

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.706 du 23 juin 2014

G./A.216.121/VI-20.478

En cause : **la société de droit allemand VARIAN MEDICAL
SYSTEMS PARTICLE THERAPY GmbH,**

ayant élu domicile chez
Mes Carlos DE WOLF et
Charlotte DE WOLF, avocats,
etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

**1. l'Université de Liège,
2. l'Université de Mons,
3. l'Université Libre de Bruxelles,
4. l'Université de Namur,**

ayant élu domicile chez
Me Anne FEYT, avocat,
rue de la Source, n° 68,
1060 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 12 juin 2015, la société de droit allemand VARIAN MEDICAL SYSTEMS PARTICLE THERAPY GmbH, sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

" la décision des différents conseils d'administration des Parties Adverses :

- (i) de recourir, pour des raisons techniques, à la procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 26, § 1^{er}, 1^o, f) de la Loi du 15 juin 2006 (définie ci-après); et
- (ii) d'attribuer le marché public «Marché conjoint de fourniture d'une machine de protonthérapie» à la [société Ion Beam Applications – IBA-SA]".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 12 juin 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 18 juin 2015 à 10 heures.

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

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.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Mes Carlos DE WOLF et Charlotte DE WOLF, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Mes Anne FEYT et Patricia MINSIER, avocats, comparaissant pour les parties adverses 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. L'Université libre de Bruxelles, l'Université de Liège, l'Université de Mons et l'Université de Namur ont conclu une convention "en vue de l'organisation de l'exécution d'un marché conjoint relatif à l'acquisition en copropriété d'une machine de protonthérapie".

L'article 1^{er} de cette convention est rédigé de la manière suivante :

- " § 1^{er}. Par la présente convention, les Universités partenaires décident de s'engager ensemble dans le cadre d'un marché conjoint conformément à l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services en vue d'acquérir en copropriété volontaire et à parts égales, la machine Proteus-One et ses équipements connexes en ce compris les logiciels, (Scan CT, Cone, Beam CT, OIS, TPS, dosimétrie).
§ 2. Conformément à l'article 38 précité, les Universités partenaires conviennent de désigner l'ULB en qualité de pouvoir adjudicateur, habilité à intervenir en leur nom collectif et pour leur compte.
§ 3. La copropriété des Universités partenaires sur la machine et ses équipements est régie par l'annexe à la présente convention, dont elle fait partie intégrante".

III. 2. Le 24 avril 2015, le conseil d'administration de l'Université de Namur a décidé :

- " 1. De recourir, en vue de l'achat d'une machine de protonthérapie et son équipement accessoire, ainsi que l'assistance et la maintenance, à un marché conjoint, tel que visé à l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de désigner l'ULB en qualité de pouvoir adjudicateur et d'approuver la convention régissant les rapports entre l'ULB, l'ULg, l'UMONS et l'UNamur en vue de la passation et de l'exécution dudit marché conjoint;
2. De recourir, pour les raisons techniques évoquées au point 3 de la présente délibération, à la procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 26, § 1^{er}, 1°, f) de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
3. D'émettre, en pleine connaissance de cause, un avis positif quant à l'acceptation par l'ULB de l'offre d'IBA relative à un marché de fourniture d'une machine de protonthérapie, équipement accessoire, assistance et maintenance à IBA;
4. De valider, en toute connaissance de cause, le principe de la publication par l'ULB de l'avis de transparence *ex ante* volontaire annexé à la présente délibération;
- [...]"

III. 3. Le 4 mai 2015, le conseil d'administration de l'Université de Mons a adopté une décision identique.

III. 4. Le 13 mai 2015, le conseil d'administration de l'Université de Liège a pris la même décision.

III. 5. Le 1^{er} juin 2015, le conseil d'administration de l'Université libre de Bruxelles a décidé :

- " 1. De recourir, en vue de l'achat d'une machine de protonthérapie, à un marché conjoint, tel que visé à l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, d'accepter la désignation de l'ULB en qualité de pouvoir adjudicateur et d'approuver la convention régissant les rapports entre l'ULB, l'ULg, l'UMONS et l'UNamur en vue de la passation et de l'exécution dudit marché conjoint (annexe 4 - Convention interuniversitaire).
2. De recourir, pour les raisons techniques évoquées au point 3 de la présente délibération, à la procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 26, § 1^{er}, 1°, f) de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
3. D'attribuer le marché de fourniture d'une machine de protonthérapie, équipement accessoire, assistance et maintenance à IBA aux conditions de son offre, ceci en exécution du mandat conféré à l'ULB par ULg, UMONS et UNamur et de la convention visée à l'annexe 4;
4. De publier, en toute connaissance de cause, l'avis de transparence *ex ante* volontaire annexé à la présente délibération (annexe 6 – avis *ex ante*).
- [...]"

La partie requérante sollicite, par le présent recours, la suspension de l'exécution des décisions précitées des 24 avril, 4 mai, 13 mai et 1^{er} juin 2015.

IV. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante expose que "dans le cadre de la procédure d'attribution telle que portée devant votre Conseil, l'ULB agit non seulement dans son propre nom, mais également dans la capacité de «mandataire» ou «extension» («verlengstuk») de deux autorités administratives, notamment l'Université de Liège et l'Université de Mons [et l'Université de Namur]" et que dans "une telle situation, votre Conseil a considéré que cette personne juridique doit être considérée comme une autorité administrative dans le sens de l'article 14, § 1^{er} des Lois Coordonnées sur le Conseil d'Etat". Elle précise que "nonobstant le fait qu'il s'agit d'un marché conjoint tel que visé par l'article 38 de la Loi du 15 juin 2006, il n'y a apparemment pas de transfert de compétences de la part des Parties Adverses et de [l'Université de Namur] envers l'ULB".

B. Note d'observations

Les parties adverses répondent qu'elles "ont décidé de recourir au marché conjoint pour la passation du marché litigieux", en application de l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qu'elles "ont conclu une «convention en vue de l'organisation de l'exécution d'un marché conjoint relatif à l'acquisition en copropriété d'une machine de protonthérapie», que "le marché litigieux est donc bien un marché conjoint passé par l'ULB, expressément désignée par les Universités partenaires, en qualité de pouvoir adjudicateur et mandatée pour agir en leur nom collectif lors de l'attribution et de l'exécution", que le "fait que les conseils d'administration des Universités partenaires ont approuvé certaines décisions relatives à l'attribution du marché litigieux ne dément pas la qualité de pouvoir adjudicateur unique de l'ULB, seule chargée par les Universités partenaires de la passation et de l'exécution du marché", que les "approbations des conseils d'administrations des Universités partenaires sont le résultat d'une correcte application de l'article 4 précité de la convention, lequel prévoit que ces approbations se font sans préjudice de la désignation de l'ULB en qualité de pouvoir adjudicateur", que la "situation des Universités dans le cadre de la présente affaire est la même que celle de la Région flamande, d'une part, et de la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la

SOFICO dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de Votre Conseil n° 230.792 du 3 avril 2015", que "[l']autorité adjudicatrice dans la présente affaire est l'ULB", que "[l']autorité adjudicatrice du marché conjoint n'est pas une autorité administrative", que le Conseil d'Etat "n'est, donc, pas compétent pour connaître du présent recours", que la "jurisprudence citée par le requérant dans laquelle votre Conseil a jugé qu'une personne juridique qui n'est pas une autorité administrative doit être considérée comme telle par «extension» des autorités administratives pour le compte desquelles elle agit (requête, pages 14 et 15) ne met pas ce qui précède en cause", qu'en "effet, la situation d'espèce est très différente de celles des espèces ayant donné lieu aux arrêts cités par le requérant", qu'un "parallèle peut également être fait avec la situation de la SCRL ORES selon qu'elle agisse pour le compte de ses membres associés ou pour son propre compte", que "contrairement à ce qui était le cas dans les affaires citées par le requérant, l'ULB fait bien plus qu'agir «par extension» des deux autorités administratives que sont l'ULg et l'UMONS" et qu'elle "agit également pour son propre compte et pour le compte d'une autre personne morale de droit privé".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 24 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 prévoit que :

- " L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14 et 15 est:
 - 1° la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;
 - 2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.
- [...]"

En l'espèce, l'Université libre de Bruxelles, l'Université de Liège, l'Université de Mons et l'Université de Namur ont conclu une convention "en vue de l'organisation de l'exécution d'un marché conjoint relatif à l'acquisition en copropriété d'une machine de protonthérapie" et ont décidé, dans cette convention, "de désigner l'ULB en qualité de pouvoir adjudicateur, habilité à intervenir en leur nom collectif et pour leur compte".

Concernant les marchés conjoints, tel celui organisé par les Universités précitées, l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services précise que :

- " En cas de marché conjoint pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents et, le cas échéant, de personnes de droit privé, les personnes intéressées désignent l'autorité ou l'organe qui interviendra, en leur nom collectif, en qualité de pouvoir

adjudicateur. Les conditions du marché peuvent prévoir un paiement séparé pour chacune de ces personnes".

Cette disposition permet donc à des entités distinctes souhaitant procéder conjointement à un achat, par le biais d'un marché public, de désigner un pouvoir adjudicateur unique. *Prima facie*, lorsqu'une convention relative à un marché conjoint est conclue, le transfert, au profit de l'instance désignée comme pouvoir adjudicateur unique, des compétences nécessaires à la passation du marché public, résulte de l'application de l'article 38 de la loi du 15 juin 2006.

Dans ce cas, l'entité désignée comme pouvoir adjudicateur unique n'intervient pas, comme simple représentante ou, comme le soutient la requérante, "en extension", des autres parties à la convention concernant le marché conjoint, mais elle se substitue, *prima facie*, à elles pour la passation de ce marché.

Il en résulte que les actes adoptés pour passer le marché conjoint ne sont imputables juridiquement qu'à une seule entité, à savoir celle désignée comme pouvoir adjudicateur unique par les parties à la convention, et que cette entité, qui n'est pas la simple représentante des autres, ne revêt pas leur nature juridique "par extension". En particulier, lorsqu'elle n'est pas une autorité administrative, elle ne revêt pas cette qualité juridique pour le motif que certaines parties à la convention sont de telles autorités.

En l'espèce, l'Université libre de Bruxelles, qui a été désignée par la convention relative au marché conjoint comme pouvoir adjudicateur unique, n'est pas, comme l'admet la requérante, une autorité administrative lorsqu'elle passe un marché public. En outre, pour les raisons qui viennent d'être exposées, elle ne peut être considérée comme une autorité administrative "par extension".

En conséquence, le Conseil d'Etat est sans compétence, au regard de l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée, pour statuer sur le recours formé contre la décision attaquée, prise le 1^{er} juin 2015, par l'Université libre de Bruxelles dès lors que ce pouvoir adjudicateur unique n'est pas une autorité administrative visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Concernant l'acte attaqué du 24 avril 2015 adopté par l'Université de Namur, le Conseil d'Etat n'est pas davantage compétent pour statuer sur le recours formé à son encontre étant donné que, comme l'admet la requérante, cette Université n'est pas non plus une autorité administrative.

Enfin, s'agissant des autres actes contestés, adoptés par les Universités de Mons et de Liège, ils ne s'inscrivent pas dans le cadre de la procédure administrative de passation du marché public litigieux dès lors qu'ils n'ont pas été pris par le pouvoir adjudicateur unique. Ces actes résultent par contre, *prima facie*, de l'exécution de la convention conclue entre les Universités en cause, en particulier de son article 4, comme le relèvent les parties adverses. Or, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour statuer sur la légalité de tels actes qui procèdent de la mise en œuvre d'un contrat et qui ne sont pas des décisions administratives unilatérales.

La requête est donc irrecevable.

V. CONFIDENTIALITE

Les parties adverses déposent des pièces (A à C) pour lesquelles elles sollicitent le bénéfice de la confidentialité.

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter les pièces précitées à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de les soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires.

VI. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

Les parties adverses sollicitent l'octroi d'une indemnité de procédure au montant de base de 700 euros.

Dès lors que les parties adverses ont obtenu gain de cause au sens de l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, il y a lieu de leur accorder l'indemnité sollicitée au montant de base de 700 euros, visé à 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.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces (A à C), communiquées par les parties adverses, sont soustraites, à ce stade de la procédure, à la connaissance des parties.

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 d'un montant de 700 euros est accordée aux parties adverses, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.