CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE

A R R Ê T

n^o^ 242.950 du 14 novembre 2018

A. 220.734/VI-20.902

En cause : **1. la société anonyme CLOSE**,
2. la société anonyme AXIMA,
3. la société anonyme DELTA THERMIC,

ayant élu domicile chez
M^es^ Jean-Marie RIKKERS, Jean-Luc TEHEUX et Nicolas BOTTIN, avocats,
rue Denis Lecocq 35
4031 Angleur,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^e^ Geoffroy GENERET, avocat,
rue Capitaine Crespel 2-4
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société de droit espagnol INSTALLACIONES INABENSA,

ayant élu domicile chez
M^e^ Jens MOSSELMANS, avocat,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 octobre 2016, la société anonyme CLOSE, la société anonyme AXIMA et la société anonyme DELTA THERMIC demandent l'annulation de "la décision prise le 15 juillet 2016 par le Gouvernement Wallon, (Monsieur le Ministre de l'Economie, de l'Industrie, de l'Innovation et du Numérique) d'accorder à la société de droit espagnol SA INSTALLACIONES INABENSA (Galle Energia Solar, 1,41014 SEVILLA – Espagne - ESA41694266)

une équivalence de son agréation espagnole à une agréation belge en classe 8, sous-catégorie D18 et classe 1, sous-catégorie D17".

II. Procédure

Par une requête introduite le 27 février 2017, la société anonyme INSTALLACIONES INABENSA demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Une ordonnance du 13 mars 2017 a accueilli provisoirement cette intervention.

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'État ont été acquittés.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention ont été régulièrement échangés.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 93 du règlement général de procédure.

Par une ordonnance du 18 septembre 2018, les parties ont été convoquées à l'audience du 9 octobre 2018 à 10 heures et le rapport leur a été notifié.

M. David DE ROY, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Pierre VAN DUEREN, *loco* M^e^ Geoffroy GENERET, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Dorian PYCKE, *loco* M^es^ Bart VANDEREECKT et Jens MOSSELMANS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, auditeur, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles à l'examen du recours

1. Le 5 octobre 2015, le Centre hospitalier universitaire de Liège (ci-après CHU de Liège) publie un avis de marché de travaux relatif à la construction d'un nouveau bâtiment CIO-UNILAB (lot 4 : HVAC).

Le CHU de Liège range les travaux relatifs au lot 4 (HVAC) dans trois sous-catégories d'agréation, à savoir la D16, la D17 et la D18, et exige que le soumissionnaire présente :

" - soit la preuve de son agréation correspondant à la catégorie et/ou à la sous-catégorie d'agréation mentionnée […];
- soit la preuve de son inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre État membre de l'Union européenne ainsi que les documents complémentaires éventuels;
- soit un dossier dont il ressort que l'entrepreneur satisfait aux exigences de la classe, de la catégorie et/ou de la sous-catégorie d'agréation à prendre en considération".

L'avis de marché annonce également que les soumissionnaires doivent être agréés en classes : "D16 (Installations sanitaires et installations de chauffage au gaz par appareils individuels), D17 (Chauffage central, installations thermiques) et D18 (Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air)" ainsi que dans la "classe correspondant au montant global de l'offre".

2. Lors de la séance d'ouverture des offres du 24 novembre 2015, il apparaît que cinq soumissionnaires (dont la société momentanée CLOSE – AXIMA - DELTA THERMIC et la société INSTALACIONES INABENSA) ont déposé une offre. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, la partie intervenante est classée en deuxième position, tandis que les requérantes apparaissent en troisième position.

3. Le 12 février 2016, le CHU de Liège adresse un courrier à la Commission d'agréation des entrepreneurs afin de s'assurer que la partie intervenante dispose d'une agréation d'entrepreneur équivalente à celle requise.

Le 26 avril 2016, la Commission d'agréation constate que le dossier transmis par la société INSTALACIONES INABENSA est incomplet et rend un avis défavorable.

Par un courriel du 20 mai 2016, le pouvoir adjudicateur fait parvenir des informations complémentaires à la Commission d'agréation.

Par un courriel du 10 juin 2016, la société INSTALACIONES INABENSA demande la révision du premier avis rendu par la Commission.

Le 28 juin 2016, la Commission d'agréation constate que "la SA a complété son dossier de demande d'équivalence et a limité sa demande pour D17 à la classe 1". Sur la base de ce dossier, elle considère que "son agréation espagnole est équivalente à une agréation belge en 8D18 et 1D17 […] pour le marché du CHU de Liège".

4. Un rapport d'analyse des offres est établi le 29 juin 2016. Il traite notamment de la question des agréations nécessaires à l'obtention du marché :

" Après un examen attentif de la législation sur l'agréation et de la jurisprudence sur le sujet, nous ne pouvons exclure de soumissionnaires au motif qu'ils ne sont pas agréés en classe D16 dès lors que cette exigence ne correspond pas aux caractéristiques du marché.
Par ailleurs, la ventilation des montants des postes du métré entre la sous-catégorie D17 chauffage central, installations thermiques et la sous-catégorie D18 ventilation, chauffage à air chaud et conditionnement d'air, montre que les postes qui ressortent de la sous-catégorie 17 représente 15 % du montant de l'estimation et que les postes qui ressortent de la sous-catégorie 18 représente 85 % du montant de l'estimation.
Dès lors, en application de l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, le soumissionnaire doit à tout le moins être agréé en sous-catégorie D18 dans la classe correspondant au montant de son offre".

5. Le 14 juillet 2016, l'administrateur délégué du CHU de Liège décide d'attribuer le marché à la partie intervenante. Sa décision comporte, notamment, la considération suivante :

" Considérant l'avis de la Commission d'agréation qui constate que l'agréation espagnole est équivalente à l'agréation belge en 8D18 et 1D17 en application des articles 5 et 6 de la loi du 20 mars 1991 pour le marché du CHU de Liège".

6. Le 15 juillet 2016, le Ministre compétent signe pour approbation le procès-verbal de la Commission d'agréation. Ce procès-verbal est envoyé le 20 juillet 2016 au SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie.

Le 25 juillet 2016, la décision d'équivalence de l'agréation est notifiée par le SPF Economie, PME, Classes moyennes et Energie à la société INSTALACIONES INABENSA et au CHU de Liège.

7. Par une requête introduite le 29 juillet 2016, les requérantes sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision d'attribution adoptée par le CHU de Liège le 14 juillet 2016.

Par l’arrêt n° 235.653 du 31 août 2016, le Conseil d'État suspend l'exécution de la décision du 14 juillet 2016 et, le 7 septembre 2016, le CHU de Liège décide de la retirer.

Le 9 septembre 2016 les parties requérantes introduisent une requête en annulation, qui a été déclarée sans objet par l’arrêt n° 237.303 du 7 février 2017.

8. Le 28 septembre 2016, le conseil d’administration du CHU de Liège adopte une nouvelle décision motivée d'attribution du marché à la partie intervenante.

Cette décision fait toujours référence au rapport d'analyse des offres du 29 juin 2016 sous réserve de certaines mises aux points. Elle comporte, notamment, les considérations suivantes :

" - Dans ces conditions, l'exigence d'agréation est à apprécier par rapport à la seule sous-catégorie D18 eu égard aux montants des offres effectivement déposées.
- Il est constaté que chacun des soumissionnaires dispose de cette agréation D18".

9. Le 21 octobre 2016, les parties requérantes introduisent une requête en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la décision du 28 septembre 2016. Dans ce recours, elles soulèvent, notamment, une exception d’illégalité de la décision d’équivalence d’agréation accordée à la partie intervenante.

Par l’arrêt n° 236.445 du 17 novembre 2016, le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution de la décision d’attribution du 28 septembre 2016 (sur la base d’un autre argument).

Le 2 décembre 2016, les parties requérantes introduisent une requête en annulation contre la décision du 28 septembre 2016.

Le 21 décembre 2016, le conseil d’administration du CHU de Liège décide, d'une part, de retirer la décision d'attribution du marché du 28 septembre 2016 et, d'autre part, d'attribuer une nouvelle fois le marché litigieux à la partie intervenante.

Le recours en annulation est déclaré sans objet par l’arrêt n° 238.952 du 17 août 2017.

10. Par une requête introduite le 4 janvier 2017, les parties requérantes demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision d'attribution prise le 21 décembre 2016.

Par une requête introduite le 17 février 2017, les requérantes demandent l'annulation de la même décision.

Par son arrêt n° 237.583 du 7 mars 2017, le Conseil d'Etat rejette la demande de suspension.

Par son arrêt n° 238.698 du 28 juin 2017, le Conseil d'Etat constate que les parties requérantes n'ont pas demandé la poursuite de la procédure dans le délai imparti et qu'elles sont donc légalement présumées se désister de leur recours.

IV. Intérêt au recours

IV.1. Thèses des parties

A. La requête

Les requérantes rappellent qu'elles participent à une procédure d'adjudication ouverte pour l'attribution d'un marché public de travaux et qu'elles sont en concurrence avec la société de droit espagnol INSTALLACIONES INABENSA. Elles soulignent que le cahier spécial des charges applicable au marché en cause exige, en ce qui concerne la sélection qualitative, une agréation en classe 8, sous-catégorie D18 et en classe 1, sous-catégorie D17. Elles justifient leur intérêt à obtenir l'annulation de l'acte attaqué "dès lors qu'une telle annulation entraînerait l'écartement de l'offre de la SA INSTALLACIONES INABENSA et, en conséquence, une plus grande chance de se voir attribuer le marché, étant à cet égard précisé que l'offre des requérantes serait, dans cette hypothèse, l'offre régulière la moins-disante dans le cadre d'une procédure d'adjudication".

B. Le mémoire en réponse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité à défaut d'intérêt. Elle reproduit les explications que les parties requérantes donnent (en page 7 de leur requête) :

" (...) Par décision du 28 septembre 2016 (...) le pouvoir adjudicateur a à nouveau attribué le marché à la société de droit espagnol INSTALACIONES INABENSA (...).

Les requérantes entendent à nouveau solliciter, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de cette décision sur base de différents moyens, dont l'un d'eux est tiré de la violation par ladite décision de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation des entrepreneurs de travaux ainsi que de son arrêté royal d'application du 26 septembre 1991.
Les requérantes entendent donc introduire, à l'appui de leur requête en suspension d'extrême urgence, un moyen incident basé sur l'article 159 de la Constitution et tiré de l'illégalité de la décision d'équivalence d'agréation prise par le Gouvernement Wallon le 15 juillet 2016
Toutefois, selon la jurisprudence constante du Conseil d'État, l'exception ou le moyen incident basé sur l'article 159 de la Constitution ne peut plus être soulevé à l'encontre d'un acte individuel (ou collectif) qui apparaît définitif du point de vue du requérant, faute, de la part de celui-ci, de l'avoir attaqué dans le délai de 60 jours par un recours en annulation.
Les requérantes sollicitent en conséquence, par le présent recours, l'annulation de la décision prise le 15 juillet 2016 (...)".

La partie adverse formule deux objections.

D'une part, elle estime que "s'il s'avère qu'un tel recours [en extrême urgence] n'a toujours pas été introduit au jour de la présente contre la décision d'attribution du marché du 28 septembre 2016, les parties requérantes ne peuvent donc plus agir contre celle-ci et, par voie de conséquence, ne disposent plus d'un intérêt pour agir contre l'acte attaqué".

D'autre part, elle rappelle que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 159 de la Constitution impose aux cours et tribunaux l'obligation de contrôler la légalité des actes administratifs individuels sans limitation dans le temps. Elle se réfère à un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 2015 et en déduit qu'"il n'est pas nécessaire pour les parties requérantes d'agir en annulation à l'encontre de l'acte attaqué aux fins de pouvoir invoquer l'article 159 de la Constitution à l'appui d'un recours en extrême urgence contre la nouvelle décision d'attribution du marché du 28 septembre 2016".

C. Le mémoire en intervention

La partie intervenante ne soulève pas d'exception relative au défaut d'intérêt.

D. Le mémoire en réplique

Les requérantes répliquent qu'elles ont bel et bien introduit un recours en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la décision d'attribution du 28 septembre 2016 et qu'elles ont obtenu, par l'arrêt n° 236.445 du 17 novembre 2016, une nouvelle suspension de la procédure d'attribution de ce marché.

Elles ajoutent qu’au moment où elles introduisent la présente procédure, "elles ont un intérêt certain à obtenir l'annulation de l'acte attaqué dès lors qu'une telle annulation entraînerait l'écartement de l'offre de la SA INSTALLACIONES INABENSA et, en conséquence, une plus grande chance de se voir attribuer le marché, étant à cet égard précisé que l'offre des requérantes serait, dans cette hypothèse, l'offre régulière la moins-disante dans le cadre d'une procédure d'adjudication".

Les requérantes reconnaissent que, dans le cadre d'une troisième procédure en suspension d'extrême urgence, le Conseil d'État a rejeté le recours à l'encontre de la décision adoptée le 20 décembre 2016 d'attribuer une troisième fois le marché à la société INSTALLACIONES INABENSA. Elles se réfèrent toutefois à la jurisprudence du Conseil d’État et plus particulièrement aux arrêts n° 227.668 du 11 juin 2014 et n° 227.302 du 7 mai 2014 selon lesquels "la circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat intervient, le marché est exécuté en manière telle que la société requérante ne peut plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargée de son exécution mais doit, le cas échéant, se contenter d'actionner le pouvoir adjudicateur en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver la société requérante de son intérêt au recours en annulation. Elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision d'attribution du marché".

Elles en déduisent qu’elles "ont donc intérêt à introduire la présente procédure".

E. Plaidoiries

En termes de plaidoiries, les parties requérantes invoquent, comme dans leur mémoire en réplique, les arrêts n° 227.668 du 11 juin 2014 et n° 227.302 du 7 mai 2014 pour justifier qu’elles gardent, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée. Elles ajoutent que le prononcé d’un arrêt d’annulation par le Conseil d’État dans la présente affaire serait de nature à faciliter l'aboutissement d’une action en dommages et intérêts. Elles estiment qu’elles justifient dès lors toujours d’un intérêt actuel à l’annulation de l’acte attaqué.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort des termes de la requête que le présent recours a été introduit afin de "prolonger" le délai dans lequel les parties requérantes pouvaient soulever, devant le Conseil d'État, l'illégalité de la décision accordant l'équivalence d'agréation à la société INSTALACIONES INABENSA, dans le cadre de recours dirigés contre l'attribution à cette société du lot HVAC du marché public relatif au nouveau bâtiment CIO-UNILAB.

En effet, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État – seul compétent pour connaître de recours dirigés contre les décisions d'attribution de marchés publics adoptées par le CHU de Liège – l'exception d'illégalité fondée sur l'article 159 de la Constitution doit être rejetée si elle est invoquée à l'encontre d'un acte individuel que le requérant n'a pas attaqué en temps utile par un recours en annulation.

Au moment de l'introduction du présent recours, les requérantes justifiaient donc uniquement leur intérêt à agir par la volonté d'obtenir "l'écartement de l'offre de la SA INSTALLACIONES INABENSA et, en conséquence, une plus grande chance de se voir attribuer le marché". Dans cette perspective, le présent recours ne présente d'intérêt qu'en lien avec les recours dirigés contre les décisions d'attribution du marché relatif à la construction du nouveau bâtiment CIO-UNILAB (lot 4 HVAC).

Or, le contentieux relatif à l'attribution du marché en cause a connu de nombreux développements, postérieurs à l'introduction du présent recours. Après avoir suspendu les deux premières décisions d'attribution du marché à la société INSTALACIONES INABENSA, le Conseil d'État a, par son arrêt n° 237.583 du 7 mars 2017, rejeté le recours en suspension d'extrême urgence introduit par les requérantes à l'encontre de la troisième décision d'attribution du marché à la société INSTALACIONES INABENSA. Suite à cet arrêt, les parties requérantes n'ont pas introduit de demande de poursuite de la procédure en annulation, si bien que leur désistement a été décrété. Le contentieux relatif à l'attribution de ce marché est dès lors définitivement clôturé. Les parties requérantes ne peuvent dès lors plus justifier leur intérêt au présent recours par la volonté d'obtenir l'écartement de l'offre de la société INSTALLACIONES INABENSA, la décision d'attribution du marché à cette dernière société n'étant désormais plus susceptible d'être suspendue ou annulée.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, la jurisprudence qu'elles citent, à savoir les arrêts n° 227.668 du 11 juin 2014 et n° 227.302 du 7 mai 2014, n'est pas de nature à établir qu'elles garderaient un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée d'accorder à la société de droit espagnol INSTALLACIONES INABENSA une équivalence de son agréation espagnole à une agréation belge en classe 8, sous-catégorie D18 et classe 1, sous-catégorie D17.

Il est vrai que la notion d'"intérêt au recours" au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions est plus large que la même notion au sens de l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Au sens de l'article 14 précité, le recours est en effet ouvert à "toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée".

Toutefois, cette notion plus large de l'intérêt au recours résultant de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précité ne vaut que pour le contentieux spécifique de l'attribution des marchés publics, contentieux dans le cadre duquel ont précisément été prononcés les arrêts cités par les requérantes. Or, la décision attaquée dans le présent recours, qui concerne l'agréation d'un entrepreneur de travaux, ne relève pas de ce contentieux particulier.

C'est donc à la notion d'intérêt au recours au sens de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État qu'il convient d'avoir égard. Si un intérêt moral peut, dans certaines circonstances, suffire à l'appui de la demande d'annulation d'un acte administratif, cette annulation doit toutefois procurer un avantage certain au requérant et non une satisfaction purement symbolique.

Le 12 mars 2018, l'auditeur a adressé un courriel aux conseils des parties requérantes, afin de leur demander si elles maintenaient leur intérêt au recours. L'un de ceux-ci a répondu, le 16 mars 2018, que ses clients "entendent poursuivre la procédure" sans toutefois justifier d'une quelconque manière le caractère actuel de leur intérêt à agir. À l'audience du 9 octobre 2018, les parties requérantes n'ont pas d'avantage fait état d'élément concret de nature à établir l'intérêt moral dont elles se prévalent. Dans ces circonstances, il est permis de considérer qu'elles ne justifient pas d'un intérêt moral suffisant à l'annulation de la décision attaquée.

Enfin, en ce qui concerne la circonstance que le prononcé d'un arrêt d'annulation par le Conseil d'État dans la présente affaire serait de nature à faciliter l'aboutissement d'une action en dommages et intérêts, il convient de rappeler que la seule perspective d'obtenir plus facilement une indemnisation par les tribunaux de l'ordre judiciaire en cas d'annulation de l'acte attaqué ne suffit pas pour justifier le maintien de l'intérêt requis par l'article 19 des lois coordonnées susvisées. En outre, il y a lieu à nouveau de relever que l'attribution du lot HVAC du nouveau bâtiment CIO-UNILAB à la société de droit espagnol INSTALLACIONES INABENSA est devenue définitive de sorte que les requérantes ne pourraient plus justifier une action en dommages et intérêts par la circonstance que ledit lot devait en réalité leur être attribué. Enfin, on ne voit pas quel autre dommage pourrait leur avoir causé la décision attaquée dans le présent recours.

Les parties requérantes n'exposent pas à suffisance – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – leur intérêt à poursuivre l'annulation de l'acte attaqué.

La requête est irrecevable, à défaut d'intérêt actuel.

V. Indemnité de procédure

La partie adverse et la partie intervenante sollicite la condamnation des parties requérantes au paiement d'une indemnité de procédure de 700 euros.

Il ressort de l'article 30/1, § 2, alinéa 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État que "les parties intervenantes ne peuvent être tenues au paiement ou bénéficier de cette indemnité". Il n'y a dès lors pas lieu d'accorder une indemnité de procédure à la partie intervenante.

Les parties requérantes n'ont fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité de procédure réclamée.

Il y a dès lors lieu de faire droit à la demande de la partie averse et de lui accorder une indemnité de procédure, liquidée à son montant de base de 700 euros.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme INSTALLACIONES INABENSA est accueillie.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge des parties requérantes, à concurrence d'un tiers chacune.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 750 euros, sont mis à charge des parties requérantes, à concurrence de 200 euros chacune, et à charge de la partie intervenante, à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le quatorze novembre deux mille dix-huit par :

MM. David DE ROY, conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. David DE ROY.