

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.422 du 2 octobre 2015

G./A.216.925/VI-20.566

En cause : **la société anonyme ACH CONSTRUCT,**

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Fonds du logement de la Région de Bruxelles-Capitale,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc WOLTER, avocat,
avenue de la Couronne, n°340,
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 11 septembre 2015, la société anonyme ACH CONSTRUCT sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la "décision prise en sa séance du 25 juin 2015 par le Conseil d'Administration de la partie adverse et portée à sa connaissance selon un courriel du 27 août 2015, puis par une lettre recommandée du 1^{er} septembre 2015, reçue en ses bureaux le 2 septembre 2015, de «(...) retirer la décision adoptée par lui lors de sa séance du 28 mai 2015, concernant l'attribution du marché de travaux relatif à la reconversion d'un site industriel en immeuble de logements (63 unités) sis rue Vandenboogaerde, 10-20 et rue de l'Intendant, 156 – 160 à B – 1080 Bruxelles» et de donner mandat, avec pouvoir de substitution «(...) à la direction générale du Fonds pour faire prolonger le délai de validité des offres et charger l'auteur de projet de présenter un nouveau rapport d'analyse»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 14 septembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 septembre 2015 à 10 heures 30.

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., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section 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. La partie adverse a initié un marché public de travaux relatif à la reconversion d'un site industriel en immeuble de logements sis Rue Vandenoogaerde, 10-20 et Rue de l'Intendant, 156-160 à 1080 – Bruxelles, sur la base d'un cahier spécial des charges référencé 2014/035/PP-P0012. Le mode de passation retenu était la procédure d'adjudication ouverte.

III. 2. Ce marché a fait l'objet d'une double publicité, au Bulletin des adjudications et aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne.

III. 3. Le procès-verbal d'ouverture des offres du 5 mars 2015 constate que 8 offres ont été introduites, dont celle de la partie requérante.

III. 4. Par décision du 28 mai 2015, notifiée à la requérante et à l'ensemble des autres soumissionnaires le 2 juin 2015, la partie adverse a décidé d'attribuer ce marché

sur base de l'analyse des offres réalisée par l'auteur de projet qui en avait été chargé (ATELIER A3 pour la partie architecture et les conclusions générales, associée à la société anonyme ELLYPS pour les parties stabilité et techniques spéciales) à la requérante.

III. 5. Par courrier électronique du 8 juin 2015, une nouvelle analyse des offres a été communiquée à la partie adverse, analyse établissant, pour les montants retenus et le classement opéré, certaines erreurs commises dans l'analyse des offres ayant conduit à la décision prise le 28 mai 2015.

III. 6. Par lettre du 9 juin 2015 de l'un des soumissionnaires, la société momentanée THIRAN-VAN LAERE, la partie adverse prit acte de la contestation par ce soumissionnaire du classement de son offre dès lors qu'il n'avait pas été tenu compte des corrections par lui proposées.

III. 7. Ayant égard à ces observations formulées tant par l'auteur de projet que par la société momentanée THIRAN-VAN LAERE, la partie adverse a, par courrier de son directeur général et d'un directeur du 9 juin 2015, informé la requérante ainsi que l'ensemble des autres soumissionnaires, qu'elle ne conclurait pas le marché à l'issue "de la période de standstill" et qu'il serait procédé à une nouvelle analyse des offres, laquelle serait soumise à son conseil d'administration, lors de la séance programmée le 25 juin 2015.

III. 8. Le 11 juin 2015, l'auteur de projet communiquait un nouveau rapport d'analyse des offres.

III. 9. Le 25 juin 2015, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé de retirer sa décision d'attribution du 28 mai 2015 et de donner mandat avec pouvoir de substitution à sa direction générale de prolonger le délai de validité de leurs offres et de charger l'auteur de projet de présenter un nouveau rapport d'analyse.

Il s'agit de l'acte attaqué par le présent recours.

III. 10. Le contenu de cette décision, qui a été notifié à la partie requérante et à l'ensemble des soumissionnaires par courrier du 1^{er} juillet 2015, est libellé comme suit:

" Vous avez soumissionné [...] au marché dont références sous rubrique. Le cahier spécial des charges de ce marché prévoit une durée de validité de 120 jours. En date du 25 juin, notre conseil d'administration a décidé de retirer sa décision d'attribution adoptée par lui en date du 28 mai 2015, et a chargé l'auteur de projet de présenter un nouveau rapport d'analyse lors du prochain conseil d'administration qui aura lieu le 28 août 2015.

Dès lors, conformément à l'article 57 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le Fonds sollicite que vous prolongiez la validité de votre offre de 63 jours calendrier, soit jusqu'au 4 septembre 2015.

Voudriez-vous me confirmer votre accord sur cette prolongation de délai de validité pour le 10 juillet 2015 au plus tard et, si possible même, par retour de courrier ? [...]"

III. 11. Tous les soumissionnaires ont accepté de prolonger le délai de validité de leur offre. Par un courrier du 8 juillet 2015, la requérante a, pour sa part, attiré l'attention de la partie adverse sur le fait que son accord était confirmé "sans préjudice à toute contestation que nous pourrions faire valoir à l'encontre de votre décision prise le 25 juin 2015" et sollicitant dans ce contexte, qu'une copie de cette décision lui soit adressée, ce que la partie adverse a réalisé par courrier électronique du 27 août 2015.

III. 12. Par lettre recommandée du 26 août 2015, la requérante a adressé à la partie adverse un rappel de sa demande de communication de la décision motivée du 25 juin 2015.

III. 13. Sur la base du dernier rapport d'analyse des offres, le conseil d'administration de la partie adverse a pris, le 27 août 2015, une délibération qui a notamment pour objet d'attribuer le marché litigieux à la société momentanée THIRAN-VAN LAERE pour un montant de 8.566.290,34 € H.T.V.A. et de donner mandat, avec pouvoir de substitution, à la direction générale du Fonds pour poser tout acte généralement quelconque, notamment ceux requis par la législation des marchés publics, pour un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue, pour conclure et pour exécuter le marché.

III. 14. Cette décision, qui a été notifiée à l'ensemble des soumissionnaires, et notamment la partie requérante, par courrier et par courriel du 1^{er} septembre 2015 auquel elle était jointe, fait l'objet de demande de suspension de son exécution, introduites par deux requêtes enrôlées sous les numéros G/A.216.966/VI-20.570 et G/A.217.033/VI-20.574.

La notification précisait que la suspension ou l'annulation de la décision d'attribution pouvait être demandée, par voie de recours devant le Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles.

IV. RECEVABILITE RATIONE TEMPORIS DE LA DEMANDE

IV. 1. Thèses des parties

A. Note d'observations

La partie adverse oppose à la demande une exception d'irrecevabilité fondée sur ce que la requête introduite le 11 septembre 2015 serait tardive alors que la décision a été prise le 25 juin 2015. Elle déclare ne pouvoir suivre la requérante lorsque celle-ci considère que le délai légal d'introduction de la requête, de quinze jours, n'aurait pris cours que le 28 août 2015, lendemain de la communication de la décision complète. Elle estime que la décision de retrait d'une décision d'attribution initiale ne relève pas des décisions qui doivent faire l'objet d'une double communication dans leur intégralité conformément à l'article 8 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. Elle relève qu'une décision de retrait ne peut être assimilée à une décision de renonciation à la passation d'un marché ou à une décision de relancer une autre procédure. Elle conclut que le délai de quinze jours imparti à la requérante depuis le 1^{er} juillet 2015, date de la communication suffisante de l'acte attaqué était très largement dépassé le 11 septembre 2015, date d'introduction de la requête.

B. Plaidoiries

A l'audience du 28 septembre 2015, la requérante a rappelé les avatars de communication de la décision attaquée et, plus particulièrement, les demandes adressées à la partie adverse pour l'obtenir dans sa version intégrale. Considérant que le délai de quinze jours qui lui était imparti pour l'introduction de sa requête ne prenait cours qu'à partir de la prise de connaissance de la décision motivée, elle estime avoir, de manière légitime, attendu la communication de la décision dans son intégralité, de manière à éviter d'introduire une requête purement "exploratoire" à un moment où elle n'avait pas une connaissance suffisante des motifs de l'acte attaqué.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le présent recours porte sur une décision de retrait de la décision initiale d'attribution du marché litigieux.

L'acte attaqué constitue une "décision prise par une autorité adjudicatrice" susceptible de faire l'objet d'une demande de suspension de son exécution, conformément à l'article 15 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, lu en combinaison avec l'article 14 de cette même loi.

Conformément à l'article 23 de la loi du 17 juin 2013 précitée, 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, selon le cas.

Le retrait de la décision initiale d'attribution d'un marché n'est pas soumis à publication et ne relève d'aucune des décisions dont les modalités de communication sont régies par les articles 7 à 9 de la loi du 17 juin 2013, de sorte que c'est à la prise de connaissance de cet acte par la personne intéressée qu'il y a lieu d'avoir égard pour déterminer la date à laquelle prend cours le délai de quinze jours ouvert pour l'introduction d'une demande de suspension.

En l'espèce, la requérante a été informée de l'adoption de l'acte attaqué et du dispositif de celui-ci par un courrier que lui a adressé la partie adverse le 1^{er} juillet 2015. Elle en a pris connaissance au plus tard le 8 juillet 2015, date à laquelle elle a accusé réception dudit courrier.

Dans ces circonstances, la requête introduite le 11 septembre 2015 ne peut qu'être déclarée tardive, de sorte que la demande de suspension est irrecevable.

Dès lors que, pour ce motif, la demande doit être déclarée irrecevable d'office, le Conseil d'Etat n'a pas à examiner les mérites de celle-ci au vu des moyens sur lesquels la requérante prend appui pour critiquer la décision attaquée. A raison de ce motif précis d'irrecevabilité de la demande, il n'y a pas davantage lieu de répondre aux exceptions et défenses opposées à cette demande par la partie adverse et au déclinatoire de compétence qu'elle soulève.

V. CONFIDENTIALITE

Bien que la confidentialité des offres n'ait été demandée par aucune des parties, il apparaît, dans les circonstances de l'espèce, qu'elle doit être maintenue provisoirement.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 28 septembre 2015, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Pour le surplus, et dès lors que c'est la partie adverse qui obtient gain de cause, il n'y a pas lieu, conformément à l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure formulée par la requérante.

**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 reprises sous le numéro 33 du dossier administratif, contenant les soumissions, sont tenues pour confidentielles.

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 à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Article 5.

Les 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
deux octobre deux mille quinze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.