

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.931 du 18 avril 2012

G./A.204.330/VI-19.550

En cause : **la société anonyme T.P.F. UTILITIES,**

ayant élu domicile chez
Me Alain DELFOSSE, avocat,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
intercommunale BEP – Environnement,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 4 avril 2012, la société anonyme T.P.F. UTILITIES sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par le Comité de direction de la partie adverse le 16 février 2012 de ne pas retenir son offre et d'attribuer le marché public de services portant la référence «Maintenance 2012» à la société privée à responsabilité limitée Step Solutions [...]".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 avril 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 avril 2012 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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

Le 2 décembre 2011, la partie adverse a publié, dans le Bulletin des adjudications ainsi qu'au supplément au Journal officiel de l'Union européenne, le 6 décembre 2011, un avis concernant la passation, par appel d'offres général, d'un marché public de services relatif à la sous-traitance de la maintenance préventive et curative de l'installation de tri-broyage de Floreffe.

Le 26 janvier 2012, deux offres ont été soumises.

Le 16 février 2012, la partie adverse a attribué le marché public litigieux à la société Step Solutions. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS

IV. 1. Première exception d'irrecevabilité

A. Arguments des parties

La requérante soutient que :

" A. Délai de recours

7.- Les délais du recours en annulation visé à l'article 65/14 de la loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et de la demande en suspension visée à l'article 65/15 de la loi, prévus à l'article 65/23, §§ 2 et 3, de la loi n'ont pas encore commencé à courir, à défaut pour la partie adverse d'avoir communiqué à la requérante la décision motivée d'attribution du marché conformément à l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi.

La partie adverse n'a effectivement communiqué l'acte attaqué à la requérante que par sa lettre recommandée du 20 février 2012.

Or, dans son arrêt n° 217.044 du 23 décembre 2011, la VI^{ème} chambre du Conseil d'Etat siégeant en référé a considéré que :

«L'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services est libellé comme suit :

"§ 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

[...]

§ 3. La demande en suspension visée à l'article 65/15 est introduite dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 65/18, le délai est de dix jours. [...]."

En vertu de l'article 65/8, paragraphe premier, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, spécialement en ses 1^{er} et 3^{ème} alinéas, la communication de la décision motivée d'attribution du marché doit être effectuée par télécopieur, par courrier électronique ou par tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

L'article 65/11 de ladite loi est libellé comme suit, en son premier alinéa :

"La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi."

La méconnaissance de la formalité de double communication imposée par cette dernière disposition a également pour conséquence que le délai d'introduction du recours, visé à l'article 65/23, § 3, ne saurait avoir pris cours.

La communication de l'acte attaqué a été effectuée par lettre recommandée le 9 novembre 2011, mais non par télécopieur, par un courrier électronique ou par tout autre moyen électronique, ce que n'a contesté la partie adverse, ni dans sa note d'observations, ni à l'audience. Dans ces circonstances, le délai de quinze jours dans lequel une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché peut être introduite devant l'instance de recours n'a pas pris cours, de sorte que l'introduction de la présente demande, le 13 décembre 2011, ne peut être considérée comme tardive et que la requête est bien recevable.».

La VI^{ème} chambre du Conseil d'Etat siégeant en référé a statué dans le même sens dans son arrêt n° 218.369 du 8 mars 2012.

Ces motifs valent, mutatis mutandis, également en l'espèce.

Le présent recours est par conséquent recevable ratione temporis.

B. Extrême urgence

8.- L'attitude de la partie adverse justifie l'extrême urgence.

En effet, aux termes de l'article 65/11, alinéa 1^{er}, de la loi :

«La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain

du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3.»

Or, la partie adverse n'a pas accompli les formalités prévues à l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi.

Il est à craindre que la partie adverse n'a pas respecté le délai d'attente prévu à l'article 65/11, alinéa 1^{er}, de la loi et qu'elle a déjà notifié l'approbation de son offre à la société Step Solutions.

Vainement, la partie adverse invoquerait-elle l'article 65/12 de la loi, aux termes duquel :

«La conclusion du marché peut avoir lieu sans appliquer l'article 65/11 dans les cas suivants :

1° lorsqu'une publicité européenne préalable n'est pas obligatoire ;
[...].».

En effet, même s'il s'agit d'un marché à bordereau de prix, son montant est supérieur au montant de 193.000 € hors t.v.a. prévu à l'article 27, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, avant sa modification par l'article 3 de l'arrêté ministériel du 19 décembre 2011 adaptant les seuils de publicité européens dans trois arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (article 10 du dit arrêté ministériel).

Il ressort d'ailleurs de la décision motivée d'attribution du marché (p. 2) que :

«Selon cette offre (de la société Step Solutions), le marché [...] est estimé à 237.160 € HTVA.»

Une publicité européenne préalable était par conséquent obligatoire, conformément à l'article 27, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Au demeurant, la partie adverse a dûment soumis le marché litigieux à la publicité européenne.

Il est permis de penser que la partie adverse n'a pas respecté le délai d'attente et qu'elle a immédiatement attribué le marché à la société Step Solutions, en violation de l'article 65/11 de la loi.

En toute hypothèse, il ressort de l'article 14 «Durée du marché» du chapitre I «Dispositions administratives» du cahier spécial des charges que :

«Le marché prendra cours le 1^{er} avril 2012 [...].»

Cette date figure également dans la décision motivée d'attribution du marché (p. 2).

Le comportement de la partie adverse est d'autant plus répréhensible que l'acte attaqué est manifestement illégal, en raison des irrégularités dont il est entaché."

La partie adverse fait valoir que :

- " 9. Pour justifier l'extrême urgence, la partie requérante se borne exclusivement à invoquer que la partie adverse ne lui a communiqué la décision d'attribution que par lettre recommandée, sans doubler cet envoi d'un envoi par télécopie ou autre

moyen électronique, en s'appuyant sur l'arrêt 217.044 du 23 décembre 2011 rendu en extrême urgence par le Conseil d'Etat !

10. Les faits qui expliquent et justifient l'arrêt 217.044 du 23 décembre 2011, ne sont pas comparables au cas d'espèce, notamment parce que la partie adverse n'avait pas communiqué la décision d'attribution du marché alors qu'elle l'a bien communiqué dans la présente affaire.

11. L'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 lie la recevabilité des recours à trois modes d'information, la publication, la communication et la prise de connaissance.

L'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit certes la communication de la décision d'attribution par mail ou fax et par recommandé le même jour.

L'article 65/11 de la loi prévoit quant à lui que : «La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3. À défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi».

Le but était donc de laisser 15 jours effectif au requérant pour introduire sa requête en extrême urgence, et non d'imposer une double mesure d'information. Ce délai de 15 jours effectif a bien été respecté, très largement dans le cas d'espèce.

12. Comme l'indique la partie requérante dans sa requête, elle était parfaitement informée que l'exécution du marché était prévue pour le 1^{er} avril 2012, puisque cette précision figurait dans le cahier spécial des charges. Elle n'a néanmoins pas jugé utile d'introduire un recours en suspension en extrême urgence avant cette date, ce qui constitue une négligence grave de sa part.

13. La partie requérante ne peut être considérée comme une entité ignorante des règles relatives aux marchés publics puisqu'elle exerce régulièrement, pour la partie adverse et d'autres pouvoirs adjudicateurs, la mission de bureau d'études en élaborant les actes inhérents à l'attribution d'un marché public.

14. La spécialité de la requérante ressort encore en l'espèce de son courrier du 2 mars par lequel elle formule 6 griefs que la présente requête ne fait que reprendre.

15. Alors qu'elle avait reçu le 23 février 2012 la lettre recommandée de communication de la décision d'attribution datée du 20 février 2012 (pièce 12, E-Tracker de Bpost) et la confirmation que le Bep – Environnement ne retirerait pas sa décision par courrier du 13 mars 2012, la requérante n'a pas jugé utile de vous saisir immédiatement en extrême urgence. La requérante ne justifie au demeurant pas l'extrême urgence dans sa requête autrement que par le non respect de la double formalité.

16. A partir de la date du 23 février 2012, il faut constater que la requérante avait une connaissance acquise de la décision d'attribution. Manifestement, un recours en extrême urgence introduit le 4 ou 5 avril 2012, ne l'est pas avec la diligence voulue.

Il s'impose donc de constater le défaut d'extrême urgence en l'espèce".

B. Décision du Conseil d'Etat

L'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services est libellé comme suit :

" § 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

[...]

§ 3. La demande en suspension visée à l'article 65/15 est introduite dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 65/18, le délai est de dix jours.

[...]."

En vertu de l'article 65/8, paragraphe premier, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, spécialement en ses 1^{er} et 3^{ème} alinéas, la communication de la décision motivée d'attribution du marché doit être effectuée par télécopieur, par courrier électronique ou par tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

L'article 65/11 de la même loi est libellé comme suit, en son premier alinéa :

" La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi."

La méconnaissance de la formalité de double communication imposée par cette dernière disposition a également pour conséquence que le délai d'introduction du recours, visé à l'article 65/23, § 3, ne pourrait avoir pris cours.

La communication de l'acte attaqué a été effectuée par une lettre recommandée le 23 février 2012, mais non par télécopieur, par un courrier électronique ou par tout autre moyen électronique. Dans ces circonstances, le délai de quinze jours dans lequel une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché peut être introduite devant l'instance de recours n'a pas débuté, de telle sorte que l'introduction de la présente demande ne peut être considérée comme tardive.

Enfin, la loi du 24 décembre 1993 n'impose pas à la requérante une obligation d'agir avec diligence autre que celle de former le recours en suspension d'extrême urgence dans le délai de quinze jours précité. En l'espèce, la requérante a bien formé le présent recours dans ce délai.

Le retard, dénoncé par la partie adverse, apparaît par contre dû au fait qu'elle n'a pas procédé à la double communication qui lui était imposée et n'a donc pas pris toutes les mesures requises pour que le délai d'attente puisse s'écouler.

L'exception ne peut dès lors être accueillie.

IV. 2. Seconde exception d'irrecevabilité

A. Arguments des parties

La partie adverse fait valoir que :

" a) La décision du 2 avril 2012 de la S.A. TPF-UTILITIES d'introduire le présent recours a été prise par son conseil d'administration – et non par son organe facultatif de représentation

1. La requérante produit un «extrait du procès-verbal du conseil d'administration du 2 avril 2012 au siège social» (pièce n° 8 du dossier de la requérante). Cet extrait mentionne que:

«le Conseil d'administration [de la S.A. TPF-UTILITIES] a décidé :

1) D'intenter un recours devant le Conseil d'état à l'encontre de la décision prise le 16 février 2012 par la Société Intercommunale BEP Environnement de ne pas retenir l'offre de la société et d'attribuer le marché public de services portant la référence "Maintenance 2012" à la société Step Solutions» [...].

Cet extrait est signé par deux administrateurs.

2. L'article 19, al. 1 des statuts de la S.A. TPF-UTILITIES (pièce n° 7 du dossier de la requérante) énonce que :

«... la société est valablement représentée en général, et notamment en tous recours judiciaires et administratifs, tant en demandant qu'en défendant, ainsi qu'à tous actes et procurations, y compris ceux où intervient un fonctionnaire public ou un officier ministériel par deux administrateurs agissant conjointement» [...].

Le Conseil d'Etat admet que la décision d'introduire un recours devant lui soit prise par l'organe facultatif de représentation visé à l'article 522, § 2 du Code des sociétés.

En l'espèce, la décision de la requérante d'introduire le présent recours a cependant été prise par le conseil d'administration de la requérante (n° 1), de sorte que (ni l'article 19 des statuts de la S.A. TPF-UTILITIES) ni l'article 522, § 2 du Code des sociétés ni la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant cette disposition légale ne sont pertinents pour vérifier si la requérante a qualité à agir.

b) Dispositions statutaires à respecter en cas de délibération du conseil d'administration de la S.A. TPF-UTILITIES

3. En effet, afin de vérifier en l'occurrence si la décision d'introduire le présent recours a été valablement prise, il convient de se référer à la disposition des statuts de la S.A. TPF-UTILITIES qui concerne les délibérations du conseil d'administration, à savoir l'article 14 des statuts (pièce n° 7 du dossier de la requérante) :

«§ 1. Quorum de présence. Le Conseil d'administration ne peut délibérer et statuer valablement que sur les points portés à l'ordre du jour et si la moitié au moins de ses membres sont présents ou représentés et pour autant, s'il a été fait usage du droit reconnu aux actionnaires de catégorie (B) par l'article 11 des présents statuts, qu'au moins un administrateur élu sur proposition des actionnaires détenteurs des actions de chacune des catégories existantes soit présent ou représenté. Un second Conseil d'Administration convoqué par le Président se réunissant au plus tard sept jours après avec le même ordre du jour pourra délibérer et statuer valablement sur les objets quels que soient les administrateurs présents ou représentés, pourvu que le quorum de présence soit réuni» [...].

Il faut ajouter que l'article 11, al. 1 et 2 des statuts (pièce n° 7 du dossier de la requérante) énonce que :

«La société est administrée par un conseil composé de trois administrateurs au moins ...

Les actionnaires de catégorie (B) auront, quel que soit leur nombre, le droit d'être représentés au conseil d'administration par un (1) administrateur choisi par l'assemblée générale sur une liste de candidats présentée par eux» [...].

c) Absence de pièce établissant que les conditions prévues par les statuts (dont le quorum de présences) ont été respectées par le conseil d'administration de la S.A. TPF-UTILITIES du 2 avril 2012

4. Or, l'extrait du conseil d'administration de la S.A. TPF-UTILITIES du 2 avril 2012 produit par la requérante (pièce n° 8 du dossier de la requérante) ne précise :

- ni le nombre total d'administrateurs actuellement en fonction;
- ni le nombre d'administrateurs présents ou représentés à la délibération du conseil d'administration;
- ni la qualité de ces administrateurs (représentants des actionnaires (A) ou (B)).

Cette pièce ne contient non plus aucune mention attestant de manière générale que les conditions requises par les statuts pour que le conseil d'administration puisse valablement délibérer, ont été respectées.

5. Il s'ensuit que l'extrait du conseil d'administration de la S.A. TPF-UTILITIES du 2 avril 2012 produit par la requérante (pièce n° 8 du dossier de la requérante) ne permet pas de vérifier si le quorum requis par l'article 14 des statuts, précité, était atteint.

Cette pièce ne permet pas non plus de vérifier si un administrateur représentant les actionnaires de catégories (B) était présent ou représenté lors de la délibération du conseil d'administration, comme requis par l'article 14 des statuts, précité.

En somme, elle ne permet pas de vérifier si conditions requises par les statuts pour que le conseil d'administration puisse valablement délibérer, ont été respectées en l'espèce.

Aucune autre pièce susceptible d'apporter cette démonstration n'est produite par la requérante.

d) Rappel de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière

6. Il s'ensuit que le recours introduit par la S.A. TPF-UTILITIES ne peut être accueilli. La jurisprudence du Conseil d'Etat est en effet sans équivoque à cet égard.

Ainsi, on peut notamment relever les arrêts suivants :

- C.E., n° 193.580 du 27 mai 2009, A.S.B.L. Fedis e.a. :

La décision d'introduire le recours en annulation avait été prise par six (6) des seize (16) membres du conseil d'administration de la requérante, une A.S.B.L. Constatant que ni la loi du 27 juin 1921 sur les A.S.B.L. ni les statuts de l'A.S.B.L. requérante ne prévoient de quorum de présence pour que le conseil d'administration puisse délibérer valablement, le Conseil d'Etat jugea que «les statuts de la ... requérante ont réglé de manière complète les modes de délibération de son conseil d'administration, avec pour conséquence que les décisions de celui-ci sont prises à la majorité des membres présents et quel que soit le nombre de membres présents; qu'il en découle également, et sans qu'il soit besoin de recourir à un «droit commun» des délibérations collégiales ou de distinguer entre les notions de quorum et de majorité de décision, que la décision d'introduire le présent recours a été prise par un organe compétent de la ... requérante et dans le respect des modalités de délibération prescrites par les statuts ; que la deuxième exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie».

Il se déduit de cet arrêt qu'à contrario, lorsque les statuts prévoient un quorum de présence pour que le conseil d'administration d'une personne morale puisse délibérer valablement, il incombe que celle-ci établisse que cette exigence a été respectée lors de l'adoption de la décision d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat.

Les arrêts qui suivent le confirment.

[...]

e) Conclusion

7. Il découle de ce qui précède que le recours introduit par la S.A. TPF-UTILITIES ne peut être accueilli.

En effet, l'extrait du conseil d'administration de la S.A. TPF-UTILITIES du 2 avril 2012 produit par la requérante (pièce n° 8 du dossier de la requérante) ne permet pas de vérifier si le quorum requis par l'article 14 des statuts, précité, était atteint, ni si les autres conditions requises pour une délibération valable du conseil d'administration de cette société étaient remplies.

La requérante ne produisant aucune (autre) pièce démontrant que l'article 14 des statuts a été respecté, son recours ne peut être accueilli."

B. Décision du Conseil d'Etat

L'article 19 des statuts de la requérante prévoit qu'elle est représentée "en tous recours judiciaires et administratifs" par deux administrateurs agissant

conjointement. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, la notion de recours judiciaires, telle que prévue dans ces statuts, doit raisonnablement s'interpréter comme concernant l'ensemble des recours juridictionnels, dont les recours devant le Conseil d'Etat et non seulement ceux formés devant les juridictions du pouvoir judiciaire.

Par ailleurs, la requérante produit une décision d'agir signée par deux de ses administrateurs.

Bien que deux administrateurs n'aient pas statué isolément, comme ils le pouvaient, mais aient décidé collectivement avec d'autres administrateurs, dans le cadre du conseil d'administration, cette décision suffit à établir la recevabilité du recours dès lors qu'elle a été prise par au moins deux administrateurs agissant conjointement.

L'exception ne peut donc être accueillie.

V. MOYENS

V. 1. Premier moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen "pris de la violation :

- des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement;
- de l'article 149 de la Constitution;
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- des articles 305, 310, 359 et 360 du Code des impôts sur les revenus 1992 (exercice d'imposition 2011);
- des articles 16, 65/4, 65/5, 65/8 et 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;
- des articles 68, 69, 70, 71 et 110, §§ 1^{er} et 2, 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;
- des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence;
- du principe général «patere legem quam ipse fecisti».

Elle expose notamment que :

" [...]

Deuxième branche

16.- La deuxième branche concerne les critères de sélection.

La société Step Solutions est une société privée à responsabilité limitée constituée par acte du 10 mars 2010.

Aux termes de ses statuts, elle a pour objet social :

«toutes activités liées directement ou indirectement à l'exploitation, en son nom personnel ou par sous-traitances, d'une entreprise spécialisée en usinage de précision, hydraulique, pneumatique, électromécanique, mécanique industrielle, tuyauterie industrielle, fabrication métallique, chaudronnerie, tôlerie, automation, robotique et dessin industriel. Elle pourra acheter et vendre tous composants mécaniques, hydrauliques, électriques et pneumatiques. Elle sera active dans le domaine de la consultance, la formation, l'étude de projets, la conception de machines et l'engineering industriel. La société peut accomplir toutes opérations commerciales, industrielles, financières, mobilières ou immobilières se rapportant directement ou indirectement à son objet social ou qui seraient de nature à en faciliter directement ou indirectement, entièrement ou partiellement, la réalisation.»

Il s'agit essentiellement d'opérations d'usinage en atelier et pas de maintenance industrielle sur site.

Son capital social s'élève à 21.000 €, soit à peine davantage que le capital social minimum de 18.550 € prévu à l'article 214 § 1^{er}, du Code des sociétés.

Il ressort des seuls comptes annuels de la société Step Solutions disponibles à la date du dépôt et de l'ouverture des offres – relatifs à l'exercice couvrant la période du 11 mars 2010 au 31 décembre 2010, approuvés par l'assemblée générale du 8 juin 2011 et déposés le 1^{er} juillet 2011 – que :

- celle-ci ne dispose que d'un seul travailleur;
- ce travailleur a été engagé à temps plein;
- le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée;
- le travailleur est un homme de niveau secondaire;
- le travailleur a le statut d'ouvrier;
- sur les dix mois de l'exercice social 2010 (de mars à décembre), le travailleur n'a travaillé qu'un seul mois, en décembre;
- au cours de ce mois, le nombre d'heures effectivement prestées s'est élevé à 16 heures seulement;
- le chiffre d'affaires réalisé durant l'exercice n'est pas précisé;
- l'exercice s'est soldé par un bénéfice à affecter de 89.568 €.

Au vu de ces éléments, la partie adverse ne pouvait pas considérer que la société Step Solutions :

- d'une part, avait «la capacité économique et financière» requise, à défaut :
 - de produire «des déclarations appropriées d'organismes bancaires ou la preuve d'une assurance des risques professionnels», faute d'exercer son activité commerciale dans le domaine couvert par le marché public litigieux;
 - de produire «la présentation des comptes de résultat, ainsi que le bilan des trois derniers exercices clos», faute d'avoir été constituée depuis au moins trois ans;
 - de produire «une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant l'activité à laquelle se réfère le marché, réalisés au cours d'une période portant sur les trois derniers exercices», faute d'avoir

été constituée depuis au moins trois ans et d'exercer son activité commerciale dans le domaine couvert par le marché public litigieux;

[...]

Le fait que la société Step Solutions n'ait pas rapporté la preuve de ses capacités économique, financière et technique aurait par conséquent dû entraîner son écartement de la procédure d'attribution."

La partie adverse répond que :

" [...]

(b) Deuxième grief : l'attributaire pressenti n'a pas pu contracter une assurance risques professionnels, n'a pas déposé le bilan des trois derniers exercices clos et n'a pas fourni son chiffre d'affaires des trois derniers exercices

32. Le cahier spécial des charges énonce que : «Les documents suivants doivent être fournis afin de justifier la capacité financière et économique du soumissionnaire :

- a. des déclarations appropriées d'organismes bancaires ou la preuve d'une assurance des risques professionnels;
- b. la présentation des comptes de résultat, ainsi que le bilan des trois derniers exercices clos;
- c. une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant l'activité à laquelle se réfère le marché, réalisés au cours d'une période portant sur les trois derniers exercices».

33. Le rapport d'analyse des offres indique à cet égard que l'attributaire pressenti a remis une «déclaration bancaire ou assurance des risques professionnels», une «déclaration sur le chiffre d'affaires» et un «bilan, extraits bilan ou comptes annuels».

34. Le soumissionnaire évincé estime que (i) l'attributaire pressenti n'a pas pu contracter une assurance couvrant les risques professionnels, au motif que les activités de maintenance industrielle (objet du marché en cause) ne figureraient pas dans son objet social, que (ii) l'attributaire pressenti n'a pas pu déposer plus d'un bilan, puisqu'il n'a été constitué en société qu'en 2010 (comptes annuels 2010 approuvés en mai 2011), et que (iii) l'attributaire n'a pas pu fournir son chiffre d'affaires des trois derniers exercices, puisqu'il n'a été constitué en société qu'en 2010.

35. Il convient d'observer qu'en vertu du cahier spécial des charges, la capacité financière et économique du soumissionnaire peut être établie par une déclaration bancaire «ou» par la preuve d'une assurance. Le rapport d'analyse des offres attestant que l'un de ces documents était joint à l'offre de l'attributaire pressenti, la première branche du grief devrait manquer en fait.

S'il est exact qu'il ne mentionne pas expressément les activités de maintenance industrielle. Celles-ci peuvent néanmoins parfaitement rentrer dans l'objet social de l'attributaire pressenti.

36. Comme le soumissionnaire évincé le souligne lui-même, l'attributaire était dans l'impossibilité de produire plus d'un bilan puisqu'il a été constitué en société en 2010. A la date ultime prévue pour la remise des offres (12 janvier 2012), seuls les comptes annuels de 2010 (approuvés en mai 2011) pouvaient être disponibles.

Le Conseil d'Etat a jugé à au moins deux reprises que lorsqu'un document requis par le cahier spécial des charges fait défaut pour une raison légitime, cette situation ne peut entraîner la nullité de l'offre concernée. La doctrine approuve cette solution. Dans ces deux affaires, l'attestation O.N.S.S. manquait, mais l'entreprise concernée (adjudicataire) n'employait aucun travailleur; elle n'était donc pas tenue de joindre cette attestation à son offre.

37. L'article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 indique qu'en ce qui concerne la démonstration de la capacité économique et financière, l'essentiel n'est pas la production des documents mais la démonstration de cette capacité elle-même :

«Si, pour une raison justifiée, le prestataire de services n'est pas en mesure de fournir les références demandées, il est admis à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur».

Le rapport d'analyse fait mention des «extraits bilan» ce qui indique que d'autres documents ont été déposés.

En vertu de la jurisprudence précitée (relative aux attestations O.N.S.S.) applicable par analogie en l'espèce, les deuxième et troisième branches du grief manquent en droit.

38. Enfin, il suffit de constater que l'adjudicataire a bien remis une attestation d'assurance des AG, qu'elle a bien remis des extraits de bilan, et des références de prestations similaires.

39. Le deuxième grief (pris de ce que l'attributaire pressenti n'a pas pu contracter une assurance risques professionnels, n'a pas déposé le bilan des trois derniers exercices clos et n'a pas fourni son chiffre d'affaires des trois derniers exercices) est insuffisamment sérieux.

[...].".

B. Décision du Conseil d'Etat

Concernant la capacité économique et financière des soumissionnaires, l'article 6, 3), du cahier spécial des charges prévoit que :

" Le soumissionnaire doit apporter la preuve de ses capacités économique, financière et technique. Les soumissionnaires qui ne fournissent pas les documents requis ou qui, sur la base des documents fournis, sont considérés comme ne remplissant pas les critères définis ci-dessous seront écartés de la procédure d'attribution.

• La capacité économique et financière

Le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il possède des ressources économiques et financières suffisantes pour être à même d'effectuer les prestations selon les prescriptions de la 2^{ème} partie clauses techniques et conformément au calendrier de paiement défini à l'article 15 de cette 1^{ère} partie.

Les documents suivants doivent être fournis afin de justifier la capacité financière et économique du soumissionnaire :

a. des déclarations appropriées d'organismes bancaires ou la preuve d'une assurance des risques professionnels

b. la présentation des comptes de résultat, ainsi que le bilan des trois derniers exercices clos;

c. une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant l'activité à laquelle se réfère le marché, réalisé au cours d'une période portant sur les trois derniers exercices."

Il résulte, *prima facie*, de cette disposition que pour s'assurer de la capacité économique et financière suffisante des soumissionnaires, la partie adverse a voulu connaître l'évolution de leur situation, tant en ce qui concerne leurs bilans que leurs chiffres d'affaires, au cours d'une période suffisamment longue de trois ans.

En énonçant cette exigence dans le cahier spécial des charges, la partie adverse n'a donc permis qu'à des entreprises existant depuis au moins trois ans de soumissionner dès lors que seules de telles sociétés étaient susceptibles de démontrer une capacité suffisante, au regard de leur situation économique et financière pendant une telle période, en produisant tous les documents exigés par la partie adverse.

Le fait que la société Step Solutions ait été créée en 2010 ne constituait donc pas une raison légitime, justifiant que la partie adverse la dispense de fournir l'ensemble des documents requis, dès lors qu'au regard des exigences précitées, prévues par le cahier spécial des charges, elle devait exister depuis au moins trois ans pour être en mesure d'établir sa capacité économique et financière suffisante.

La partie adverse n'a donc pu légalement décider que la capacité économique et financière suffisante de la société Step Solutions était démontrée alors que cette dernière n'était pas en mesure de produire le bilan des trois derniers exercices clos ainsi qu'une déclaration concernant le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois derniers exercices et alors que le cahier spécial des charges prescrivait que "les soumissionnaires qui ne fournissent pas les documents requis [...] seront écartés de la procédure d'attribution".

Dans cette mesure, le premier moyen apparaît sérieux. Il ne se justifie pas d'examiner les autres griefs énoncés par la requérante dans son premier moyen ainsi que dans son second moyen.

VI. BALANCE DES INTERETS

VI. 1. Arguments des parties

La requérante fait valoir que :

- " 23.- L'acte attaqué est irrégulier et porte sur un marché public de services d'une nature telle qu'il ne peut être raisonnablement soutenu que l'intérêt général l'emporte sur la nécessité de rétablir la légalité.

La requérante tient à souligner que le marché en cause constitue pour elle un marché de référence.

En effet, il s'agit d'un marché important pour la requérante en termes financiers.

Au-delà de l'aspect purement financier, ce marché présente une importance toute particulière pour la requérante en termes de réputation, de visibilité et de crédibilité auprès des pouvoirs adjudicateurs qui souhaiteraient lancer un marché public portant sur cet objet.

L'exécution du présent marché présenterait incontestablement une référence de choix à faire valoir auprès d'un autre pouvoir adjudicateur, raison pour laquelle la requérante privilégie clairement une réparation en nature de l'illégalité commise dans le cadre du présent marché, plutôt qu'une réparation par équivalent qui se limiterait à une indemnisation financière.

La requérante tient enfin à souligner qu'elle n'aperçoit pas en quoi la suspension pourrait entraîner des inconvénients l'emportant sur les avantages présentés par le respect de la légalité de la procédure d'attribution du marché.

En effet, si le marché est de nature à améliorer le fonctionnement de la partie adverse, celle-ci a pu, jusqu'à présent, remplir toutes ses missions d'intérêt général sans les services qui en font l'objet.

C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est récemment prononcé le Conseil d'Etat dans le cadre d'un autre marché (C.E., 30 décembre 2010, n° 210.180, en cause de Fabricom / Zone de police n° 5343 «Montgomery»).

Dès lors, la suspension ne pourrait pas entraîner de conséquences négatives l'emportant sur les avantages présentés par le respect de la légalité de la procédure d'attribution du marché."

La partie adverse répond que :

- " 53. Contrairement à ce qui est affirmé par la partie requérante, le marché dans son objet principal, la maintenance préventive, n'est pas un marché à bon de commandes. La maintenance préventive se déroule du 1^{er} avril 2012 au 31 mars 2013, est en cours et ne peut être interrompue. Pour ce volet, il n'y a pas de commandes successives.

54. Le cahier spécial des charges prévoit des bons de commande pour les interventions urgentes et/ou imprévues dans le plan de maintenance (volet maintenance curative). On applique alors les taux horaire remis dans l'offre de STEP aux «quantités» prestées.

55. La maintenance de la chaîne de tri-broyage du site de Floreffe est une prestation de service qui ne peut être interrompue sans mettre en péril l'outil industriel et la continuité du service public.

56. Opérations de maintenance effectuées chaque semaine sur l'outil sont les suivantes :

- Graissages;
- Nettoyages;
- Contrôle de la bonne marche des équipements;

- Réglages (bruit, échauffements, ...);
- Resserrage des fixations;
- Test des arrêts d'urgences;
- Interventions sur pannes et bourrages;
- Autres interventions plus complexes dont les périodes sont plus longues.

Ces opérations sont absolument nécessaires pour :

- Assurer un rendement et un taux de disponibilité maximum de l'installation;
- Garantir une sécurité optimale (notamment car il est possible que nous nous trouvions en zone Atex - étude en cours par Vinçotte) pour les ouvriers;
- Maintenir en état et garantir la durée de vie d'un outil coûteux;

57. Conséquences de l'arrêt ou d'un manque de la maintenance de la chaîne de tri-broyage sont les suivantes :

- Des frais importants de dépannages (pannes, casses, usure prématurée des pièces...), réparations, remplacements, ...;
- Des arrêts de production;
- Des accumulations de matières à traiter sur notre site, qui est limité quant au volume de stockage;
- Un engorgement des sites de transfert;
- Un risque de saturation, dans les différents parcs à conteneurs, des conteneurs «bois» et «encombrants», et partant, un service qui ne serait plus offert au citoyen;
- Des frais importants et une difficulté technique supplémentaire quand le traitement des matières doit être sous-traité (réorganisation importante, perte de temps...);
- Une démotivation des ouvriers qui peut déboucher sur des conflits sociaux.

Le tout entraînant, outre des coûts non négligeables, un arrêt plus ou moins long de l'outil, ce qui impacte la mission de service public et les obligations contractuelles qui lient le Bep-Environnement avec différents opérateurs.

Les déchets de bois et d'encombrants collectés dans les parcs à conteneurs sont de plus en plus importants depuis début mars, il est crucial que l'outil reste en activité à cette période de l'année particulièrement sensible.

58. Les prévisions actuelle/ à court terme sont les suivantes :

Le Bep-Environnement attend pour les mois de mars et avril un total de 5800 Tonnes de matières à traiter (statistiques 2011). De plus, il entre en «haute saison», laquelle se terminera vers la mi-octobre. L'outil doit fonctionner de 6 h à 22 h non-stop du lundi au vendredi. Cette plage horaire est imposée par les permis d'exploitation.

Le Bep a l'obligation de tout traiter, et ses clients et partenaires attendent que leurs produits issus des opérations de tri et broyage (plaquettes de bois, encombrants broyés, plastiques dur, fer, ...) leur soit livrés selon les conventions qui les lient.

Le personnel du Bep-Environnement n'a pas la capacité technique pour assurer la maintenance de l'outil, ni pour le faire en toute sécurité.

Enfin, et plus fondamentalement, l'outil industriel a été récemment construit et est toujours sous garantie jusqu'à fin décembre de cette année. Le Bep a des obligations à respecter par rapport à la maintenance pour préserver ses droits par rapport au fournisseur.

Un arrêt ou même une suspension de la maintenance serait donc éminemment dommageable à plus d'un titre, pour le Bep et la collectivité.

Compte tenu de la circonstance que le marché litigieux n'a qu'une durée d'un an, qu'une éventuelle suspension de la décision du marché aurait pour conséquence l'obligation de relancer une procédure européenne qui prendrait au minimum trois mois, la suspension demandée causerait manifestement un préjudice disproportionné au pouvoir adjudicateur et à la collectivité par rapport à l'avantage poursuivi par la partie requérante."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse ne présente aucun élément probant de nature à démontrer qu'en l'absence de maintenance de la chaîne de tri-broyage, pendant le temps nécessaire à l'attribution d'un nouveau marché public, cette chaîne devrait nécessairement cesser de fonctionner.

Elle n'établit pas davantage qu'elle ne pourrait assurer elle-même la maintenance de cette chaîne, pendant le temps nécessaire à l'attribution d'un nouveau marché public, en recrutant par le biais d'un contrat de travail un ou plusieurs employés disposant des qualifications requises.

Il n'apparaît pas dès lors que d'éventuelles conséquences négatives, liées à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, devraient prévaloir sur les avantages liés à la préservation de la légalité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision, prise le 16 février 2012, par le comité de direction de la société coopérative à responsabilité limitée intercommunale BEP-Environnement de ne pas retenir l'offre de la société anonyme T.P.F. UTILITIES et d'attribuer à la société privée à responsabilité limitée Step Solutions le marché public de services relatif à la sous-traitance de la maintenance préventive et curative de l'installation de tri-broyage de Floreffé.

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'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit avril deux mille douze par :

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.