

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.655 du 6 juin 2014

G./A.212.426/VI-20.194

En cause : **la société anonyme T.P.F. UTILITIES,**

ayant élu domicile chez
Me Alain DELFOSSE,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,

ayant élu domicile chez
Me Bernard RENSON, avocat,
rue Père Eudore Devroye, n°47,
1040 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme DALKIA,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel van NUFFEL, avocat,
avenue Louise, n° 81,
1050 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 8 mai 2014, la société anonyme T.P.F. UTILITIES sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse le 11 avril 2014 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet la « gestion technique et garantie totale des installations HVAC » du Mont des Arts et de ses annexes (référence C.S.Ch. n° 2013/220040/228T) à la société anonyme Dalkia, dont le siège social est établi quai Fernand Demets, 52 à 1070 Anderlecht, portant le numéro d'entreprise 0406.129.003".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme DALKIA a, par une requête introduite le 20 mai 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

Une ordonnance du 12 mai 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 2 juin 2014 à 10 heures 30.

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

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

Me Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Pierre CRABBE, loco Me Bernard RENSON, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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. La requérante est une société active dans le domaine du "facilities management d'immeubles" qui comprend un pôle maintenance d'installations techniques et un pôle bureau d'études.

III. 2. La Régie des Bâtiments a fait publier dans le Bulletin des adjudications du 1^{er} février 2013 (Numéro B.D.A. : 2013-502032) un avis de marché relatif à un marché public de services ayant pour objet la gestion technique et garantie totale des installations de chauffage central, de ventilation, de conditionnement d'air du Mont des Arts et de ses annexes.

Le marché devait être passé par adjudication publique.

La société T.P.F. UTILITIES et quatre autres soumissionnaires, dont la société DALKIA, ont déposé une offre.

Par lettre recommandée du 16 mai 2013, la Régie des Bâtiments a informé la société T.P.F. UTILITIES qu'elle avait décidé, le 15 mai 2013, d'attribuer le marché à la société DALKIA.

III. 3. Par arrêt n° 223.954 du 18 juin 2013 (G/A.209.035/VI-19.986), la VIème chambre du Conseil d'Etat siégeant en référé a suspendu l'exécution de cette décision.

III. 4. Par lettre recommandée du 17 juillet 2013, la Régie des Bâtiments a informé la société T.P.F. UTILITIES qu'elle avait décidé, le 16 juillet 2013, de renoncer à passer le marché et de lancer une nouvelle procédure d'attribution par adjudication publique.

III. 5. La Régie des Bâtiments a publié dans le Bulletin des adjudications du 24 octobre 2013 (Numéro BDA : 2013-524013) et dans le Bulletin des adjudications du 4 novembre 2013 (Numéro BDA : 2013-524967) un nouvel avis de marché pour un marché public de services ayant pour objet la "gestion technique et garantie totale des installations HVAC" du Mont des Arts et de ses annexes. Cet avis a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 29 octobre 2013 (n° 364337-2013). Des avis rectificatifs y ont été publiés les 9 novembre, 21 novembre et 4 décembre 2013.

Le marché devait être passé par adjudication publique.

La société T.P.F. UTILITIES et la société DALKIA, ont chacune déposé une offre.

Par lettre recommandée datée du 18 avril 2014, la Régie des Bâtiments a informé la société T.P.F. UTILITIES qu'elle avait décidé, le 11 avril 2014, d'attribuer le marché à la société DALKIA.

Cette lettre comportait en annexe les copies de la décision motivée d'attribution du marché du 11 avril 2014 et du rapport d'analyse des offres.

Par courriel du 18 avril 2014, la Régie des Bâtiments a communiqué à la société T.P.F. UTILITIES une copie de son courrier du même jour.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 20 mai 2014, la société anonyme DALKIA 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. RECEVABILITE "RATIONE TEMPORIS"

V.1. Thèses des parties

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

" [...] la REGIE DES BATIMENTS a, par lettre recommandée du 18 avril 2014, informé la société T.P.F. UTILITIES qu'elle avait décidé, le 11 avril 2014, d'attribuer le marché à la société DALKIA. En annexe de cette lettre, était jointe une copie de la décision motivée d'attribution du marché ainsi qu'une copie du rapport d'analyse des offres. Selon le recours introduit par la partie requérante, celle-ci a réceptionné ce courrier recommandé le 24 avril 2014.

De même, la partie requérante a également reçu le courrier contenant la décision et le rapport d'analyse des offres par courriel simultané du 18 avril 2014.

La Régie des Bâtiments a donc bien effectué, conformément à l'article 11, § 1^{er} de la loi [du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services], « immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par envoi recommandé. »

La lettre du 18 avril 2014 précisait bien à la partie requérante les diverses possibilités de recours prévus par la loi, dont le recours en suspension.

[...]

L'article 11 de la même loi du 17 juin 2013 instaure un délai d'attente ensuite de la communication faite aux soumissionnaires non retenus de la décision d'attribution.

[...]

Il appartenait donc à la partie requérante, qui entendait contester la légalité de la décision d'attribution, d'introduire une demande en suspension de l'exécution de cette décision, « dans le délai visé au paragraphe 1^{er} de l'article 11 précité », soit dans les 15 jours « à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux participants et soumissionnaires concernés ».

En l'espèce, il est établi que l'envoi de la décision motivée ainsi que du rapport d'analyse des offres a été opéré par courrier recommandé et courriel datés du 18 avril 2014. L'envoi de la lettre recommandée a été effectué le 22 avril 2014.

Dès lors que conformément à la disposition rappelée ci-avant, « à défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat, participant ou soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi. », le délai de 15

jours a donc pris cours le 23 avril 2014 (lendemain du dernier envoi) et expirait le 7 mai 2014.

Introduit le 8 mai 2014, le recours en suspension d'extrême urgence est dès lors irrecevable car tardif. (voyez en ce sens, arrêt n° 226.854 du 20 mars 2014, SA Truck Service Sebastian)".

Dans sa requête en intervention, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

- " 4. L'article 23, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services prescrit que « Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits (...) à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas ».

Concrètement, le délai de quinze jours imparti pour exercer le recours en suspension prend cours le lendemain de la notification de la décision d'attribution, avec ses motifs (règlement 1182/71 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, article 3, § 1^{er}, alinéa 2 : « Si un délai exprimé en jours, en semaine, en mois ou en années est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte [ici : la notification], le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai » ; par renvoi de l'article 68 de la loi du 17 juin 2013).

Les mécanismes légaux d'établissement des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs pour attribuer leurs marchés et leurs modalités de communication ont été conçus pour garantir l'exercice effectif du droit de recours. La loi exécute, là, une prescription du droit européen des marchés publics, elle transpose les directives «recours» 89/665 et 92/13 (article 1^{er} de la loi).

On observe, en particulier, que le délai imparti par l'article 23, § 3, pour exercer le recours en suspension, de quinze jours correspond à celui que prescrit l'article 2quater des directives recours, lorsque la notification de la décision n'est pas effectuée par un moyen électronique et lorsque le point de départ du délai n'est pas fixé à la réception de l'acte (« (...) soit à quinze jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat »). Le délai fixé par la loi est une transposition du délai prescrit par le droit européen pour cette hypothèse maximaliste, où il n'y a pas de garantie de prise de connaissance des motifs de la décision notifiée (les hypothèses où il y a une telle garantie sont liées à un délai minimal moindre, de 10 jours ; communication par télécopieur ou moyen électronique : «ce délai est égal à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé », ou réception : «soit à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour de réception de la décision du pouvoir adjudicateur»).

5. Pour les marchés qui, comme en l'espèce, atteignent les seuils d'application du droit européen des marchés publics, l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juillet 2013, dernier alinéa, prescrit une double communication simultanée de la décision motivée d'attribution (« L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopie ou par un courrier électronique ou par tout autre moyen électronique et, le même jour, par envoi recommandé »). Mais un défaut de simultanéité n'a pas d'incidence légale. Ce sont donc les principes et règles communs qui déterminent cette incidence ; concrètement, la question porte alors sur la preuve de l'envoi, la confirmation par recommandé étant conçue non comme une condition de validité mais comme un mécanisme de sécurité juridique (à force d'interventions législatives successives pour transposer les mécanismes de protection juridictionnelle prescrit par les directives « recours », les travaux

préparatoires de la loi du 17 juin 2013 n'expliquent plus rien, ou presque ; on se reportera alors aux travaux préparatoires de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (II), Moniteur belge, 16 juin 2008, p. 30562, modifiant l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, sur l'étendue de l'information des candidats et soumissionnaires, Doc. Parl., Chambre, session 2007/2008, doc. 52 1013/001, p. 3 : « La confirmation par envoi recommandé à la poste a seulement pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve de la date d'envoi », et avis n° 44.284/1 du 11 mars 2008 du Conseil d'État, p. 24 ; la position est confirmée par la modification apportée à l'article 21bis, le délai de quinze jours qu'il impartit pour exercer le recours en référé prenant cours le lendemain de l'envoi par télécopieur ou par e-mail : « Le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour de l'envoi par télécopieur ou par des moyens électroniques prévus. Les soumissionnaires peuvent endéans ce délai introduire un recours en suspension (...) »).

L'absence de simultanéité de la double communication a sans doute une incidence sur la prise de cours du délai de standstill prescrit par l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juillet 2013 (« À défaut de simultanéité, le délai prend cours, pour le candidat, participant ou soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi »), mais il s'agit d'une hypothèse distincte et régie par une disposition spécifique qui ne s'applique qu'à elle.

On ne confondra donc pas les deux délais pour déterminer leur prise de cours.

6. La décision d'attribution du marché a été notifiée aux soumissionnaires par e-mail envoyé le 18 avril et par courrier recommandé déposé à la poste le 22 avril (non le 23 avril comme l'indique le rapport e-tracker de bpost constituant l'annexe 6 au recours). Cette double communication comportait les motifs de la décision d'attribution.

La s.a. TPF Utilities ne conteste pas la notification de la décision d'attribution par e-mail le 18 avril ; la Régie des Bâtiments ne doit donc pas apporter une preuve de l'envoi. Avec cette communication, elle a pu prendre connaissance de la décision, dans les termes prescrits par l'article 8, § 1^{er}, de la loi, d'en comprendre les raisons et d'identifier alors une éventuelle irrégularité justifiant l'exercice de ses recours. Cette communication enclenche la prise de cours du délai, qui a donc commencé à courir le lendemain, le 19 avril, et a expiré au terme du quinzième jour, le 5 mai (dernier jour du délai, le 3 mai, un samedi, report au premier jour ouvrable suivant).

À supposer qu'il faille n'avoir égard qu'à la communication par recommandé, parce qu'elle serait la seule à donner date certaine à la communication (ce qui, on le rappelle, ne devrait pas être discuté lorsque le destinataire ne conteste pas la date de l'envoi par e-mail que le recommandé ne fait que confirmer), le délai de recours a commencé à courir le lendemain de son dépôt à la poste, le 23 avril, et a expiré au terme du quinzième jour, le 7 mai.

Le recours a été déposé à la poste le 8 mai, après l'expiration du délai de recours en suspension. Quelle que soit l'hypothèse retenue pour en fixer le point de départ, il est irrecevable."

A l'audience du 2 juin 2014, la requérante a fait valoir que la communication par courrier électronique effectuée le 18 avril 2014 l'avait été à destination de deux adresses qui n'étaient pas appropriées et que, après avoir dû être redirigé, le courriel n'avait finalement été porté à la connaissance d'un destinataire autorisé que le 22 avril 2014. S'agissant de l'envoi par recommandé, elle a soutenu que

le cachet portant la date d'affranchissement apposé sur l'enveloppe ne l'avait pas été par la Poste et que la mention "22/04/14" révélée par ce cachet ne pouvait être tenue comme attestant à suffisance une date de dépôt à la Poste. A son estime, c'est au rapport "E-Tracker" de suivi de l'envoi recommandé qu'il s'impose d'avoir égard. Or, en l'espèce, la "Date de réception" qui y est mentionnée est celle du 23 avril 2014, ce qui permet d'établir que l'envoi recommandé a bien été déposé à la Poste ce jour, comme le confirme, par ailleurs, un courriel adressé, le 30 mai 2014 à la requérante, par une collaboratrice de la Poste. La requérante a également relevé qu'en toute hypothèse, si un doute subsiste quant à la date de prise de cours du délai de recours, il doit bénéficier au destinataire de l'envoi par courrier recommandé. Enfin, examinant le bordereau d'envois recommandés effectués par la partie adverse et parmi lesquels figurent les références du courrier qui lui était adressé, la requérante estime que la date du 22 avril 2014 figurant sur le cachet de la Poste, et apposé à la suite des références d'envois, ne peut lui être opposée, car lorsqu'elle a dû évaluer les termes du délai de recours, elle ne pouvait avoir connaissance de ce document, mais bien des seules données livrées par l'enveloppe et le rapport "E-Tracker".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu des articles 8 et 23 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le délai de quinze jours d'introduction de la demande de suspension visée à l'article 15 de la même loi prend cours, pour le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, avec la communication de la décision motivée d'attribution du marché.

En outre, et pour les marchés qui atteignent le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, la communication de la décision motivée d'attribution du marché doit être effectuée par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par envoi recommandé.

Il n'est pas contesté que la décision d'attribution du marché litigieux était soumise à cette formalité de double communication.

La décision d'attribution du marché a été notifiée à la requérante par un courriel du 18 avril 2014. Il importe peu que celui-ci a été communiqué à des adresses que la requérante estime inappropriées. Elle admet, en effet, qu'un destinataire autorisé, Frank SIMOENS en l'occurrence, a eu connaissance de ce courriel le 22 avril 2014, date à laquelle le délai de recours n'avait pas encore commencé à courir, la notification par recommandé n'ayant été effectuée que ce même jour, au plus tôt.

L'enveloppe contenant le courrier recommandé de notification de la décision d'attribution du marché porte un cachet mentionnant la date du 22 avril 2014 comme étant celle de l'affranchissement. S'il ne peut être totalement exclu que cette date ne soit pas celle du dépôt à la Poste, il s'impose toutefois de relever que la partie adverse a versé au dossier administratif un bordereau de six envois recommandés qu'elle a déposés simultanément à la Poste, lequel contient notamment les références du courrier adressé à la requérante, ainsi que l'atteste le code-barres relatif à ce courrier. Sur ce bordereau est apposé le cachet de la Poste mentionnant la date du 22 avril 2014, lequel fait foi de cette date, comme étant celle du dépôt par la partie adverse.

C'est donc à la date du 22 avril 2014 que la notification par courrier recommandé doit être réputée avoir été effectuée.

La requérante ne peut être suivie lorsque, pour soutenir que le courrier recommandé a été remis à la Poste le 23 avril 2014, elle s'autorise du rapport "E-Tracker" de suivi de cet envoi, lequel mentionne comme "Date de la réception" celle du 23 avril 2014. Il apparaît, en effet, à la lecture des rapports "E-Tracker" relatifs aux six envois identifiés dans le bordereau produit par la partie adverse, que, bien que ces envois aient tous été déposés simultanément le 22 avril 2014, la "Date de réception" mentionnée pour certains est le 22 avril 2014, tandis, pour d'autres, c'est celle du 23 avril 2014. Cette différence inexplicée suffit à exclure que le rapport "E-Tracker" puisse être utilement invoqué au soutien de la thèse selon laquelle le courrier recommandé adressé à la requérante aurait été déposé à la Poste le 23 avril 2014.

La requérante ne peut davantage être suivie lorsqu'elle se prévaut d'un courriel du 30 mai 2014, par lequel une collaboratrice de la Poste confirme que celle-ci a bien reçu le recommandé destiné à la requérante le 23 avril 2014. Cet élément est contredit par le cachet apposé sur le bordereau d'envoi et mentionnant la date du 22 avril 2014.

La double communication ayant été parfaite à la date du 22 avril 2014, le délai de recours a pris cours le 23 avril 2014, de sorte que la requête introduite le 8 mai 2014 l'a été tardivement.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE

VI.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande que la partie requérante soit condamnée à lui payer une indemnité de procédure de 2.800 euros en faisant valoir ce qui suit :

- " La loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat (ci-après la loi, ou la loi du 19 janvier 2014) insère dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat un nouvel article 30/1 dont l'objet est de permettre à la section du contentieux administratif, lorsqu'elle statue par voie d'arrêt, d'octroyer une indemnité de procédure à la partie qui obtient gain de cause.

L'article 30/1 a habilité le Roi à fixer le montant de base et les montants minima et maxima de l'indemnité de procédure.

Un arrêté royal du 28 mars 2014 (M.B. 2 avril 2014) relatif à l'indemnité de procédure visée à l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat a ainsi réglé la question des montants de l'indemnité de procédure : selon l'article 2, § 1^{er}, de l'AR, «le montant de base de l'indemnité de procédure est de 700 euros, le montant minimum de 140 euros et le montant maximum de 1.400 euros. Par dérogation à l'alinéa qui précède, le montant maximum est porté à 2.800 euros pour les litiges relatifs à la réglementation sur les marchés publics et certains marchés de travaux, de services et de fournitures.»

Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal précise que contrairement à la demande de suspension ordinaire qui doit toujours être introduite concomitamment ou après le recours en annulation, si une procédure d'extrême urgence est seule introduite, l'on peut considérer que celle-ci, qui engendre un surcoût dû à la célérité de la procédure, équivaut à une procédure complète en annulation, dont le rythme plus lent est compensé par un plus grand nombre de prestations.

Dans la mesure où le recours introduit par la partie requérante n'est pas fondé et qu'il doit être rejeté, il revient à Votre Conseil de condamner la partie requérante au paiement d'une indemnité de procédure au bénéfice de la Régie des Bâtiments, liquidée à la somme de 2.800 EUR".

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

Tel que rétabli par l'article 2 de l'arrêté royal du 28 mars 2014 relatif aux indemnités de procédure visées à l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat fixe comme suit les montants de cette indemnité :

- " § 1^{er}. Le montant de base de l'indemnité de procédure est de 700 euros, le montant minimum de 140 euros et le montant maximum de 1.400 euros.

Par dérogation à l'alinéa qui précède, le montant maximum est porté à 2.800 euros pour les litiges relatifs à la réglementation sur les marchés publics et certains marchés de travaux, de services et de fournitures".

La partie adverse ne fait état d'aucun élément qui permettrait concrètement d'étayer sa demande d'obtention du montant maximum de l'indemnité de procédure.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'accorder une indemnité de procédure, limitée toutefois au montant de base de 700 euros.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme DALKIA dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

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 4.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président f.f.,
---------------------	--------------------

Charles-Henri VAN HOVE.	David DE ROY.
-------------------------	---------------