

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 191.193 du 9 mars 2009

G./A.190.374/VI-17.997

En cause : **la société anonyme CODIC BELGIQUE,**

ayant élu domicile chez
Mes Dominique LAGASSE et
Emmanuel VAN NUFFEL, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme Fonds de
l'Infrastructure Ferroviaire,**

ayant élu domicile chez
Me Dirk DE KEUSTER, avocat,
Lange Lozanastraat, n° 270,
2000 Anvers.

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

Vu la requête unique introduite le 17 novembre 2008 par la société anonyme CODIC BELGIQUE qui demande l'annulation et la suspension de l'exécution de la décision du 28 août 2008 du Fonds de l'Infrastructure Ferroviaire de ne pas retenir sa candidature pour le marché de promotion de travaux relatif à la valorisation de certains fonds situés dans la zone d'intérêt régional à développement différé (ZIRAD) "SCHAERBEEK-FORMATION", qui lui a été notifiée le 17 septembre 2008;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 30 janvier 2009 fixant l'affaire à l'audience du 24 février 2009 à 10.00 heures;

Vu la notification du rapport et de l'ordonnance de fixation aux parties;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Sofie VERLINDEN, loco Mes Dirk DEKEUSTER et Laurent GODTS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Les 17 et 19 janvier 2008, un avis de marché relatif à la conception et à l'exécution de travaux à Bruxelles est publié respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel des Communautés européennes.

Le pouvoir adjudicateur est le Fonds d'Infrastructure Ferroviaire et le marché, à passer selon la procédure négociée, porte sur la valorisation de certains fonds situés sur un terrain d'environ 40 hectares, constituant la zone d'intérêt régional à développement différé (ZIRAD) "SCHAERBEEK-FORMATION".

Selon l'avis de marché, les conditions de participation (situation propre des opérateurs économiques, capacité économique, financière et technique) seront évaluées selon les renseignements et les formalités indiqués dans une note d'information mise à la disposition des candidats dans les bureaux de l'entreprise DELOITTE REAL ESTATE, chargée de cette mission par le pouvoir adjudicateur.

L'avis précise encore qu'entre 3 et 5 opérateurs seront invités à soumissionner ou à participer et que les critères d'attribution résident dans l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères énoncés dans le cahier des charges, dans l'invitation à soumissionner ou à négocier ou encore dans le document descriptif.

La date limite de réception des demandes de participation est fixée au 3 mars 2008 à 14 heures.

2. En janvier 2008, la note d'information annoncée par les avis de marché est éditée.

Elle indique que le pouvoir adjudicateur, constitué sous la forme d'une entreprise publique autonome, a pour objet social notamment "la gestion et la valorisation des terrains transférés au FIF, d'infrastructures ferroviaires désaffectées et, le cas échéant, d'autres biens immeubles qui sont transférés au FIF à cet effet" et que le projet faisant l'objet de la procédure s'inscrit dans cet objet.

La note indique également que le pouvoir adjudicateur cherche à optimiser la valeur du site en y développant, en ordre principal, un stade de football polyvalent avec une extension possible du projet vers des infrastructures événementielles, culturelles, touristiques, logistiques, commerciales, etc (page 10).

Selon cette note, la procédure de choix du partenaire privé du pouvoir adjudicateur est prévue en trois phases, la première étant celle de la sélection qualitative (pages 13 à 18). A propos de cette phase, la note d'information décrit les critères de sélection, à savoir les critères d'exclusion, de capacité financière et économique ainsi que de capacité technique et professionnelle (pages 19 à 25).

La note détaille également (pages 26 et suivantes) le mode d'introduction de la demande de participation ainsi que les documents à soumettre lors du dépôt de cette demande.

Ainsi, l'article II.5.2.1. prévoit que :

" L'original ou les copies du formulaire de Demande en Participation et le questionnaire seront dûment remplis et signés par les personnes compétentes pour lier juridiquement le Candidat [...]. A cet effet, la preuve de la compétence de représentation doit être livrée [...].".

En ce qui concerne les documents relatifs aux critères d'exclusion, l'article II.5.2.3. exige que le candidat joigne à sa demande en participation, pour les premier (faillite) et deuxième (intégrité professionnelle) critères d'exclusion, "une déclaration sur l'honneur valablement signée par le Candidat", pour le troisième (faute professionnelle grave) critère d'exclusion, "une déclaration sur l'honneur signée par le

Candidat", pour les quatrième (cotisations sociales) et cinquième (obligations fiscales) critères d'exclusion, "une déclaration sur l'honneur signée par le(s) représentant(s)".

3. Le 28 février 2008, la S.A. CODIC BELGIQUE dépose, auprès du délégué du pouvoir adjudicateur, un dossier de candidature.

La lettre d'envoi de ce dossier est signée par Philippe WEICKER ("Directeur Général") et Thierry BEHIELS ("Administrateur Délégué").

La demande en participation (pièce A.1.b.) et le questionnaire (pièce A.3) sont également signés par ces deux personnes.

Par contre, la déclaration sur l'honneur selon laquelle la requérante ne se présente qu'une seule fois comme candidat (pièce A.5) et la déclaration sur l'honneur relative aux trois premiers critères d'exclusion (pièce B) le sont par le seul Th. BEHIELS, "administrateur délégué".

4. Le 21 mai 2008, le Fonds d'Infrastructure Ferroviaire, après avoir indiqué que "conformément au § II.5.3. de la Note d'Information, tous les candidats se voient donnée (sic) la possibilité d'encore envoyer les documents manquants afin de compléter leur demande de participation", demande à la requérante de lui adresser "la preuve de la compétence de représentation de votre/vos représentant(s)" et "la preuve de l'inscription de l'institution financière" auprès de l'organisme compétent. L'attention de la requérante est également attirée sur l'exclusion qui s'ensuivrait si les documents n'étaient pas transmis pour le 20 juin suivant.

5. Le 2 juin 2008, la requérante transmet des documents.

Pour ce qui concerne la question de la représentation, elle indique joindre "la publication au moniteur du renouvellement des mandats des administrateurs ainsi que les statuts de la société qui précisent la représentation de la société par ses administrateurs (article 25)".

Il se déduit du premier document (extrait du P.V. de l'assemblée générale du 20 septembre 2006) que les mandats d'administrateur de Thierry BEHIELS, de Sophie GOBLET et de Raffaele GIUDICCI sont renouvelés pour trois ans et que l'assemblée approuve la nomination de Philippe WEICKER comme administrateur pour trois ans.

6. Le 28 août 2008, le conseil d'administration du Fonds d'Infrastructure Ferroviaire approuve le rapport de sélection établi par DELOITTE REAL ESTATE dont il résulte que la requérante, comme d'autres entreprises, n'est pas retenue comme candidate en vue de la phase ultérieure du marché et que cinq entreprises le sont.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le rapport indique, pour ce qui concerne la requérante, que la déclaration de candidature unique est signée "par seulement un administrateur " (page 31) et qu'il en va de même pour la déclaration sur l'honneur relative aux trois premiers critères d'exclusion (page 40).

Le rapport se conclut par la proposition de l'exclusion des candidats n'ayant pas soumis les documents requis (huit candidats dont la requérante) et par celle de la sélection de cinq candidats disposant de références suffisantes.

7. Le 17 septembre 2008, la requérante est informée que sa candidature n'a pas été retenue pour les motifs figurant au rapport de sélection qui est joint;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de "la violation des articles 16, alinéa 2, 17 et 17bis 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 l'article II.5.2. de la note d'information, des principes généraux du droit administratif, notamment du défaut d'examen sérieux et concret du dossier ainsi que du défaut de motif matériellement exact, pertinent et légalement admissible"; que le moyen est divisé en trois branches; que dans une première branche, la requérante expose qu'elle n'ignore pas la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle la gestion journalière d'une société anonyme ne comprend pas le pouvoir de la représenter à une soumission, que la demande de participation et le questionnaire ont été signés par deux administrateurs, soit deux personnes ayant le pouvoir de la représenter en vertu de l'article 25 de ses statuts, qu'elle était ainsi engagée dans la procédure de participation, que deux documents, joints à la demande de participation, ont été signés par l'administrateur délégué qui n'a pas le pouvoir de représenter seul la société, sauf pour la gestion journalière en application de l'article 19 des statuts, une soumission n'entrant toutefois pas dans la gestion journalière; qu'elle ajoute qu'"un document constatant une situation de fait, comme la déclaration sur l'honneur de ne pas se trouver dans une des causes légales d'exclusion ou la déclaration de candidature unique, est un acte peu important qui ne justifie pas l'intervention du conseil d'administration ou de deux

administrateurs", que ces déclarations "ne comportent aucun engagement pour la société au contraire du dépôt d'une offre" et que la signature de celles-ci relevait donc de la gestion journalière et des pouvoirs de l'administrateur délégué; que dans une deuxième branche, la requérante expose que, en application du point II.5.2.1. de la note d'information, c'est l'acte par lequel le candidat exprime formellement sa candidature qui devait être signé par les personnes habilitées à l'engager, que les déclarations précitées ont été jointes à l'acte liant et suivent le sort de cet acte, qu'elles ne sont pas elles-mêmes liantes, que la note d'information n'exigeait pas qu'elles soient signées de la même façon que la candidature, ce qui signifie qu'elles avaient une autre portée que la demande formelle de participation, que la réglementation sur les marchés publics n'accorde aucune valeur juridique particulière aux déclarations sur l'honneur, que ce sera au moment de la décision d'attribution que le pouvoir adjudicateur ne peut plus se contenter de documents unilatéraux, qu'à ce moment, les documents officiels prennent leur place dans l'examen de la régularité de l'offre, que les circulaires ministérielles rappellent cette possibilité et que la signature des déclarations par l'administrateur délégué suffisait pour un document dont le pouvoir adjudicateur ne peut même pas tenir compte lors de l'appréciation des offres; que dans une troisième branche, la partie requérante expose que tous les documents requis des candidats sont identifiés au questionnaire, chaque fois au regard d'une question et d'une réponse, que, pour ce qui concerne les causes légales d'exclusion, le questionnaire interroge le candidat à propos de l'état de faillite, qu'elle y a répondu par la négative, qu'il en a été de même pour les autres questions en rapport avec l'exclusion et pour la candidature unique, que le questionnaire a été signé par deux administrateurs, que la déclaration sur l'honneur n'y ajoute rien, qu'en réalité, la même chose a été dite deux fois de sorte qu'en considérant que la demande de participation était nulle parce que certains documents avaient été signés du seul administrateur délégué, la partie adverse viole les dispositions visées au moyen;

Considérant que les articles 19 et 25 des statuts de la requérante sont rédigés comme suit :

" Art. 19 - Gestion journalière

Le conseil d'administration peut déléguer la gestion journalière de la société et la représentation en ce qui concerne cette gestion, à un ou plusieurs administrateurs, qui portent le titre d'administrateur délégué ou à un ou plusieurs directeurs ou titulaires, choisis hors ou dans son sein, agissant chacun séparément.

En cas de délégation de la gestion journalière, le conseil d'administration fixe les pouvoirs et les rémunérations spéciales attachées à cette fonction.

Art. 25 - Représentation

La société est représentée dans tous les actes y compris les actes auxquels un fonctionnaire public ou un officier ministériel prête son concours, par deux administrateurs, agissant conjointement, qui n'ont, en aucun cas, à justifier, à l'égard des tiers, d'une décision préalable du conseil.

La société n'est engagée et les actes accomplis en son nom ne sont valables que moyennant les signatures prescrites par les présents statuts.";

Considérant qu'il ressort de l'exposé des faits que si la demande en participation et le questionnaire ont été signés par deux administrateurs de la requérante, la déclaration sur l'honneur de candidature unique et la déclaration sur l'honneur relative aux trois premiers critères d'exclusion ont été signées par le seul administrateur délégué;

Considérant, quant à la première branche, que la requérante considère que ces deux derniers documents pouvaient être signés par le seul administrateur délégué en vertu des pouvoirs de gestion journalière qu'il tient de l'article 19 des statuts; qu'indépendamment de la question de savoir si la signature de tels documents relève ou non de la gestion journalière dans le cadre d'une procédure de marché public, il suffit de constater que l'article 19 des statuts nécessite une délégation de la gestion journalière par le conseil d'administration, lequel fixe à cette occasion "les pouvoirs et les rémunérations spéciales attachées à cette fonction"; qu'une telle délégation n'a pas été produite par la requérante dans son dossier de candidature déposé auprès de la partie adverse, et ce malgré l'invitation du 21 mai 2008 de la partie adverse de lui adresser les documents manquants, notamment à propos de "la compétence de représentation de votre/vos représentant(s)"; qu'il n'appartenait pas à la partie adverse d'effectuer des recherches à ce propos; que la requérante n'ayant pas prouvé l'existence d'une délégation de la gestion journalière, la partie adverse a pu considérer que l'article 19 des statuts était inopérant; que la première branche manque en fait et n'est pas sérieuse;

Considérant, quant à la deuxième branche, que la note d'information exige que la ou les déclarations sur l'honneur relatives aux critères d'exclusion soit "valablement signée" par le candidat ou "signée par le(s) représentant(s)"; qu'il s'ensuit que ces documents devaient valablement engager le candidat au moment de leur dépôt; que pour le surplus, ce sont les statuts qui déterminent qui est compétent au sein de la société pour signer un tel acte et non la note d'information; que la deuxième branche n'est pas sérieuse;

Considérant, quant à la troisième branche, que le questionnaire et la déclaration sur l'honneur sont deux documents différents; qu'en effet, la note

d'information précise que "là où le questionnaire le requiert, des annexes distinctes devront être ajoutées" (page 27); que la signature par deux administrateurs du questionnaire prouve seulement que la requérante était bien informée de cette obligation de déposer de telles annexes sans pour autant pouvoir se délier de l'obligation de les signer "valablement"; que la troisième branche n'est pas sérieuse;

Considérant que l'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat fait défaut; que la demande de suspension ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le neuf mars deux mille neuf par :

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.