CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 249.637 du 28 janvier 2021

A. 229.589/VI-21.645

En cause : **la société en commandite simple ALLIAGES**,
ayant élu domicile
route de Grihanster 11
4877 Olne,

contre :

l'Institut scientifique de Service public (ISSEP),
ayant élu domicile chez
M^e^ Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête envoyée le 23 octobre 2019, la SCS Alliages introduit une « demande de suspension relative à l'attribution du marché public de fournitures ayant pour objet : Fourniture de minimum 500 capteurs pour la mesure du CO2, de la température et de l'humidité relative dans l'air intérieur. Procédure négociée sans publication préalable. Pouvoir adjudicateur : Institut Scientifique de Service Public ». La requérante indique « [se permettre] d'introduire un recours en suspension auprès [du Conseil d'État] suite à la non-attribution du marché public repris ci-dessus ».

II. Procédure

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^me^ Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

Par une ordonnance du 2 décembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 janvier 2021 et le rapport a été notifié aux parties.

M^me^ Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M. Guy Wlodarczak, gérant, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Muriel Vanderhelst, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Le marché litigieux a pour objet la fourniture de minimum 500 capteurs pour la mesure du CO2, de la température et de l'humidité relative dans l'air intérieur.

Il est passé selon une procédure négociée sans publicité préalable, en vertu de l'article 42, § 1, alinéa 1^er^, 1°, a, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la dépense à approuver étant estimée à 136.000 euros HTVA.

2. Par courrier du 9 mai 2019, cinq entreprises sont invitées à remettre offre pour le 29 mai 2019.

3. Au 29 mai 2019, deux des cinq entreprises consultées déposent des offres : la partie requérante et la société A. La société P. envoie par ailleurs une offre spontanée, que la partie adverse (pouvoir adjudicateur) décide de prendre en compte.

4. Le 5 septembre 2019, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société A.

Cette décision est notifiée à la requérante par un courrier recommandé du 9 octobre 2019 et par un courriel du même jour.

IV. Recevabilité

Dans son rapport, l'auditeur chargée de l'instruction de l'affaire relève d'office que la requérante n'a pas introduit de recours en annulation à l'encontre de la décision visée par la présente de suspension. Elle expose que la requérante a été informée de cette décision - du 5 septembre 2019 d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire - par un courriel du 9 octobre 2019 et un courrier recommandé du même jour, « la décision motivée d'attribution ét[ant] par ailleurs jointe à ces envois et les voies de recours y [étant] dûment renseignées » et que la requérante devait introduire, contre cette décision, un recours en annulation au plus tard pour le lundi 9 décembre 2019, ce qu'elle n'a pas fait. Elle en déduit qu'à défaut pour la requérante d'avoir introduit une requête en annulation dans le délai prévu pour ce faire, il y a lieu de rejeter la présente demande de suspension qui n'est que l'accessoire du recours en annulation.

À l'audience, la requérante répond qu'elle est une toute petite entreprise qui a investi toute sa trésorerie pour participer au marché litigieux et qu'elle ne disposait pas des liquidités nécessaires pour recourir aux services d'un avocat afin de contester l'acte attaqué. Elle fait valoir que, pour introduire son recours, elle s'est basée sur le courrier de notification que lui a adressé la partie adverse, qui mentionnait que, parallèlement à l'introduction d'une demande de suspension, elle « pouv[ait] également introduire un recours en annulation » contre la décision d'attribution du marché, ce qu'elle a compris comme étant une simple faculté mais non une nécessité.

*

Les règles relatives à la recevabilité des recours qui peuvent être portés devant le Conseil d'État sont d'ordre public. Il ne peut y être dérogé au motif que le justiciable intervient en personne, sans l'assistance d'un avocat.

Le référé administratif vise à préserver les effets utiles de l'annulation éventuelle, en permettant d'obtenir la suspension de l'exécution d'une décision dans l'attente d'un arrêt statuant sur le fond de l'affaire. La décision rendue en référé est nécessairement provisoire. Lorsqu'elle est ordonnée, la suspension doit être confirmée - ou infirmée - à l'issue de la procédure en annulation. Par conséquent, la demande de suspension, qu'elle soit ordinaire ou introduite selon la procédure d'extrême urgence, n'est que l'accessoire du recours en annulation.

Le caractère accessoire de la demande de suspension est exprimé à l'article 17, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui prévoit que la

suspension ne peut être ordonnée que pour autant que la décision prise soit susceptible d'être annulée. À défaut d'être rattachée à un recours en annulation valablement introduit, la demande de suspension est irrecevable. Si, par exception, la demande de suspension d'extrême urgence peut être introduite avant l'introduction du recours en annulation, l'article 17, § 4, alinéa 3, des lois coordonnées prévoit expressément que la suspension doit être immédiatement levée par arrêt si elle n'est pas suivie d'une requête en annulation invoquant des moyens qui l'avaient justifiée, introduite dans le délai prévu par le règlement général de procédure.

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 ne déroge pas aux principes et dispositions précités. Au contentieux des marchés publics, comme dans les autres contentieux dont le Conseil d'État est amené à connaître en sa qualité de juge de l'excès de pouvoir, la suspension qui est ordonnée est par nature provisoire. La directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, que transpose la loi du 17 juin 2013, englobe d'ailleurs sous la notion de « mesures provisoires » celle qui consiste à suspendre l'exécution d'une décision prise par un pouvoir adjudicateur, que la directive distingue des décisions prises au fond par les instances de recours, notamment sur la demande d'annulation d'une décision illicite. L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précise, par ailleurs, que la suspension peut être ordonnée « en présence d'un moyen sérieux », c'est-à-dire en présence d'un moyen susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte, ce qui confirme que la demande de suspension est bien l'accessoire du recours en annulation.

Par conséquent, au contentieux des marchés publics, comme dans les autres contentieux, la demande de suspension (d'extrême urgence) doit être déclarée irrecevable, dès lors qu'elle n'est pas accompagnée ou suivie d'une requête en annulation introduite dans le délai légal.

L'article 23, §§ 1er et 2, de la loi du 17 juin 2013 précitée prévoit que le recours en annulation doit être introduit dans les soixante jours de la communication de la décision motivée au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, sans préjudice de l'article 9/1, § 2, alinéa 2, de la loi, c'est-à-dire pour autant que la communication indique l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes par une référence explicite notamment à l'article 14 de la loi.

En l'espèce, le dossier administratif contient la lettre recommandée datée

du 9 octobre 2019 par laquelle la partie adverse a communiqué à la requérante sa décision motivée du 5 septembre 2019 d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire. Le dossier administratif comporte également la preuve de l'envoi recommandé et une copie du courriel de notification adressé le même jour à la société requérante. Cette lettre comporte les mentions exigées par l'article 9/1, § 2, de la loi du 17 juin 2013 précitée relative aux voies de recours. Même à supposer que certaines de ces mentions aient, de manière irrégulière, induit en erreur la requérante, le « défaut de mention » a, conformément à l'article 9/1, § 2, alinéa 2, de la même loi, pour seule conséquence de postposer de quatre mois, après la communication de la décision motivée, le délai d'introduction du recours en annulation visé à l'article 23, § 2. Dans cette hypothèse, le recours en annulation devait être introduit au plus tard pour le 8 avril 2020, ce qui n'a pas été fait.

À défaut pour la requérante d'avoir introduit un recours en annulation dans le délai légal, la demande de suspension est irrecevable.

V. Indemnité de procédure

La partie adverse demande de « condamner la partie requérante aux dépens, liquidés à 700 € ».

Une lecture bienveillante de la note d'observations impose de considérer que la partie adverse sollicite en réalité, par cette mention, une indemnité de procédure liquidée à son montant de base de 700 euros.

La requérante n'a pas fait état d'élément de nature à justifier la réduction du montant de l'indemnité de procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d'accorder une indemnité de procédure de 700 euros à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

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 siégeant en référé, le 28 janvier 2021 par :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Florence Piret