

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.487 du 28 août 2012

G./A.205.878/VI-19.655

En cause : **la société anonyme EO DESIGN PARTNERS,**

ayant élu domicile chez
Me Ronald FONTEYN, avocat,
rue de Florence, n° 13,
1000 Bruxelles,

contre :

la Régie communale autonome de Koekelberg,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL, Christophe DUBOIS et
Thomas CAMBIER, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme TEMPORA,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 2 août 2012, la société anonyme EO DESIGN PARTNERS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision de la Régie Communale Autonome de Koekelberg prise le 17 juillet 2012 [...] d'attribuer à la SA TEMPORA le marché public «conception et réalisation d'un parcours scénographique du Belgian Chocolate Village» site Victoria-rue De Neck 20-22 à 1081 Koekelberg".

Par une requête introduite le 16 août 2012, le même requérant demande l'annulation de la même décision.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par une requête introduite le 16 août 2012, la société anonyme TEMPORA demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 7 août 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 20 août 2012 à 10 heures 30.

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

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Anne-Sophie VERRIEST et Konstantin DEHAES, loco Me Ronald FONTEYN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Christophe DUBOIS et Thomas CAMBIER, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, 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

La commune de Koekelberg a créé une régie communale autonome, à la fin de l'année 2010, afin de réaliser la création d'un espace dénommé "Belgian Chocolate Village" de développement économique, culturel et touristique de la commune mettant en valeur les antécédents historiques de celle-ci dans la production de chocolat.

Ladite régie a annoncé un marché public relatif à la "conception et réalisation d'un parcours scénographique du «Belgian Chocolate Village»" par des publications européenne et nationale. La procédure d'attribution est celle de la procédure négociée.

Trois sociétés ont déposé une offre.

Le 17 juillet 2012, les services de la régie susvisée, partie adverse, ont rédigé un rapport d'analyse de ces offres. Ils classent l'offre de la S.A. TEMPORA en premier lieu. Le conseil d'administration de la régie décide, le 17 juillet 2012, d'attribuer le marché à cette société.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 16 août 2012, la société anonyme TEMPORA demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

V. MISE HORS DE CAUSE

Il y a lieu de faire droit à la demande de mise hors de cause de la commune de Koekelberg. Celle-ci n'est en effet pas intervenue dans la procédure d'attribution du marché litigieux.

VI. RECEVABILITE DE LA REQUETE

VI. 1. Intérêt au recours

Aux termes de l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, rendu applicable par l'article 65/15 de cette loi, dès lors que la requérante a été sélectionnée et que son offre, considérée comme régulière, a été comparée avec les autres offres, elle a intérêt au présent recours. Ni la partie adverse ni a fortiori la partie intervenante, par nature même : elle serait juge et partie, ne peuvent invoquer devant le Conseil d'Etat une irrégularité : en l'occurrence, lors de la sélection qualitative, que la partie adverse, en vertu de son pouvoir d'appréciation, n'a pas pris en compte dans la décision attaquée.

VI. 2. Capacité à agir

Les mandats des deux seuls administrateurs de la société requérante ont pris fin le 4 juin 2012 soit avant l'introduction du présent recours. Le décès de l'un d'eux est intervenu le 3 juillet 2012. C'est seulement le 2 août 2012 que l'administrateur restant a pris l'initiative de convoquer une assemblée générale aux fins de le nommer à nouveau administrateur et de nommer sa fille.

Le 16 août 2012, soit après le dépôt du présent recours en suspension, la partie requérante a déposé une nouvelle pièce d'où il ressort que l'acte de nomination susvisé a été déposé au greffe du tribunal de commerce le 6 août et a été publié aux annexes du Moniteur le 16 août.

La décision d'agir, datée du 2 août 2012, est signée des deux administrateurs.

Il s'ensuit qu'en procédure d'extrême urgence, la décision d'agir est réputée régulière.

VI. 3. Incompétence du Conseil d'Etat

a) La partie adverse conteste la compétence du Conseil d'Etat au motif :

1^o que la régie autonome de Koekelberg ne serait pas organiquement une autorité administrative;

2^o et parce qu'elle n'aurait pas le pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers, critère qui devrait à son estime être rempli de manière cumulative.

b) Il convient de constater, quant au caractère organique, que la Régie, partie adverse, est dotée d'une personnalité juridique. Elle est une pure création de l'autorité communale. Son conseil d'administration est composé de conseillers communaux désignés de manière proportionnelle à la composition du conseil communal. En vertu de l'article 263undecies de la Nouvelle loi communale, la commune de Koekelberg exerce un contrôle interne sur cette Régie qui est chargée d'une mission d'intérêt général.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, le critère organique se suffit à lui-même.

Il s'ensuit que la partie adverse a bien la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

VI. 4. Conclusion

La requête en suspension est recevable.

VII. PREMIER MOYEN

VII. 1. Arguments de la partie requérante

Le premier moyen est libellé comme suit :

" Un moyen, d'ordre public, est pris de la violation des articles 33, 41, 108 et 162 al.1 de la Constitution, de l'application de l'article 159 de la Constitution, de la violation de l'article 263bis de la nouvelle loi communale, du défaut de base réglementaire, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir".

En substance, la partie requérante estime que la partie adverse n'a pas un objet social répondant aux conditions fixées par l'article 263bis de la Nouvelle loi communale. Elle déduit d'un avis de la section de législation du Conseil d'Etat que les régies instituées sur la base de cette loi ne peuvent exercer des activités culturelles qui n'ont pas de caractère commercial ou industriel.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 236bis de la Nouvelle loi communale charge le Roi de définir les activités à caractère industriel ou commercial pour lesquelles le conseil communal peut créer une régie communale autonome dotée de la personnalité juridique.

L'arrêté royal du 10 avril 1995 vise à l'article 1^{er}, 7^o : "L'exploitation d'infrastructures affectées à des activités culturelles, sportives, touristiques ou de divertissement, à l'enseignement, à des activités sociales, scientifiques ou de soins".

Il ne peut être tiré d'objection de l'avis de la section de législation qui indique bien que certaines activités dans le domaine culturel, sportif, touristique... peuvent revêtir le caractère d'une activité industrielle ou commerciale. Tel est d'ailleurs le cas pour l'exploitation des infrastructures affectées à de telles activités.

La gestion d'un musée dans le souci d'équilibrer les gains et les charges constitue, *prima facie*, une entreprise commerciale. L'objet social de la régie, partie adverse, répond donc bien aux conditions légales et réglementaires.

VIII. DEUXIEME MOYEN

VIII. 1. Arguments de la partie requérante

Le deuxième moyen est libellé comme suit :

" Un moyen d'ordre public est pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de la violation des articles 112, 114 et 263ter de la nouvelle loi communale, de la violation des articles 18 et 37 des statuts de la régie communale autonome de Koekelberg adoptés par le Conseil Communal le 21 octobre 2010".

En substance, la requérante relève qu'il ne ressort d'aucune pièce ni d'aucune publication que les membres du conseil d'administration de la partie adverse ont été désignés régulièrement par le conseil communal de la commune de Koekelberg. Elle ajoute que l'absence de procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la partie adverse ne permet pas de vérifier si la décision attaquée a été valablement adoptée.

VIII.2. Décision du Conseil d'Etat

Il apparaît des pièces déposées dans le dossier administratif que lors de sa délibération du 21 octobre 2010, le conseil communal de la commune de Koekelberg a désigné les membres du conseil d'administration de la partie adverse sur la base de l'article 263ter de la Nouvelle loi communale. Cette délibération a été mise à la disposition du public au secrétariat communal.

De même, il ressort de ces pièces, que la décision attaquée a été prise conformément aux articles 24 et 37 des statuts de la partie adverse.

Quant à la note de plaidoirie, communiquée par e-mail la veille de l'audience, soit le 19 août, elle développe, selon les termes de ladite note, une "nouvelle branche d'ordre public". Elle concerne la composition du conseil d'administration, plus spécialement la présence ou non de membres de certaines listes politiques. La qualification d'ordre public donnée à la nouvelle branche ne lie pas le Conseil d'Etat. Sans qu'il soit besoin d'examiner cette question, il suffit pour déclarer irrecevable cette nouvelle branche de constater qu'elle consiste en simples allégations non vérifiables à ce stade de la procédure.

IX. TROISIEME MOYEN

IX. 1. Arguments de la partie requérante

Le troisième moyen est libellé comme suit :

" Un moyen d'ordre public est pris de la violation de l'article 17, § 3, 4^o, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains travaux, de fournitures et de services, de la violation de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de la violation de l'article 30 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des

procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de l'excès de pouvoir".

La partie requérante soutient en substance que le choix de la procédure négociée n'a fait l'objet d'aucune décision de la partie adverse alors que le recours à cette procédure doit faire l'objet d'une décision motivée formellement.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a déposé dans le dossier administratif la décision du 29 novembre 2011 de son conseil d'administration par laquelle celui-ci a choisi le mode de passation du marché et a approuvé le cahier spécial des charges.

Quant à la justification du recours à la procédure négociée, l'article 17, § 3, 4^o, de la loi du 24 décembre 1993, exige que "la nature des services [soit] telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres".

En l'espèce, le cahier spécial des charges fait état, à plusieurs reprises, de la difficulté voire de l'impossibilité de préciser les spécifications du marché. En effet, l'objet même du marché fait appel à l'imagination à mettre en valeur différents éléments. En outre, si le lieu géographique et le budget sont définis avec précision, la scénographie du parcours est une création libre autour des thèmes énumérés sans plus. Ceci explique notamment que le premier critère d'attribution est libellé comme suit :

" La qualité et la pertinence du concept 60/100. Par concept, le Pouvoir adjudicateur entend un descriptif du contenu et de la scénographie conçue ainsi qu'un descriptif de l'esprit général que le soumissionnaire propose".

Il s'ensuit qu'il n'apparaît pas que la partie adverse aurait manifestement violé les dispositions visées au moyen.

Le troisième moyen n'est pas sérieux.

X. QUATRIEME MOYEN

X. 1. Arguments de la partie requérante

Le quatrième moyen est pris de "la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la violation des articles 20 et 21 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation de l'article 75 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de

travaux publics, de la violation des principes généraux du droit d'égalité et de non-discrimination, d'égalité entre les soumissionnaires, de concurrence et de bonne administration, de la violation du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, de la violation du principe général de comparaison effective des offres et de l'illégalité de l'acte quant aux motifs".

La partie requérante considère en substance que la procédure suivie s'apparente à un concours de projets, dont aucune disposition n'aurait été respectée, notamment quant à la composition du jury, quant au caractère anonyme des offres, ou quant aux critères de sélection.

X. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le choix de la procédure relève de l'appréciation de la partie adverse. Dès lors que celle-ci n'a pas eu l'intention d'organiser un concours de projets, il est vain d'invoquer la violation de dispositions qui ne s'appliquent pas à la procédure choisie.

Le quatrième moyen n'est pas sérieux.

XI. CINQUIEME MOYEN

XI. 1. Arguments de la partie requérante

Le cinquième moyen est pris de :

- " l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; de l'application de l'article 159 de la Constitution; de la violation de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, et notamment de ses articles 122bis et 122ter; de la violation du cahier spécial des charges approuvé par le Conseil d'administration de la Régie Communale Autonome de Koekelberg en sa séance du 29 novembre 2011; de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et notamment de ses articles 2 et 3; de la violation des principes généraux du droit et notamment les principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination, d'égalité entre les soumissionnaires, de concurrence et de bonne administration, de la violation du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, de la violation du principe général de comparaison effective des offres, de l'illégalité de l'acte quant aux motifs, de l'inexactitude en fait et en droit et de l'excès de pouvoir".

Dans une première branche, la partie requérante soutient ce qui suit :

- les critères d'attribution du marchés sont imprécis, subjectifs et confus;
- le premier critère est opaque et impossible à discerner;

- le contenu de ce critère est à ce point flou et aléatoire qu'il revient à conférer à la partie adverse une liberté pleine et entière d'appréciation du choix du soumissionnaire.

Dans une seconde branche, la requérante fait valoir que la décision attaquée repose sur des critères d'attribution tels que "l'inscription dans une transformation et une rénovation architecturale d'un site existant", "un parcours enfant spécifique", "l'établissement d'esquisses pour chaque espace, accompagnées d'une note descriptive pour la scénographie et d'une note explicative de contenu" ou encore "les éléments trilingues (français/néerlandais/anglais) ou multilingues (français/néerlandais/anglais/espagnol/allemand/japonais/chinois)".

Elle ajoute ce qui suit :

" Qu'il n'existe aucune pondération de ces sous-critères de sorte que la requérante n'est pas en mesure de déterminer quels sont les éléments qui emportent le plus d'importance et dans quelle mesure.

Qu'aucune méthode d'analyse des offres n'est précisée, rendant ainsi le choix du soumissionnaire sur pied du contenu du critère n° 1 totalement arbitraire et sans aucune transparence.

Qu'il en résulte que la partie requérante n'a pas été en mesure d'apprécier valablement les critères d'attribution et leur pondération dans la préparation de son offre alors même que cette division aurait eu une influence sur la préparation de son offre."

XI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le premier critère n'est ni ambigu (susceptible de deux significations différentes) ni aléatoire (il n'est pas lié à l'intervention du hasard). Son caractère vague apparaît, à premier examen, lié à l'hypothèse définie par l'article 17, § 3, 4° : "la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante".

L'article 122bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 impose à l'autorité de préciser la pondération relative de chacun des critères d'attribution; ce qu'elle a fait.

Au surplus, l'autorité adjudicatrice jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères et concernant le premier critère tel que défini dans le cahier spécial des charges, elle ne paraît pas avoir commis une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la nature assez particulière des prestations à fournir.

Pour ce qui concerne les sous-critères, ceux-ci apparaissent plutôt comme des spécifications et non comme des sous-critères proprement dits. Tel est le cas pour une spécification du premier critère, à savoir : "l'établissement d'esquisses pour

chaque espace, accompagnées d'une note descriptive pour la scénographie et d'une note explicative de contenu, en tenant compte du site, de ses contraintes et de son potentiel".

De même, en ce qui concerne "l'inscription dans une transformation et une rénovation architecturale d'un site existant" et "un parcours enfant spécifique", il n'apparaît pas, au stade du référé, de manière manifeste qu'il s'agirait de sous-critères devant faire l'objet d'une pondération. Il faut plutôt y voir des contraintes imposées à l'imagination des auteurs de projet.

Quant au prétendu sous-critère : "les éléments trilingues ou multilingues", il ne peut, comme il sera établi ci-après, donner un avantage à l'un des soumissionnaires par rapport à l'autre. Enfin, quant à l'affirmation selon laquelle "aucune méthode d'analyse des offres n'est précisée, rendant ainsi le choix du soumissionnaire sur pied du contenu du critère n° 1 totalement arbitraire et sans aucune transparence", il y a lieu de relever que la partie adverse n'a pas l'obligation de faire connaître a priori le mode de notation ou la méthode d'analyse qu'elle suivra. En l'espèce, il n'apparaît pas que la partie adverse se soit écartée, en tout cas pas de manière manifeste, de l'énoncé du premier critère.

Enfin, l'affirmation selon laquelle "la partie requérante n'a pas été en mesure d'apprécier valablement les critères d'attribution et leur pondération dans la préparation de son offre alors même que cette sous-division aurait eu une influence sur la préparation de son offre" semble de prime abord peu convaincante en ce qui concerne les trois éléments : "l'inscription dans une transformation architecturale", "parcours enfant spécifique" et "éléments trilingues ou multilingues" car il résulte de la conclusion de la comparaison des offres que ces trois éléments n'ont pas joué en défaveur de l'offre de la requérante par rapport à l'offre de la partie intervenante.

Le cinquième moyen n'est dès lors pas sérieux.

XII. SIXIEME MOYEN

XII. 1. Arguments de la partie requérante

Le sixième moyen est pris de :

- " l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la violation de l'article 2 de la Directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services; de la violation des articles 1^{er}, 17 § 3, 4^o et 41bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; de la violation de la loi du 29 juillet 1991

relative à la motivation formelle des actes administratifs, et notamment de ses articles 2 et 3; de la violation des principes généraux du droit et notamment les principes de transparence, d'impartialité de l'autorité administrative, d'égalité et de non-discrimination, d'égalité entre les soumissionnaires, de concurrence et de bonne administration, de la violation du principe général *pater legem quam ipse fecisti*, de la violation du principe général de comparaison effective des offres, de l'illégalité de l'acte quant aux motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'inexactitude en fait et en droit et de l'excès de pouvoir".

Selon ce moyen, "rien dans la motivation de la décision ne permet de justifier que la société TEMPORA comptabilise un score de 60/60 alors que des éléments négatifs relatifs à son offre ont été relevés, en ce compris des éléments repris expressément dans le cahier spécial des charges tel que «le parcours enfant»".

XII. 2. Décision du Conseil d'Etat

En l'espèce, le cahier spécial des charges ne prévoit pas que l'offre qui répond le mieux aux exigences de l'adjudicateur reçoive le maximum de points. Néanmoins, c'est une pratique courante particulièrement en ce qui concerne le prix, puisque dans ce cas cette cotation se justifie par la règle de trois qui est appliquée aux offres. Il n'est donc pas manifestement déraisonnable, en l'espèce, d'attribuer le maximum de points, pour le premier critère, à la meilleure offre à cet égard. Quant au grief selon lequel "l'analyse et l'appréciation du critère n° 1 aboutit à une différence de 10 points entre le requérant et la SA TEMPORA, alors que la requérante compte 6 points négatifs contre 5 pour TEMPORA", le Conseil d'Etat ne pourrait se prononcer à ce sujet sans substituer sa propre appréciation, spécialement en ce qui concerne la valeur négative respective des points négatifs, à celle de la partie adverse.

Le sixième moyen n'est pas sérieux.

Une des conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées pour que le Conseil d'Etat puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué fait défaut. La demande de suspension ne peut être accueillie,

XIII. REQUETE EN REOUVERTURE DES DEBATS

Par un courrier électronique, daté du 22 août 2012, la partie requérante introduit un document qu'elle qualifie de "requête en réouverture des débats".

Selon cette requête :

" Suite à la clôture des débats de la procédure en suspension d'extrême urgence intervenue lors de l'audience de ce lundi 20 août 2012, la partie requérante a pris connaissance d'éléments de presse qui attestent de manière troublante que la SA TEMPORA, partie intervenante, et les parties adverses avaient déjà signé, en mai

2011, un projet de collaboration relatif à la scénographie du Belgian Chocolate Village, objet du marché public litigieux, pour un montant de 780.000 €.

C'est en cherchant incidemment sur internet que ces informations ont été découvertes fortuitement par la partie requérante alors qu'elles ne figuraient pas au dossier administratif.

Ces éléments nouveaux se fondent sur un article daté du 20 mai 2011 sur le site de la Dernière Heure, selon lequel :
[...]."

Pareille demande est manifestement irrecevable. En effet, aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit pareille circonstance. S'il devait s'agir d'un recours en révision, celui-ci ne répond clairement pas aux exigences requises.

Dès lors, ce document, qui n'est pas enrôlé, est simplement versé au dossier.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La commune de Koekelberg est mise hors de cause.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

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.

Article 5.

Les dépens relatifs à la demande en intervention, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le vingt-huit août deux mille douze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Frédéric QUINTIN,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président,
---------------------	---------------

Frédéric QUINTIN.	Odile DAURMONT.
-------------------	-----------------