lot 4.

III.7. Le rapport d'analyse des offres pour le lot 3 conclut que l'offre régulière la plus intéressante est celle de la société HENRI DETHIER FILS pour un montant de 777.077,65 euros HTVA. Le rapport d'analyse des offres pour le lot 4 conclut que l'offre régulière la plus intéressante est celle de la société HENRI DETHIER FILS pour un montant de 1.059.885,57 euros HTVA.

III.8. Le 19 octobre 2009, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a notamment décidé d'attribuer les lots 3 et 4 à la société HENRI DETHIER FILS. Le deuxième objet du présent recours est l'attribution de ce lot 3. Le recours G./A.196.328/VI-18.633 est dirigé contre l'attribution des lots 3 et 4.

III.9. Les soumissionnaires évincés ont été informés de cette décision par un courrier daté du 25 février 2010.

III.10. Par un arrêt du 4 mai 2011, dans une affaire commencée originellement par la société DELTA THERMIC, la Cour d'appel de Liège a ordonné à la partie adverse de ne poser aucun acte qui pourrait conduire soit à l'attribution du marché portant sur la transformation et l'extension de la Résidence "Do grand Fa", lot 3 chauffage, soit à la conclusion du contrat résultant de l'attribution de ce marché en application de la décision du 19 octobre 2009. En ce qui concerne le lot 4, la Cour d'appel de Liège a, par contre, estimé que la société DELTA THERMIC ne justifiait

pas d'un intérêt propre à ce chef de sa demande, car elle ne prétendait pas que l'application correcte des dispositions légales régissant les marchés publics conduiraient à lui attribuer le lot 4.

III.11. Le 20 juin 2011, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a décidé de retirer sa décision du 19 octobre 2009 en tant qu'elle concerne les lots 3 et 4 et d'attribuer le lot 3 du marché à la société ENERGYS et le lot 4 à la société HENRI DETHIER FILS. La société DELTA THERMIC a introduit un recours en annulation contre cette décision d'attribuer le lot 3 à la société ENERGYS (G./A.201.886/VI-19.265) ainsi qu'une procédure judiciaire.

III.12. A la suite de la décision rendue le 15 décembre 2011 par le Tribunal de première instance de Verviers, siégeant en référé, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a, le 23 février 2012, décidé de retirer sa décision du 20 juin 2011 en ce qu'elle concerne le lot 3 (chauffage) et de réattribuer le lot 3 à la société ENERGYS. La société DELTA THERMIC, informée de cette décision par un courrier recommandé daté du 6 juin 2012, a introduit un nouveau recours en annulation contre cette décision d'attribuer le lot 3 à la société ENERGYS (G./A.205.925/VI-19.658) ainsi qu'une nouvelle procédure judiciaire. Cette procédure a abouti à une ordonnance de rejet en date du 6 décembre 2012.

IV. REQUETES EN INTERVENTION

La société anonyme HENRI DETHIER FILS et la société anonyme DELTA THERMIC ont, par des requêtes introduites respectivement les 24 et 25 juin 2010, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes.

La société HENRI DETHIER FILS, en tant qu'attributaire du lot 3 du marché public faisant l'objet du présent recours, et la société DELTA THERMIC, qui a par ailleurs introduit un recours contre la décision d'attribution des lots 3 et 4 du marché public litigieux (G./A.196.328/VI-18.633), ont intérêt à intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir ces requêtes en intervention.

V. RECEVABILITE DU RECOURS QUANT A SON OBJET

La décision du 19 octobre 2009 qui constitue le second objet du présent recours en annulation, en tant qu'elle attribuait le lot 3 du marché litigieux à la société anonyme HENRI DETHIER FILS, a été retirée par une décision prise par la partie adverse le 20 juin 2011.

Cette décision de retrait n'a pas été attaquée, de sorte que celui-ci est devenu définitif, ce qui prive le présent recours de son second objet.

VI. RECEVABILITE "RATIONE TEMPORIS" DU RECOURS QUANT A SON PREMIER OBJET

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante expose que le premier acte attaqué ne lui a été notifié que le 22 décembre 2009, et ce sans respecter le prescrit de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, de manière telle que le délai de recours est de quatre mois et soixante jours. Elle soutient également que le premier acte attaqué constitue une étape dans le processus complexe qu'a été l'attribution du marché public litigieux et souligne qu'une critique incidente de légalité peut dès lors être élevée à l'occasion du recours dirigé contre la décision finale.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse reconnaît que l'acte du 4 mai 2009, même si sa teneur a été portée à la connaissance de la requérante dès le 13 mai 2009, ne lui a été notifié, dans son intégralité, qu'en date du 22 décembre 2009. Elle estime cependant que le recours dirigé contre cet acte est irrecevable "ratione temporis" dès lors qu'il a été introduit après l'écoulement du délai de quatre mois prévu par l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Elle explique également que postérieurement à l'acte attaqué, une modification importante du cahier spécial des charges est intervenue de telle sorte qu'il ne peut être considéré que l'examen de cet acte du 4 mai 2009 peut malgré tout être envisagé en estimant qu'il s'agit "d'une étape dans le processus complexe qu'a été l'attribution du marché public litigieux".

C. Mémoire en réplique

La requérante constate que les parties s'accordent pour faire application de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, mais qu'elles en font une interprétation différente puisque la partie adverse affirme que le délai pour introduire le recours est de quatre mois. Elle explique que le délai de prescription, soit soixante

jours, prend cours quatre mois après la prise de connaissance de l'acte, qu'il a donc commencé à courir le 23 avril 2009 et qu'à cette date, elle disposait encore de soixante jours pour introduire son recours en annulation.

Elle constate, par ailleurs, qu'il résulte de l'exposé des faits de la partie adverse que la décision de retirer le désamiantage est la conséquence d'une visite des lieux du 7 mai 2009, confirmée par un rapport de l'Issep du 9 juin 2009. Elle expose que s'il est admis que la légalité d'un acte administratif s'apprécie en fonction des éléments dont l'administration dispose au moment où elle se détermine, la partie adverse ne peut, par contre, modifier la portée de sa décision du 4 mai 2009 en fonction d'éléments qui ont été découverts ultérieurement.

Elle observe, en outre, que les clauses administratives du premier cahier des charges n'ont pas été modifiées lors de la seconde procédure, que seul le poste désamiantage a été retiré des clauses techniques et que l'adaptation du calorifuge a été sans incidences sur la rédaction du second cahier spécial des charges. Elle estime qu'on ne peut, dès lors, considérer que ce dernier a subi une modification "importante".

Enfin, elle considère que les deux décisions attaquées du 4 mai 2009 et du 19 octobre 2009 sont indissociables : si la première décision devait être annulée, elle entraînerait automatiquement l'illégalité de la délibération du 19 octobre 2009. Elle avance que l'acte du 4 mai 2009 constitue une étape préliminaire dans le processus complexe de l'attribution de la seconde procédure.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Tel qu'applicable en l'espèce, l'article 26 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 était libellé comme suit:

" Le pouvoir adjudicateur informe dans les moindres délais les candidats ou soumissionnaires et, s'il s'agit d'un marché public soumis à la publicité européenne, l'Office des Publications officielles des Communautés européennes, s'il décide de renoncer à passer le marché ou de recommencer la procédure. Il en communique les motifs dans les quinze jours de la réception de la demande écrite des candidats ou soumissionnaires".

Aux termes de cette disposition, le pouvoir adjudicateur était ainsi soumis à une double obligation, à savoir, d'une part, une information d'office et dans les moindres délais des candidats ou soumissionnaires et, d'autre part, à la suite d'une

demande écrite de l'un d'entre eux, une communication des motifs qui l'ont conduit à renoncer à passer le marché ou à recommencer la procédure dans un délai de quinze jours après réception de la demande écrite.

L'information effectuée d'office et dans les moindres délais par le pouvoir adjudicateur constituait la notification d'une décision, étant la non-attribution du marché. Cette information avait dès lors pour effet de faire courir le délai contentieux et devait être revêtue des mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, ou par l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. A défaut de telles mentions, le délai de recours au Conseil d'Etat ne commençait à courir que quatre mois après que l'intéressé a pris connaissance de l'acte ou de la décision à portée individuelle.

Ce délai de recours était interrompu pour autant que le soumissionnaire régulièrement informé de la non-attribution du marché ait sollicité par écrit, dans un délai raisonnable, communication des motifs de la décision précitée. En effet, celui qui avait été informé de l'existence d'une décision de non-attribution du marché était tenu de faire diligence et de s'informer dans un délai raisonnable sur le contenu de cette décision auprès du pouvoir adjudicateur ainsi que le lui permettait la disposition précitée de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Dans ce cas, un nouveau délai de soixante jours commençait à courir à partir de la communication des motifs par le pouvoir adjudicateur. Cette communication ne devait pas, pour sa part, être revêtue des mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'Etat précitées ou par l'article 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 précitée. A défaut d'avoir demandé la communication des motifs dans un délai raisonnable, le délai de recours devant le Conseil d'Etat n'était pas interrompu.

En l'espèce, la partie adverse a informé la requérante de la décision attaquée du 4 mai 2009 par un courrier du 13 mai 2009 portant cachet de réception du même jour. Il n'est pas contesté que ce courrier ne comportait pas les mentions prescrites par les lois sur le Conseil d'Etat ou la loi du 11 avril 1994, de sorte que le délai de recours devant le Conseil d'Etat n'a commencé à courir que quatre mois après que la requérante ait pris connaissance de l'adoption de l'acte attaqué.

La demande de communication des motifs de non-attribution du marché visée à l'article 26 précité n'a été formulée que par un courrier adressé à la partie adverse le 24 juillet 2009 auquel celle-ci a donné suite le 22 décembre 2009. Il n'est pas davantage contesté que cette communication n'était pas assortie de la mention des voies de recours et des formes et délais à respecter.

L'on pourrait soutenir que ladite communication n'a pas été sollicitée dans un délai raisonnable.

Il n'y a toutefois pas lieu d'avoir égard à la sanction qui frappe l'expiration du délai raisonnable d'introduction d'une telle demande de communication, dès lors que, le 24 juillet 2009, le délai de recours devant le Conseil d'Etat n'avait pas encore pris cours.

En toute hypothèse, et à supposer que, dans les circonstances de l'espèce, le délai de recours n'aurait commencé à courir que le 23 décembre 2009, c'est-à-dire après que la partie adverse eut communiqué les motifs de non-attribution du marché, le recours introduit le 26 avril 2010 est tardif. La circonstance que ladite communication n'était pas revêtue des mentions relatives aux voies de recours est sans incidence.

Il suit de l'ensemble de ces considérations qu'en tant qu'il porte sur la première décision attaquée, le recours est irrecevable.

VII. DEPENS

En raison du retrait du deuxième acte attaqué, il y a lieu de laisser à la partie adverse la moitié des dépens.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les requêtes en intervention introduites par la société anonyme HENRI DETHIER FILS et la société anonyme DELTA THERMIC sont accueillies.

Article 2.

Il n'y a plus de statuer sur la requête en tant qu'elle est dirigée contre la décision du conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy, prise le 19 octobre 2009, d'attribuer à la société HENRI DETHIER FILS le lot 3 "chauffage" du marché public relatif à la transformation et à l'extension de la Résidence "Do Grand Fa".

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 425 euros, sont mis à la charge de la partie requérante et de la partie adverse, à concurrence de 212,50 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux juin deux mille quatorze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Imre KOVALOVZSKY,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.