

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.475 du 14 janvier 2016

G./A.217.831/VI-20.668

En cause : **la société anonyme ETABLISSEMENTS MAURICE WANTY,**

ayant élu domicile chez
Me Eric BALATE, avocat,
rue du Gouvernement, n° 50,
7000 Mons,

contre :

la commune d'Aiseau-Presles,

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Cyrille DONY, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme AERTSSEN TERRASSEMENTS,

ayant élu domicile chez
Me Gauthier ERVYN, avocat,
avenue de la Toison d'Or, n° 77,
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 14 décembre 2015, la société anonyme ETABLISSEMENTS MAURICE WANTY demande l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par le Collège de la Commune d'Aiseau-Presles, en date du 16 novembre 2015, en ce qu'elle déclare son offre irrégulière «au motif que les postes 01430, 01451 et 04119*02 ont fait l'objet d'une justification par renvoi au prix d'un sous-traitant, qui ne répond pas à la réglementation des marchés publics notamment à l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011» ainsi qu'en ce qu'elle attribue le marché public de travaux

d'assainissement et de réaménagement du site SAR C103 (dit n° 5 Oignies) - puit Saint-Henry, à la SA Aertssen".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 15 décembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 janvier 2016 à 10 heures.

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

La société anonyme AERTSSEN TERRASSEMENTS a, par une requête électronique déposée sur le site du Conseil d'Etat le 6 janvier 2015, 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.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Céline DELHOUX, *loco* Me Eric BALATE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Cyrille DONY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Gauthier ERVYN, 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 commune d'AISEAU-PRESLES a lancé le marché public litigieux par la voie d'une procédure d'adjudication ouverte. Un avis de marché a été publié le 15 avril 2015 au Bulletin des adjudications.

III. 2. Après avoir dans un premier temps, le 31 août 2015, pris la décision d'attribuer le marché à la requérante, la partie adverse a retiré cette décision par une délibération du Collège communal du 12 octobre 2015.

III. 3. Le 16 novembre 2015, une nouvelle délibération du Collège communal décide d'attribuer le marché à la société anonyme AERTSSEN TERRASSEMENTS après avoir considéré l'offre de la requérante irrégulière.

Il s'agit de la décision attaquée.

III. 4. Par un courrier recommandé daté du 25 novembre 2015, déposé à la poste le 26 novembre 2015 et réceptionné le 27 novembre 2015, la partie adverse écrit à la requérante ce qui suit:

" Par la présente, nous vous informons que votre offre, remise dans le cadre du marché susmentionné, a été jugée irrégulière et partant, n'a pas été retenue. En application de l'article 8, § 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, vous trouverez, annexé à la présente, la décision motivée d'attribution du 16-11-2015 (32^{ème} objet) reprenant les motifs de votre irrégularité, ainsi que le détail des voies de recours dont vous disposez à l'encontre de notre décision."

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête électronique déposée sur le site du Conseil d'Etat le 6 janvier 2015, la société anonyme AERTSSEN TERRASSEMENTS a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE RATIONE TEMPORIS DE LA DEMANDE

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante expose que la décision lui a été notifiée par la partie adverse par un envoi recommandé reçu le 27 novembre 2015. Elle estime que sa requête unique est recevable *ratione temporis*, dès lors qu'elle a été introduite dans les quinze jours de cette notification.

B. Requête en intervention

La partie intervenante fait valoir, en substance, que la demande de suspension doit, à peine d'irrecevabilité, être introduite dans un délai de quinze jours à compter de la communication de l'acte et que le délai commence à courir le lendemain de l'envoi, et non de la réception, de l'acte dont la suspension est demandée. Or, elle constate qu'en l'espèce, la décision attaquée a été communiquée par un courrier recommandé envoyé le 26 novembre 2015. Elle estime donc que le délai commençait à courir le 27 novembre 2015 et qu'il expirait le vendredi 11 décembre 2015. La requête ayant été envoyée au Conseil d'Etat par courrier recommandé du 14 décembre 2015, la partie intervenante considère qu'elle est tardive et donc irrecevable.

C. Audience

A l'audience, la requérante fait valoir, en premier lieu, que le point de départ du délai est la communication de la décision et que cette communication doit s'entendre de la date à laquelle le destinataire a reçu la décision. Elle soutient que dans les hypothèses où, comme en l'espèce, la communication ne doit s'effectuer que par un envoi recommandé, le marché n'atteignant pas les seuils européens, faire commencer à courir le délai à la date de l'envoi aurait pour résultat de créer une incertitude dans le chef des soumissionnaires, ceux-ci ne connaissant pas la date de cet envoi et, partant, étant dans l'impossibilité de déterminer également la date de l'échéance du délai. Il en irait, selon elle, autrement dans les hypothèses où la communication a lieu également par courriel, le destinataire pouvant dans ce cas en prendre connaissance quasiment en temps réel et disposant ainsi d'une date certaine de début du délai. En conséquence, elle considère que dès lors qu'elle a reçu la décision attaquée le 27 novembre 2015, le délai d'introduction de la demande de suspension a pris cours le lendemain de cette date, soit le 28 novembre 2015 et que son recours, introduit le 14 décembre, est recevable *ratione temporis*.

A titre subsidiaire, la requérante expose qu'en toute hypothèse, l'extrait pertinent de la décision d'attribution n'était pas joint à la communication envoyée le 26 novembre 2015, seul le rapport d'attribution y étant joint. Elle soutient que cet extrait ne lui a été communiqué que le 10 décembre 2015, en réponse à un courrier qu'elle avait envoyé le 8 décembre 2015 à la partie adverse. Elle dépose à l'audience une copie de cet échange de courrier. Elle en conclut que la notification initiale étant incomplète, elle était irrégulière et que le délai de recours n'a commencé à courir qu'à partir de la communication de la décision motivée d'attribution, le 10 décembre 2015.

Concernant la date de départ du délai, la partie intervenante répond que le cachet de la poste fait foi de la date de l'envoi et qu'il n'existe donc pas d'incertitude quant à cette date.

Concernant la communication de la décision d'attribution, la partie adverse indique que le courrier informant la requérante de l'irrégularité de son offre mentionne que l'extrait pertinent de cette décision y est joint. Elle signale que le même courrier a été adressé à tous les soumissionnaires écartés et qu'aucun de ceux-ci n'a signalé d'erreur. Elle ajoute que si elle a annexé à son courrier du 10 décembre 2015 une copie de l'extrait pertinent de la décision d'attribution, elle confirmait dans ce même courrier que l'extrait en question avait déjà été communiqué à la société WANTY en annexe de la lettre envoyée le 26 novembre 2015.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Conformément à l'article 23, §§ 1^{er} et 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, 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.

Pour ce qui concerne les décisions d'une autorité adjudicatrice qui, en vertu de l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 précitée, doivent faire l'objet d'une communication, le point de départ du délai est, par conséquent, cette communication.

L'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 se lit comme suit:

- " Art. 8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique :
- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
 - 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
 - 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.
- La communication comprend également, le cas échéant :
- 1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 11, alinéa 1er;
 - 2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout autre moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 15;
 - 3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 11, alinéa 3, peut être envoyée.
- L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par envoi recommandé".

Cette disposition s'adresse à l'autorité adjudicatrice, à qui elle fait obligation, dans son alinéa 1^{er}, de communiquer sa décision "dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée", le second alinéa, non applicable en l'espèce, décrivant les formes que cette autorité doit respecter lors de cette communication. Cette disposition ne concerne donc que l'envoi de la décision par l'autorité, la question de sa réception étant étrangère aux obligations imposées à celle-ci. Il s'ensuit que la communication visée par cette disposition ne peut s'entendre que de l'acte posé par l'autorité adjudicatrice lorsqu'elle envoie aux soumissionnaires sa décision motivée.

Cette lecture est corroborée par l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2013 qui indique dans le commentaire de l'article 11, relatif au délai d'attente, que le législateur a voulu faire correspondre le délai visé par cette disposition et celui que vise l'article 23, § 3. Or, ledit article 11 fait expressément démarrer le délai d'attente "à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés conformément à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3". Rien n'autorise, à cet égard, à considérer que le législateur aurait voulu instituer un mode de computation du délai de recours différent lorsque les articles 11 et 8, § 1^{er}, alinéa 3, ne trouvent pas, comme en l'espèce, à s'appliquer.

Par ailleurs, s'agissant d'un envoi recommandé, le cachet de la poste fait foi de la date de l'envoi et permet dès lors de déterminer avec certitude la date du début du délai.

En l'espèce, la partie adverse soutient avoir communiqué le 26 novembre 2015 l'acte attaqué à la requérante, comme l'indique sa lettre datée du 25 novembre 2015 et déposée à la Poste le 26 novembre 2015. En termes de requête, la requérante ne conteste nullement la réalité et la régularité de cette communication. Elle indique, au contraire, expressément, dans son exposé des faits, que "par correspondance datée du 25 novembre 2015, adressée par voie de recommandation postale et reçue le 27 novembre 2015, la SA WANTY est informée que par une délibération du Collège communal du 16 novembre 2015, son offre a été jugée irrégulière". Elle cite ensuite longuement l'extrait pertinent de cette délibération. Dans le point II de sa requête, elle examine la recevabilité *ratione temporis* de celle-ci, en prenant comme point de départ la communication datée du 25 novembre, qu'elle a reçue le 27 novembre. A l'audience, elle soutient toutefois, pour la première fois, que la notification effectuée le 26 novembre 2015 était incomplète.

Lorsqu'une partie conteste la régularité d'une notification faisant courir un délai, il lui revient, en principe, d'administrer la preuve de ce qu'elle allègue. En l'espèce, la partie requérante produit à l'audience deux courriers à l'appui de ses allégations. Le passage pertinent du premier, qu'elle a adressé à la partie adverse le

8 décembre 2015, est ainsi formulé : "Ces décisions font référence à une pièce qui, sauf erreur ou omission de ma part, n'était pas jointe à l'envoi précité soit la décision motivée d'attribution du 16 novembre 2015 – 32 et 33^{ème} objet". La partie adverse y a notamment répondu ceci dans le second courrier produit, daté du 10 décembre 2015: "Comme indiqué dans nos correspondances datées du 25-11-2015, dont vous trouverez copies en annexe, celles-ci ont été transmises à la S.A. WANTY accompagnées des délibérations du 16 -11-20158 (32^{ème} et 33^{ème} objet) auxquelles étaient agrafées les voies de recours. Nous nous étonnons dès lors que vous ne les ayez pas reçues de votre client". Une copie de la délibération litigieuse était jointe à ce dernier courrier. Il ne peut se déduire de ce seul échange de courrier que la délibération litigieuse n'était effectivement pas annexée à la communication envoyée le 26 novembre 2015. Le courrier de la partie requérante n'exclut d'ailleurs, lui-même, pas une "erreur ou omission" de sa part. Dès lors que la requête indique explicitement que la notification de la décision attaquée a été effectuée par le courrier du 25 novembre, envoyé par recommandé le 26 novembre et reçu le 27 novembre 2015, la succession des écrits montre plutôt qu'au moment d'introduire sa requête, la requérante s'est, sur ce point, alignée sur la version de la partie adverse. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, son revirement tardif à l'audience ne permet pas de remettre en doute la régularité de la communication effectuée le 26 novembre 2015 par la partie adverse.

A première vue, la décision attaquée a donc été valablement communiquée à la partie requérante par l'envoi recommandé du 26 novembre 2015.

Conformément à 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, le délai d'introduction de la demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution d'un marché public "est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai". L'acte qui fait courir le délai étant, en l'espèce, la communication effectuée par la partie adverse le 26 novembre 2015, le premier jour du délai est le 27 novembre 2015 et le dernier jour est le 11 décembre 2015.

Il s'ensuit que la requête introduite le 14 décembre 2015 est tardive.

VI. CONFIDENTIALITE

La partie adverse dépose l'offre de la requérante et celle de la partie intervenante ainsi qu'un récapitulatif détaillé des prix remis par chaque soumissionnaire. Elle demande que la confidentialité de ces pièces soit préservée.

Dès lors que la communication de ces pièces pourrait nuire au secret des affaires et que leur divulgation n'est pas, à ce stade, utile à la solution du litige, il y a lieu d'accueillir la demande de la partie adverse.

Il convient également d'étendre cette confidentialité à l'offre déposée par la requérante en annexe à sa requête.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 21, 22 et 23 du dossier administratif et 2 des annexes à la requête sont soustraites à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

Article 4.

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 aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.