

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DE VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.221 du 23 juillet 2019

A. 228.422/VI-21.513

En cause : **la société anonyme *Telecom Integrated Technologies***, en abrégé ***Telecom-IT***,

ayant élu domicile chez
M^e Filip GIJSSELS, avocat,
Gentsesteenweg 56
9900 Eeklo,

contre :

**le Centre hospitalier régional (C.H.R.)
*Verviers East Belgium***,

ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François HENROTTE et
Fabian CULOT, avocats,
boulevard d'Avroy 280
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête unique introduite le 13 juin 2019, la société anonyme *Telecom Integrated Technologies* demande la suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, de la décision du 9 avril 2019 du conseil d'administration du "CHR Verviers *East Belgium*" par laquelle l'offre de la partie requérante ayant pour objet "l'implémentation d'un nouveau réseau *wi-fi*", soit n'a pas été sélectionnée, soit a été considérée comme irrégulière, et par laquelle le marché a été attribué à un autre soumissionnaire.

II. Procédure

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une ordonnance du 24 juin 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 19 juillet 2019.

M. Jacques VANHAEVERBEEK, président de chambre, a fait rapport.

M^e Filip GJSSELS, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Fabian CULOT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur, a été entendu 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. Faits

1. Le 7 juin 2017, le bureau permanent de la partie adverse approuve les conditions, le montant estimé et la procédure de passation d'un marché portant sur "l'implémentation d'un nouveau réseau *wi-fi*" au sein des bâtiments de la partie adverse.

Il s'agit d'un marché par procédure ouverte fondé sur l'article 36 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le marché est divisé en deux lots :

- Lot 1 : installation de câblages informatiques, estimé à 350.000 euros HTVA ou 423.500 EUR TVAC;
- Lot 2 : réseau *wi-fi*, estimé à 780.000 euros HTVA ou 943.800 euros TVAC.

Il s'agit d'un marché soumis à publicité européenne.

2. Un avis de marché 2018-524140 paraît au niveau national, et un avis de marché 2018/S 163-372137 paraît au niveau européen.

Les offres doivent parvenir à la partie adverse pour le 17 octobre 2018 à 11 heures au plus tard.

3. Une séance publique d'ouverture des offres est organisée le 17 octobre 2018 à 11 heures dans les bureaux de la partie adverse. Un représentant de chacun des soumissionnaires assiste à cette séance d'ouverture.

Au terme du procès-verbal d'ouverture des offres, la réception des offres suivantes est actée :

- Pour le lot 1 :
 - ENGIE FABRICOM;
 - S.A. HEINEN;
 - NET SITE CONNECT.
- Pour le lot 2 :
 - S.A. SECURE LINK;
 - 258/Tom MESSIAEN;
 - S.A. QUANT ICT.

4. La soumission à laquelle la partie requérante se réfère comme étant la sienne est celle déposée et signée par Tom MESSIAEN, le 10 octobre 2018, ainsi qu'il apparaît du formulaire d'offre déposé par celui-ci auprès de la partie adverse.

De plus, l'ensemble des documents déposés par Tom MESSIAEN auprès de la partie adverse le sont dans un classeur et sur un papier à en-tête portant pour nom "*258 Proudly Integrated*".

Il est par ailleurs précisé, en page 3 du dossier de soumission, que "25-8 est le nouveau nom de *Telecom-IT*. Les deux noms sont encore présent dans notre dossier".

5. Tom MESSIAEN et S.C. adressent un courrier à la partie adverse après avoir reçu un appel de celle-ci s'interrogeant sur l'identité exacte du soumissionnaire.

Ils y précisent notamment ce qui suit :

" [...]

Telecom-IT, TVA BE0832.347.496 est notre dénomination sociale (ou raison sociale) et est le nom officiel donné à notre société, telle que repris dans les statuts publiés au Moniteur Belge, et ainsi connu dans la Banque-Carrefour des Entreprises sous le n° 0832.347.496. [...].

Notre dénomination sociale, *Telecom-IT*, accompagnée de sa forme juridique de la société (n.v./s.a.) figure dans nos documents émis par notre société dans notre réponse du Cahier de Charge Lot 2 *WIFI*.

[...]

Telecom-IT NV a 2 divisions, c-à-d la division «258» (l'intégrateur) et la division «*Unmatched*» (R&D). Notre nom commercial 258 est l'appellation sous laquelle notre entreprise exerce depuis le 1 octobre ses activités commerciales. Ce nom 258 nous permet donc d'identifier l'entreprise, mais également de la distinguer de nos concurrents.

[...]"

6. Le 8 avril 2019, S.C. adresse spontanément deux courriels à la partie adverse précisant que "25-8 (division de *Telecom-IT*) est bien une société valable et fiable avec des très grandes références dans les hôpitaux" et que " *Telecom-It* et 25-8 font partie du groupe EEG (Karl Neyrinck)".

7. Par un courriel du 13 mars 2019, la partie adverse interroge chacun des soumissionnaires quant à leur accord en vue d'une prolongation du délai de validité des offres déposées.

Ce courrier est libellé comme suit :

" [...]

Le délai de validité de votre offre expire le 16 mars 2019.

La notification du choix de l'adjudicataire n'ayant pu avoir lieu dans ce délai, et conformément à l'article 58 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous prions de nous faire savoir, par écrit, si vous consentez à maintenir votre offre sans réserve jusqu'au 31 mai 2019.

Si vous ne consentez à maintenir votre offre qu'à la condition d'obtenir un supplément de prix, l'augmentation réclamée doit être justifiée par des circonstances survenues postérieurement à l'ouverture des offres.

[...]"

Ce courriel est adressé à Tom MESSIAEN à son adresse habituelle tm@25-8.eu.

8. Deux des trois soumissionnaires du lot 2 confirment leur accord sans condition en vue de la prolongation du délai de validité de leur offre. Tom MESSIAEN n'y réserve aucune réponse.

9. Le 9 avril 2019, le conseil d'administration de la partie adverse, prenant en considération le rapport d'examen des offres du 29 mars 2019 pour les lots 1 et 2, décide "de ne pas sélectionner le soumissionnaire Monsieur Tom MESSIAEN (personne physique)".

Il s'agit de la décision attaquée.

10. Par un courrier du 17 mai 2019, la direction des Marchés publics et du Patrimoine du Service public de Wallonie informe la partie adverse que la délibération de son conseil d'administration du 9 avril 2019 attribuant le marché public de fourniture ayant pour objet l'implémentation d'un nouveau réseau *wi-fi* n'appelle aucune mesure de tutelle et qu'elle est donc devenue pleinement exécutoire.

11. Par un courrier recommandé envoyé le 29 mai 2019, la partie adverse adresse à Tom MESSIAEN un avis de non-attribution de marché rédigé comme suit :

- " Concerne : - Implémentation d'un nouveau réseau *Wifi*
- Lot 2 (Réseau *wifi*)
- Avis de non-attribution

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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, nous vous informons que le marché précité a été attribué par notre administration le 9 avril 2019 à un autre soumissionnaire.

Veuillez trouver ci-dessous les motifs de votre non-sélection :

- L'offre déposée par Monsieur Tom MESSIAEN est affectée d'irrégularités substantielles (au regard notamment des articles 89 de la Loi du 17 juin 2016 et des articles 76 et 78 de l'AR du 18 avril 2017) rendant inexistant ou à tout le moins incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché. À défaut d'identification précise des personnes physiques et/ou morales (Tom MESSIAEN, Telecom-IT, 258) qui font offre, il n'est pas possible pour le pouvoir adjudicateur d'admettre cette offre à la comparaison.

Le pouvoir adjudicateur observera un délai d'attente de 15 jours calendrier entre cette communication et la conclusion du marché, conformément à l'article 11 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. Ce délai prend cours le lendemain du jour de l'envoi de cette communication.

Conformément aux articles 15, 23 et 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, de certains marchés de travaux de fournitures et de services et de concessions, vous disposez d'un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de la présente communication, afin d'introduire éventuellement une demande de suspension auprès d'une juridiction. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence.

En l'absence d'une information écrite à notre administration en ce sens, parvenue dans le délai accordé, la procédure sera poursuivie. En cas de recours introduit, veuillez nous en informer par e-mail ou fax.

[...]"

12. À la suite de la réception de ce courrier, Tom MESSIAEN n'adresse aucune demande de communication du rapport d'examen des offres à la partie adverse.

13. La partie adverse fait valoir que n'ayant reçu aucune notification de l'introduction d'un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'État dans le délai légal de quinze jours suivant la notification des différents avis de non-attribution, elle a notifié, par un courrier recommandé et un courriel du 17 juin 2019, à la S.A. *SECURE LINK* l'attribution du marché portant sur le lot 2, réseau *wi-fi*.

IV. Recevabilité ratione temporis

IV.1. Thèses des parties

La partie requérante soutient que la décision attaquée a été envoyée le 29 mai 2019 comme en atteste le cachet qui figure sur l'enveloppe qui la contenait, mais qu'en raison du jour férié du 30 mai 2019, le pli n'a été délivré par la poste à l'adresse personnelle de Tom MESSIAEN que le 3 juin 2019. Elle ajoute que la communication ne lui ayant pas été envoyée elle n'en a donc pris connaissance que plus tard, au plus tôt le 3 juin 2019. Elle en déduit que la demande de suspension a, conformément à l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée, été introduite dans le délai de quinze jours à dater de la prise de connaissance de l'acte attaqué.

Elle dépose, à l'audience, une copie d'un courriel que son conseil a adressé à la partie adverse le vendredi "14 [juin] 0.01:01" lui indiquant qu'il a introduit un recours en suspension d'extrême urgence au nom de sa cliente.

La partie adverse fait valoir dans sa note d'observations que son courrier contenant l'avis de non-attribution a été envoyé le 28 mai 2019, tant par envoi recommandé à la poste que par courriel de sorte que le délai a commencé à courir le 29 mai 2019 pour se terminer le 12 juin 2019. Elle relève que la requête en suspension d'extrême urgence est datée du 13 juin 2019 et que le cachet de réception apposé par le greffe du Conseil d'État indique la date du 21 juin 2019. Elle en déduit que la demande de suspension d'extrême urgence est manifestement irrecevable. Elle ajoute qu'à supposer même que Tom MESSIAEN ait reçu son courrier le 3 juin 2019 et que le délai soit comptabilisé à compter du 4 juin 2019, la demande qui été

déposée au Conseil d'État le 21 juin, l'aura été dix-huit jours après la réception de la notification de l'acte attaqué. Elle précise enfin, s'agissant de la S.A. *Telecom-IT*, que l'adresse courriel de Tom MESSIAEN est la même qu'une des adresses courriels renseignées dans les communications postérieures de la S.A. *Telecom-IT* de sorte que celle-ci ne peut soutenir ne pas avoir été informée de l'adoption de l'acte attaqué au même moment que ne l'a été Tom MESSIAEN.

Elle reconnaît, à l'audience, que l'avis de non-attribution a été envoyé par un courrier recommandé à la poste le 29 mai 2019. Elle fait toutefois valoir qu'ayant attendu le dernier jour du délai pour envoyer la demande de suspension d'extrême urgence sous pli recommandé à la poste, c'est-à-dire selon une voie moins rapide que par télécopieur ou par dépôt sur la plate-forme électronique, la partie requérante n'a pas fait toute diligence démentant de la sorte l'urgence à agir. Elle ajoute n'avoir pas eu connaissance du courriel que lui aurait adressé le conseil de la partie requérante et qu'il dépose à l'audience. Elle rappelle que, de ce fait, elle a attribué le marché.

IV.2. Appréciation

Conformément à l'article 23, §§ 1^{er} et 3, 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.

En l'espèce, il ressort du récépissé de l'envoi recommandé remis à la partie adverse que l'acte attaqué a été envoyé à Tom MESSIAEN le 29 mai 2019. Le premier jour du délai est donc le 30 mai 2019 et le dernier jour est le 13 juin 2019. Il s'ensuit que la requête introduite le 13 juin 2019, comme en atteste le cachet de la poste apposé sur le pli recommandé la contenant, l'a été dans le délai requis.

Par ailleurs, selon l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précitée, lorsqu'une demande de suspension d'extrême urgence est introduite dans le délai de quinze jours celle-ci est recevable, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée.

Enfin, l'invitation faite à l'auteur d'une demande de suspension, par l'article 11, alinéa 3, de la même loi, d'avertir l'autorité adjudicatrice dans le délai d'introduction d'une demande de suspension, de l'introduction d'une telle demande, est une mesure facultative en faveur du demandeur, laquelle n'est assortie d'aucune sanction si ce n'est le risque de voir se conclure le marché.

À cet égard, la circonstance que le marché en cause a été conclu ne permet pas de remettre en cause l'intérêt de la partie requérante. En effet, l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article, ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu et, le cas échéant, exécuté en tout ou en partie.

L'exception n'est partant pas fondée et la requête est recevable *ratione temporis*.

V. Recevabilité *ratione personae et intérêt*

V.1. Thèses des parties

La partie requérante estime avoir régulièrement déposé son offre auprès de la partie adverse et avoir dès lors intérêt à poursuivre la suspension de l'exécution de l'acte attaqué dès lors que celui-ci décide que son offre ne pouvait pas être sélectionnée.

La partie adverse soutient que contrairement à ce qu'elle prétend, la partie requérante n'a déposé aucune offre. Elle fait valoir que l'offre à laquelle elle se réfère est celle déposée par Tom MESSIAEN, agissant en qualité de personne physique, ainsi que cela est expressément repris aux termes du formulaire d'offre complété et signé par celui-ci. Elle relève encore qu'aucune requête en suspension d'extrême urgence à l'encontre de l'acte attaqué n'a été déposée par Tom MESSIAEN. Elle ajoute qu'une requête en suspension d'extrême urgence introduite sur la base de l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée n'est recevable que si elle est déposée par une personne physique ou morale ayant explicitement soumissionné dans le cadre du marché objet de la procédure en suspension d'extrême urgence. Elle estime qu'en l'espèce, seul Tom MESSIAEN avait, le cas échéant, intérêt à introduire une requête en suspension d'extrême urgence à l'encontre de l'acte attaqué. Elle en déduit que la requête en suspension d'extrême urgence de la partie requérante est irrecevable *ratione personae* ou à défaut d'intérêt.

V.2. *Appréciation*

L'examen de cette exception est lié à celui du premier moyen en ce que le requérant soutient que l'argument selon lequel il ne serait pas possible de déterminer de manière exacte l'identité du soumissionnaire ne serait pas rencontré par les faits et les pièces du dossier.

VI. *Premier moyen*

VI.1. *Thèse de la partie requérante*

La partie requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 précitée, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des principes de motivation formels et matériels et du principe de diligence.

Elle soutient notamment que c'est de manière fautive que son offre a été déclarée irrégulière. Elle fait valoir, à cet égard, que l'argument selon lequel il ne serait pas possible de déterminer de manière exacte l'identité du soumissionnaire ne serait pas rencontré par les faits et les pièces du dossier. Elle estime que bien que le formulaire d'offre a été complété dans sa rubrique "personne physique", en indiquant Tom MESSIAEN, cette indication devait être comprise comme étant libellée en qualité de représentant de la partie requérante. Elle précise qu'elle a malheureusement cru ("*het ongelukkige idee*") que la rubrique devait être complétée par la personne qui signe l'offre et non par le soumissionnaire en tant que tel. Elle ajoute qu'il ressort de l'ensemble des documents déposés que c'est bien la partie requérante qui est le soumissionnaire et que Tom MESSIAEN n'a signé l'offre qu'en tant que mandataire ("*lasthebber*") de la partie requérante et non en son nom propre. Elle se réfère, à cet égard au numéro d'entreprise, au numéro d'immatriculation à l'ONSS et au numéro d'inscription sur la liste des entrepreneurs agréés renseignés dans l'offre qui sont ceux qui lui sont attribués. Elle relève également que le numéro de compte renseigné dans le formulaire d'offre est mentionné tant sous son appellation commerciale ("*handelsnaam*") "25-8" que sous sa dénomination juridique "*Telecom-IT*". Elle en déduit qu'en dépit du fait que le formulaire d'offre a été signé par Tom MESSIAEN, il ne pouvait exister aucun doute raisonnable quant à l'identité du soumissionnaire. Elle rappelle enfin qu'elle a, par un courriel adressé à la partie adverse le 8 avril 2019, confirmé que l'offre avait été introduite en son nom et précisé que "25-8" était l'appellation commerciale d'une division de la N.V. *Telecom Integrated Technologies*.

Elle ajoute qu'en tout état de cause, à supposer même qu'il faille considérer la référence à Tom MESSIAEN sur le formulaire d'offre comme irrégulière, il n'en demeure pas moins que cette irrégularité ne pourrait être considérée comme substantielle au sens de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

VI.2. *Appréciation*

Il ressort du "formulaire d'offre" qui figure au dossier administratif que Tom MESSIAEN a soumissionné seul, en tant que "personne physique", le marché ayant pour objet l' "implémentation d'un nouveau réseau *wifi*", toutes les autres rubriques du formulaire concernant une "personne morale" ou une "société momentanée" ayant été biffées. C'est également lui qui a signé ce formulaire en précisant sa fonction de "*Managing Partner*". La seule mention de la partie requérante apparaît sous la rubrique "Paiements" qui indique que "Les paiements seront effectués valablement par virement ou versement sur le compte (IBAN/BIC) [...] de l'institution financière KBC ouvert au nom de 25-8 (*Telecom-IT*)".

Il ressort du procès-verbal d'ouverture des offres, qui figure au dossier administratif, que Tom MESSIAEN était présent lors de l'ouverture des offres, le 17 octobre 2018, et qu'il n'a émis aucune observation notamment sur le fait que son offre ait été renseignée comme déposée par "258/Tom MESSIAEN Schardouwstraat 18 B3 - 8870 Izegem".

Tom MESSIAEN et S. C. s'expliquent dans un courrier adressé à la partie adverse, après que celle-ci s'est interrogée sur l'identité du soumissionnaire, sur les raisons pour lesquelles "le nom commercial 258 [a été utilisé] pendant l'ouverture des offres", mais ne soutiennent à aucun moment que l'offre aurait été déposée par *Telecom-IT*. Cela ne ressort pas plus des deux courriels du 8 avril 2019 adressés à la partie adverse par S. C. lesquels précisent que "25-8 (division de *Telecom-IT*) est bien une société valable et fiable" et que " *Telecom-IT* et 25-8 font partie du groupe EEG".

Il ressort de ce qui précède que la partie adverse n'a pas violé les dispositions et principes visés au moyen en décidant qu'"à défaut d'identification précise des personnes physiques et/ou morales (Tom MESSIAEN, *Telecom-IT*, 258) qui font offre, il n'est pas possible pour le pouvoir adjudicateur d'admettre cette offre à la comparaison". Il en va d'autant plus ainsi que le formulaire utilisé par Tom MESSIAEN portait expressément que "les soumissionnaires ne peuvent se prévaloir

des vices de forme dont est entachée leur offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte".

Dans cette mesure, le premier moyen n'est pas sérieux.

En application de l'article 14 auquel l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée renvoie, seul Tom MESSIAEN avait dès lors intérêt à demander la suspension de l'exécution de la décision par laquelle la partie adverse n'a pas sélectionné son offre.

Il en résulte que l'exception *ratione personae* est fondée, la société anonyme *Telecom Integrated Technologies*, en abrégé *Telecom-IT* étant sans intérêt à introduire la demande de suspension d'extrême urgence et que celle-ci est dès lors irrecevable.

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de sept cents euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre de vacations siégeant en référé, le vingt-trois juillet deux mille dix-neuf par :

Jacques VANHAEVERBEEK,
Florence VAN HOVE,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence VAN HOVE

Jacques VANHAEVERBEEK