

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.423 du 2 octobre 2015

G./A.217.033/VI-20.574

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 17 septembre 2015 la société anonyme ACH CONSTRUCT sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise en sa séance du 27 août 2015 par le Conseil d'Administration de la partie adverse et portée à sa connaissance selon un envoi recommandé du 1^{er} septembre 2015, reçu en ses bureaux le 2 septembre 2015, d'«attribue[r] par conséquent le marché à la SM THIRAN-VANLAERE pour un montant de 8.566.290,34 EUR hors TVA», 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 informer les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue et pour conclure et pour exécuter le marché»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 23 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 Vandenboogaerde, 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.

Le recours dirigé à l'encontre de cette décision a été rejeté par l'arrêt du Conseil d'Etat n° 232.422 du 2 octobre 2015.

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, constitue l'acte attaqué dans le présent recours.

Elle fait par ailleurs l'objet d'une autre demande de suspension de son exécution, introduite par une requête enrôlée sous le numéro G/A.216.966/VI-20.570.

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. Requête

La requérante justifie la recevabilité *ratione temporis* de sa demande dans les termes suivants:

" La décision de retrait querellée a été notifiée à la requérante par lettre recommandée du 1^{er} septembre 2015, reçue en ses bureaux, au plus tôt, le 2 septembre 2015.

Un délai de recours en suspension de 15 jours étant ouvert à la requérante, conformément à l'article 23 § 3 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, prenant cours à la communication de la décision d'attribution complète, le présent recours en suspension est introduit dans le délai de quinze jours prenant cours le lendemain de l'expédition de l'envoi du 1^{er} septembre 2015 et se terminant donc au plus tôt le 17 septembre 2015.

La présente requête doit donc être considérée comme recevable *rationae temporis*".

B. Note d'observations

Se référant à l'article 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, lu conjointement avec l'article 68 de la même loi, qui porte lui-même référence au Règlement CEE/EURATOM n°1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire, la partie adverse soutient qu'à la lecture des articles 3.1 et 3.4 du Règlement précité, est tardive la requête introduite le 17 septembre 2015, alors que l'acte querellé avait été communiqué à la requérante le 1^{er} septembre 2015.

C. Plaidoiries

A l'audience du 28 septembre 2015, la requérante a fait valoir que, dès lors qu'elle avait reçu la décision attaquée au plus tôt le 2 septembre 2015, le délai d'introduction de la demande de suspension avait pris cours le lendemain de cette date de réception, de sorte que la requête introduite le 17 septembre 2015 n'est pas tardive.

Elle a, par ailleurs, relevé que le courriel adressé aux fins de la communication exigée par la loi, l'a été à un membre de son personnel exerçant une fonction de secrétariat, et non à la personne qui avait signé l'offre, de sorte que la communication devrait passer pour imparfaite.

D. Décision du Conseil d'Etat

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.

Par ailleurs, il se déduit de l'article 3.1 du Règlement (CEE, Euratom) n°1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, rendu applicable en l'espèce en vertu de l'article 68 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, que, pour ce qui concerne les décisions d'une autorité adjudicatrice qui doivent faire l'objet d'une communication, le délai d'introduction de la demande de suspension prend cours le lendemain du jour où la communication de cette décision a été effectuée.

En l'espèce, l'acte attaqué a été communiqué à la requérante le 1^{er} septembre 2015.

Le délai d'introduction de la demande de suspension de l'exécution de cet acte ayant pris cours le 2 septembre 2015, la requête contenant une telle demande de suspension, qui a été introduite le 17 septembre 2015, est tardive, de sorte que cette demande est irrecevable.

Pour le surplus, il importe peu que la communication par courrier électronique a été effectuée à une adresse que la requérante estime inappropriée, celle-ci ne formulant, à propos de cet élément de fait, aucun grief précis permettant de conclure à la recevabilité de la demande, nonobstant sa tardiveté. En tout état de cause, le dossier administratif révèle que la personne à laquelle le courrier électronique a été adressé est celle avec laquelle la partie adverse avait déjà échangé plusieurs courriers dans le cadre de la présente affaire.

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. 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.

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 3.

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

Article 4.

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.