CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.231 du 6 juillet 2012

G./A.205.249/VI-19.614

En cause : **1. la société anonyme AVIAPARTNER HOLDING,**
2. la société anonyme TPF UTILITIES,
ayant formé une association momentanée,

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

contre :

la société anonyme Brussels South Charleroi Airport,

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

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 19 juin 2012, la société anonyme AVIAPARTNER HOLDING et la société anonyme TPF UTILITIES, ayant formé une association momentanée, sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision prise par la société anonyme BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT le 4 juin 2012 d'écarter leur candidature au stade de la sélection qualitative dans le cadre du marché public de services intitulé "Exploitation, conduite d'installations et maintenance de tri bagage et techniques spéciales du bâtiments de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud et portant la référence «BSCA-DAR-012-008»".

Les requérantes demandent encore que soit prononcée une astreinte, comme le prévoit l'article 65/15, alinéa 1^er^ de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et des services, laquelle, compte tenu de la valeur estimée du marché, pourrait être fixée à 1.000.000

d’euros par infraction commise après la notification de l’arrêt de suspension à intervenir.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 20 juin 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 juillet 2012 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et Mes Patrick THIEL et Christophe DUBOIS, avocats, 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

III. 1. La société anonyme BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT, est l’entité gestionnaire de l’aéroport de Charleroi, au sens de l’article 2, 2°, de l’arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000 réglementant l’accès au marché de l’assistance en escale aux aéroports relevant de la Région wallonne.

III. 2. La société anonyme AVIAPARTNER HOLDING est spécialisée dans les services d’assistance en escale, dont l’assistance "bagages".

Aux termes de l’article 3 de ses statuts coordonnés à la date du 12 octobre 2010 :

" De vennootschap heeft tot doel :

- de levering van alle diensten en goederen die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met bijstand aan vliegtuigen, bemanningen, passagiers en vracht, luchthavenbeheer en vervoer in het algemeen;

- het vervullen van alle formaliteiten en het voeren van alle activiteiten die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met het luchthavenverkeer en het luchtvervoer;

- de vertegenwoordiging en accommodatie van luchtvaartondernemingen in de meest brede zin alsook van diensten zowel private als publieke in verband met de luchtvaart;

- de bestudering, de raadgeving, de ontwikkeling en de uitbating inzake luchthavenbeheer en luchtvervoer

Zij mag zowel in België als in het buitenland alle commerciële, industriële, financiële, roerende of onroerende handelingen verrichten in rechtstreeks of onrechtstreeks verband met haar maatschappelijk doel.

De vennootschap stelt zich tot doel, zowel in België als in het buitenland, onder eender welke vorm, participaties te verwerven en/of aan te houden in bestaande of nog of te richten maatschappijen. Zij kan deze participaties beheren, te gelde maken en valoriseren, onder meer door deel te nemen aan het bestuur van de ondernemingen waarin zij participeert en door ze technische, administratieve en financiële bijstand te verlenen.

[…]"

[Ce qui signifie :

" La société a pour objet :

- la fourniture de tous les services et biens qui sont liés, directement ou indirectement, à l'assistance aux avions, équipages, passagers et fret, gestion de l'aéroport et transport en général;

- la réalisation de toutes les formalités et l'exercice de toutes les activités qui sont liées, directement ou indirectement, au trafic et au transport aérien;

- la représentation et l'hébergement, au sens le plus large des termes, des compagnies aériennes, ainsi que des services aussi bien privés que et publics en rapport avec l'aviation;

- l'étude, le conseil, le développement et la gérance en ce qui concerne la gestion de l'aéroport et le transport aérien.

Elle peut accomplir, aussi bien en Belgique qu'à l'étranger, tous actes commerciaux, industriels, financiers, mobiliers ou immobiliers en rapport avec son objet social.

La société se fixe pour objectif, aussi bien en Belgique qu'à l'étranger, d'acquérir et/ou de conserver, sous quelque forme que ce doit, des participations dans des sociétés existantes ou encore à constituer. Elle peut gérer, réaliser et valoriser ces participations, notamment en prenant part à la gestion des sociétés au sein desquelles elle est associée et en leur donnant de l'assistance technique, administrative et financière.

[…]"]

III. 3. La société anonyme TPF UTILITIES est un bureau d'études spécialisé.

Aux termes de l'article 3 de ses statuts coordonnés à la date du 20 janvier 2012 :

" La société a pour objet l'élaboration, tant pour son compte que pour le compte de tiers, de toutes études scientifiques, techniques et économiques relatives à l'état et à la préservation de l'environnement.

Elle établit toutes enquêtes et études préliminaires, calculs, avant-projets, projets, mémoires, plans, notes techniques, métrés, cahiers des charges, devis, descriptions, ainsi que documents divers et procède à l'examen d'offres, la surveillance d'exécution d'ouvrages, leurs réceptions provisoire et définitive, l'établissement de décomptes et l'exécution d'expertises, le tout se rapportant à des ouvrages de toute nature, relatifs :

- aux captages de ressources en eau pour utilisations publiques et privées, aux traitements et installations de conditionnement des eaux à ces usages, aux installations de stockage, d'adduction et de distribution des eaux, aux réseaux de collecte d'eaux usées urbaines ou industrielles et pluviales, à leur traitement, ainsi qu'aux installations de réutilisation des eaux traitées pour usages publics et privés;

- au traitement et à l'utilisation de tous résidus urbains et industriels;

- aux opérations correspondantes pour d'autres fluides, liquides et gaz et d'autres formes d'énergie.

La société a également pout objet, sans limitation géographique, seule ou en association avec des tiers :

- l'étude, la réalisation, la transformation, la surveillance, l'entretien, la maintenance, la gestion technique et l'exploitation de toute installation de production et/ou de distribution de chaleur, de fluides thermiques, d'installations de ventilation, d'installations de conditionnement d'air, d'installations électriques et sanitaires;

- l'achat et la vente de tous combustibles et toutes énergies;

- les projets de multiservices, de surveillance, de gestion, de maintenance et d'assistance à l'exploitation et le fonctionnement de bâtiments, immeubles et installations industrielles;

- l'entretien, la maintenance, la gestion technique et l'exploitation de toutes installations aquatiques et/ou piscines.

En outre, la société peut procéder à la conception d'entreprises industrielles et de travaux de génie civil ou de génie rural.

La société peut également effectuer toutes opérations de gestion, d'entretien, de maintenance et d'exploitation et agir dans le domaine de l'externalisation de toutes installations de traitement ou d'utilisation d'eau dans le sens le plus large, de toute installation de fluide, gaz ainsi que de toutes installations relatives à la production d'énergie industrielle.

Elle a pour objet également la gestion de toutes entreprises publiques ou privées, organismes, associations et autres, dont l'activité se rapporte aux disciplines énumérées ci-dessus.

[…]".

III. 4. La société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT a fait publier un avis de marché - secteurs spéciaux dans :

- le Bulletin des adjudications du 1er mars 2012 (Numéro BDA : 2012-504430);
- le Journal Officiel de l'Union Européenne du 6 mars 2012 (JO/S S45-074191);

Le numéro de référence attribué au dossier est : BSCA-DAR-012-008 (sub IV.3.1).

A la différence de l'avis de marché national, l'avis de marché européen est intitulé : "Services de réparation et d'entretien d'installations de bâtiments".

Selon l'avis de marché national, celui-ci porte sur l'"Exploitation, conduite d'installations et maintenance de tri bagage et techniques spéciales du bâtiment de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud" (sub II.1.1);

Le même avis précise qu'il s'agit de services appartenant à la catégorie de services n° 1 (sub II.1.2).

Il comporte la description du marché suivante : "Marché de service consistant à assurer la maintenance, l'exploitation et la conduite de l'installation de tri bagages de l'aéroport de Charleroi, ainsi que de son bâtiment" (sub II.1.5), mentionne la classification CPV 50700000 (sub II.1.6), énumère les conditions de participation (sub III.2), prévoit que le type de procédure est la procédure négociée (sub IV.1.1), fixe la date limite de réception des demandes de participation au 10 avril 2012 à 12 heures (sub IV.3.4) et indique que l'instance chargée des procédures de recours est le Conseil d'Etat (sub VI.4.1).

III. 5. Les requérantes se sont associées le 5 avril 2012 pour répondre à l'avis de marché.

Par lettre du 9 avril 2012, elles ont soumis leur candidature à la partie adverse.

Par lettre du 26 avril 2012, celle-ci leur a fait savoir qu'elle avait procédé à une première analyse de leur dossier de candidature et qu'elle souhaitait recevoir un certain nombre d'informations complémentaires avant de prendre une décision quant à sa recevabilité.

Par lettre du 10 mai 2012, les requérantes ont répondu aux questions de la partie adverse.

Par lettre recommandée du 4 juin 2012, celle-ci a fait savoir aux requérantes que leur candidature n'avait pas été retenue.

Une copie du "Rapport de sélection des candidats", également daté du 4 juin 2012, était joint à cette lettre.

La lettre et son annexe ont été encore envoyées par courrier électronique à Maurits BEEREPOOT et à M. Frédéric LEMAL, représentants, respectivement, de la société AVIAPARTNER HOLDING et de la société TPF UTILITIES, le 4 juin 2012.

III. 6. Les requérantes ont introduit à l'encontre de la décision d'écarter leur offre, outre la présente procédure, une requête devant le tribunal de commerce de Charleroi.

La partie adverse indique dans sa note d'observations que l'audience d'introduction a été fixée au 25 juin 2012, qu'un calendrier d'échange de conclusions a été acté et que l'audience de plaidoiries est fixée au 19 juillet 2012.

IV. DECLINATOIRE DE COMPETENCE

IV. 1. Arguments de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose que la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT n'est pas une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 et que dès lors, le Conseil d'Etat ne peut connaître de la requête en application de l'article 65/24 de la loi du 24 décembre 1993.

La partie adverse soutient que la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT constitue une entité adjudicatrice, au sens de l'article 47, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, étant une personne de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, mais qu'elle n'est pas une autorité administrative au sens organique, comme l'établit, selon elle, l'article 3 de ses statuts.

Elle développe un argument d'analogie tiré d'arrêts de la Cour de cassation du 14 février 1997 et 10 septembre 1999, celui-ci relatif, selon elle, à la société BRUSSELS INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY (BIAC), dont elle affirme que les activités sont sensiblement similaires aux siennes.

Elle affirme encore qu'il n'est pas établi que la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT soit une société anonyme constituée par les pouvoirs publics régionaux et disposant du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

Elle insiste sur ce que les tâches de sûreté et de sécurité au sein de l'aéroport sont déléguées à la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT -SECURITY, sur ce que c'est conformément aux prescriptions de l'arrêté du gouvernement wallon du 8 septembre 2011, portant exécution de l'article 5bis du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, qu'elle est compétente pour fixer et percevoir les redevances aéroportuaires et sur ce que c'est le gouvernement wallon qui est compétent pour infliger les sanctions administratives dans le cadre de la lutte contre le bruit généré par les aéronefs.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il y a lieu de prendre en considération le déclinatoire de compétence opposé par la partie adverse, d'autant que les requérantes elles mêmes ont cru prudent de saisir le juge judiciaire de la décision qui fait l'objet du présent recours et qu'à l'audience, le conseil des requérantes a affirmé que celles-ci partageaient en tout point l'analyse et la conclusion de la partie adverse soutenant l'incompétence du Conseil d'Etat.

Force est de répondre succinctement à ce double déclinatoire de compétence, autant que le permet un examen en extrême urgence.

Aux termes de l'article 1er du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et des aérodromes relevant de la Région wallonne, l'on entend par :

" 1° «aéroport» : tout terrain spécifiquement aménagé pour l'atterrissage, le décollage et les manoeuvres d'aéronefs, y compris les installations annexes que ces opérations peuvent impliquer pour les besoins du trafic et le service des aéronefs, y compris les installations nécessaires pour assister les services commerciaux de transport aérien;

2° «concessionnaire» : l'entité qui s'est vue concéder par le Gouvernement la mission d'administration et de gestion des infrastructures de l'aéroport, ainsi que de coordination et de contrôle des activités des différents opérateurs présents dans l'aéroport concerné;

3° «usager d'aéroport» : toute personne physique ou morale transportant par voie aérienne des passagers, du courrier et/ou du fret, à destination ou au départ de l'aéroport concerné;

4° «redevance aéroportuaire»: un prélèvement effectué au profit de la Région wallonne, ou du concessionnaire lorsque le Gouvernement a fait usage de la faculté de concession, à charge des usagers d'aéroport en contrepartie de l'utilisation des installations et des services qui sont fournis exclusivement par la Région wallonne ou le concessionnaire et qui sont liés à l'atterrissage, au décollage, au balisage et au stationnement des aéronefs, ainsi qu'à la prise en charge des passagers et du fret; la

redevance aéroportuaire ne comprend pas la redevance perçue pour la rétribution des services de navigation aérienne en route et terminaux, ni la redevance perçue pour la rétribution des services d'assistance en escale et la redevance prélevée pour le financement d'une assistance aux passagers handicapés et aux passagers à mobilité réduite.

Les aéroports et aérodromes qui relèvent de la Région wallonne sont :

1° l'aéroport de Charleroi-Bruxelles Sud;
[…]."

Les statuts de la partie adverse ne laissent pas de doute sur la qualité de concessionnaire de celle-ci, au sens de l'article 1er, 2°, du décret du 23 juin 1994, précité :

" Article 3 : Objet

La société a pour objet de réaliser toutes opérations relatives à la promotion, l'exploitation et à la gestion de la zone aéroportuaire de l'Aéroport de Charleroi dans le cadre de la convention de concession à conclure avec l'Exécutif de la Région wallonne.

[…]".

Les mêmes statuts font apparaître que c'est la Région wallonne qui, de manière indirecte mais certaine, a la maîtrise de la société :

" Article 5 : Capital

Le capital social est fixé à sept millions sept cent trente cinq mille sept cent quarante euros (7.735.740 €). Il est divisé en douze mille quatre cent septante-sept (12.477) actions sans désignation de valeur nominale représentant chacune un/douze mille quatre cent septante-septième (1/12.477ème) du capital social.

L'actionnaire de catégorie A ne pourra être que la REGION WALLONNE ou toute société spécialisée et constituée par cette dernière, la société anonyme SAMBRINVEST ; la SOGEPA ou la société IGRETEC.

[…].

Article 7 : Répartition du capital

Le nombre d'actions de catégorie A ne pourra jamais être inférieur à cinquante et un pour cent (51 %) de l'ensemble des actions représentant le capital de la société.
[…].

Article 11 : Conseil d'administration

Le conseil d'administration est composé d'un maximum de dix-neuf (19) membres :
(i) Douze (12) administrateurs nommés sur proposition des actionnaires de catégorie A (les «Administrateurs A»);
(ii) […]".

Des dispositions précitées, il ressort que la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT est étroitement liée à la Région wallonne qui détient, directement ou par société interposée constituée ou contrôlée par elle, la majorité des actions représentatives de son capital et qui désigne une majorité de ses administrateurs.

La société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT apparaît dès lors, prima facie, comme réunissant des caractéristiques permettant d'y reconnaître une autorité administrative au sens organique.

Les pièces du dossier administratif ne permettent cependant pas de vérifier qu'elle a été créée à l'initiative des pouvoirs publics.

La partie adverse n'apporte aucun élément établissant que les pouvoirs publics régionaux n'ont pas été à l'origine de sa création.

En admettant même que cette société doive être tenue pour une entité d'initiative privée, encore faudrait-il constater qu'elle est contrôlée par la Région wallonne, qu'elle ne relève ni du pouvoir législatif ni du pouvoir judiciaire, qu'elle est chargée d'un service public et qu'elle peut prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers.

Sur ce dernier point, il apparaît en effet qu'elle dispose du pouvoir de fixer unilatéralement et de percevoir le montant des redevances aéroportuaires sur le fondement de l'article 5bis du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne et des articles 2 et 3 de l'arrêté du gouvernement wallon du 8 septembre 2011 portant exécution de l'article 5bis du décret du 23 juin 1994, précité.

La qualité d'autorité administrative de la partie adverse paraît dès lors, prima facie, suffisamment établie.

Les arguments contraires que la partie adverse croit pouvoir fonder sur des antécédents soumis à la Cour de cassation ne paraissent pas probants.

D'une part, il est exact que, par l'arrêt du 14 février 1997, la Cour de cassation a cassé un arrêt n^{o} 59.443 prononcé par le Conseil d'Etat le 30 avril 1996, qui reconnaissait à la société anonyme GIMVINDUS le caractère d'une autorité administrative, alors que, selon la Cour de cassation, cette société ne pouvait pas prendre de décision liant les tiers et qu'elle ne perdait donc pas son caractère privé.

Cette différence par rapport à la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT permet, à elle seule, d'écarter l'analogie alléguée par la partie adverse entre la présente espèce et celle dont la Cour de cassation a eu à connaître par son arrêt du 14 février 1997.

D'autre part, par l'arrêt du 10 septembre 1999, la Cour de cassation a cassé l'arrêt du Conseil d'Etat n° 71.754 du 11 février 1998 en ce qu'il reconnaissait à la société alors dénommée BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY, le caractère d'une autorité administrative.

En cette espèce, il apparaissait, notamment, qu'un arrêté royal du 10 décembre 1987 avait autorisé la Régie des Voies Aériennes à participer à la société anonyme à constituer sous la dénomination "N.V. BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY S.A.", en abrégé B.A.T.C.

Il ressortait du rapport au Roi que B.A.T.C. serait une "société de droit privé [...] à laquelle la Régie participera en détenant plus de 25 % des actions ce qui constitue une minorité de blocage", que B.A.T.C aurait pour objet social "la gestion et l'exploitation de l'aérogare passagers en ce compris le bâtiment parking, les voies d'accès et les extensions futures, ainsi que la réalisation en phases et leur financement, avec des capitaux en provenance exclusive du secteur privé, des travaux d'extension, d'amélioration et de modernisation nécessaires"; que, pour permettre à B.A.T.C. de réaliser sa mission, la Régie effectuerait l'apport en nature de son activité entière se rapportant aux passagers dans l'aérogare passagers, à l'exclusion de la fouille des passagers et de leur bagage à main, et que, pour permettre à B.A.T.C. d'exécuter les obligations liées à cet apport, celle-ci obtiendrait le droit de percevoir les redevances d'embarquement et celles dues pour l'utilisation des passerelles à l'usage des passagers, redevances fixées par l'arrêté royal du 17 janvier 1977; qu'un arrêté royal du 10 décembre 1987 a modifié l'arrêté royal du 17 janvier 1977, précité, en complétant son article 1er par la disposition suivante : "Toutefois, la société anonyme «N.V. BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY S.A.» (B.A.T.C.) est autorisée, à partir de sa constitution, à percevoir, aux conditions du présent arrêté et conformément au chapitre III, les redevances dues pour l'usage des installations aménagées à l'intention des passagers à l'aérogare passagers de l'Aéroport national".

Les arrêtés royaux précités ne permettaient pas de conclure que B.A.T.C. avait été constituée par les pouvoirs publics fédéraux, mais seulement que ceux-ci avaient participé à sa constitution en personne morale de droit privé.

Ces différences amènent, une fois encore, à écarter l'analogie alléguée par la partie adverse entre la présente espèce et celle dont la Cour de cassation a eu à connaître par son arrêt du 10 septembre 1999.

Le déclinatoire de compétence doit en conséquence être rejeté.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE QUANT A SON OBJET

V. 1. Arguments des parties requérantes

Les requérantes énoncent que l'acte attaqué "est constitué : - de la lettre recommandée et du courriel de la société BRUSSELS SOUTH CHARLEROI AIRPORT du 4 juin 2012; - du rapport de sélection des candidats du 4 juin 2012; - pour autant que de besoin, de l'avis de marché".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Malgré les défauts patents de sa formulation, l'intention des requérantes est certainement de faire suspendre l'exécution de la décision prise par la partie adverse, le 4 juin 2012, en ce qu'elle fait sienne la proposition mentionnée dans le rapport de sélection des candidats de déclarer que "Est écartée au stade de la sélection qualitative l'Association momentanée Aviapartners/TPF Utilies".

C'est selon cette lecture que la requête sera examinée.

VI. RECEVABILITE DE LA REQUETE QUANT A LA QUALITE DES REQUERANTES

VI. 1. Arguments des parties

Il ressort des pièces jointes par les requérantes à leur requête que celles-ci ont constitué entre elles une société momentanée.

Une telle société n'a pas en droit belge de personnalité juridique propre.

Il est requis dans ce cas que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, chacun des membres de la société momentanée décide valablement et communément d'agir en justice.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que la requête est irrecevable en ce que les décisions d'agir prises par chacun des conseils

d'administration des requérantes ne portent pas sur la procédure de suspension en extrême urgence, qui est une procédure exceptionnelle.

Elle ajoute, pour ce qui concerne la décision d'agir au nom de la société TPF UTILITIES, que, selon les pièces de la procédure, qu'elle a été prise par le conseil d'administration de celle-ci, que l'extrait de sa décision est signé par deux administrateurs, étant la société anonyme MEUSINVEST et la société anonyme STRATOS CONSULT, que si, aux termes des statuts, c'est le conseil d'administration qui a compétence pour décider l'introduction d'une action en justice, ce conseil se compose de cinq membres et ne peut délibérer que si la majorité au moins de ceux-ci est présente, ce qui est impossible à vérifier en l'espèce.

La partie adverse fait valoir encore que si les statuts de la société TPF UTILITIES permettent à un administrateur de donner procuration à un autre administrateur en vue de la tenue d'une séance du conseil d'administration, la procuration a été donnée en l'espèce à une personne, Christophe GILAIN, qui n'est pas administrateur, ce qui retentit sur la légalité de la décision d'agir.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse verse dans un excès de formalisme en ce qu'elle reproche aux requérantes de n'avoir pas précisé dans la décision d'agir qu'elles poursuivaient la suspension de l'exécution de la décision attaquée selon la procédure d'extrême urgence.

On peut présumer que les requérantes ont entendu faire application de cette procédure, qu'il n'est plus permis de qualifier d'extraordinaire compte tenu des articles 65/15 et 65/24 de la loi du 24 décembre 1993.

Quant à la qualité pour agir, la société AVIAPARTNER HOLDING a joint aux pièces de la procédure des documents tendant à établir que son conseil d'administration régulièrement composé a décidé le 19 juin 2012 d'introduire le présent recours.

La société TPF UTILITIES a, pour sa part, joint un document tendant à établir que la décision d'agir a été prise par son conseil d'administration.

Selon l'article 17 de ses statuts, le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale.

A s'en tenir aux termes de l'extrait du procès-verbal de cette décision, on pourrait accueillir l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse et décider que les requérantes n'établissent pas que la décision d'agir a été prise par le conseil d'administration de la requérante régulièrement composé, le quorum requis de la moitié des membres présents ou représentés ayant été atteint.

On peut constater cependant que l'extrait du procès-verbal de la décision d'agir est signé par deux administrateurs le 15 juin 2012.

Le fait que le représentant de l'un de ces administrateurs, en l'espèce, la S.A. MEUSINVEST, ait donné procuration à Christophe GILAIN, lui-même dépourvu de la qualité d'administrateur, ne paraît pas de nature à affecter la régularité de la décision d'agir.

Selon l'article 14, § 2, des statuts en effet, c'est en vue d'une réunion du conseil d'administration qu'un administrateur ne peut donner le pouvoir de le représenter qu'à l'un de ses collègues.

L'article 19, alinéa 2 des statuts permet à deux administrateurs agissant conjointement de signer un extrait d'une décision du conseil d'administration.

L'article 19, alinéa 1er, des mêmes statuts prévoit que la société TPF UTILTIES est valablement représentée en général "et notamment en tous recours judiciaires et administratifs, tant en demandant qu'en défendant", par deux administrateurs agissant conjointement.

On peut admettre, prima facie, que la décision d'agir a été prise en l'espèce par deux administrateurs de la société TPF UTILITIES qualifiés pour agir en justice en son nom.

Qu'ils aient décidé en conseil d'administration ou en dehors de celui-ci paraît indifférent.

Les exceptions d'irrecevabilité ne paraissent pas pouvoir être retenue.

VII. EXTREME URGENCE

La décision prise le 4 juin 2012 par la partie adverse a été attaquée le 19 juin 2012, soit dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

VIII. MOYEN UNIQUE

VIII. 1. Arguments des parties

Les requérantes prennent un "Moyen unique d'annulation" qu'elles formulent en ces termes :

" A. Dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires ainsi que principes généraux du droit violés

Le moyen unique d'annulation est pris de la violation :

- des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement;

- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;

- des articles 47, § 1er et § 3, 59, § 1er, 65/2, 65/4, alinéa 1er, 4°, 65/5, 5°, 65/7, § 1er, alinéa 1er, 1°, et 65/8, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services;

- des articles 13 et 13bis de l'arrêté royal du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;

- des articles 2, 4°, 5, § 1er, et 9, § 1er, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 24 mars 2000 réglementant l'accès au marché de l'assistance en escale aux aéroports relevant de la Région wallonne, ainsi que de son annexe, point 3;

- 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»".

Les requérantes commencent par rappeler que la section III de l'avis de marché énumère les "renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique" que doivent fournir les candidats, qu'il mentionne notamment ce qui suit :

" III.2) Conditions de participation

[…]

III.2.2) Capacité économique et financière

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies : Afin de pouvoir présélectionner les candidats, il leur est demandé d'annexer à leur candidature les documents suivants à remettre impérativement dans l'ordre :

[…]

C) le candidat présentera l'organisation et la structure de sa société ainsi que des ressources humaines dont il dispose.

III.2.3) Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies : Le candidat présentera au moins :

A) Une référence de marché relatif à l'exploitation et la conduite d'une installation de tri bagage pour un montant minimal de 1.000.000 EUR/an, réalisés dans les 5 dernières années par le candidat ou par une entité du groupe auquel il appartient. Dans ce dernier cas, le candidat expliquera les moyens qu'il mettra en œuvre afin de former la filiale locale par l'entité expérimentée.

B) Le candidat présentera trois références de marchés relatifs à la conduite et maintenance d'installations de techniques spéciales du bâtiment pour un montant minimal par marché de 300.000 EUR/an.

C) Pour chaque référence, seront repris les éléments suivants :

** Nom et coordonnées complètes de l'entreprise cliente.
** Nom, prénom, n° tél. et adresse e-mail du gestionnaire du contrat du client".

Les requérantes se réfèrent ensuite au "Rapport de sélection des candidats" en ce qu'il mentionne ce qui suit :

" […]
4. Concernant la candidature conjointe d'Aviapartner/TPF Utilities, elle présente les manquements suivants :
- L'organigramme présenté comptabilise un total de 56 personnes pour son service exploitation. La conduite et l'exploitation du tri bagage dans sa configuration actuelle requiert à elle seule déjà 19 ETP. Au regard de ces proportions, les ressources humaines présentées par TPF Utilities en association momentanée avec Aviapartner sont jugées insatisfaisantes par le pouvoir adjudicateur.
- Il était demandé une référence de marché relatif à l'exploitation et la conduite d'une installation de tri bagage. La référence présentée par Aviapartner à l'aéroport de Münich concerne le handling des bagages et non la conduite et l'exploitation de l'installation de tri. Le candidat n'est donc pas en mesure de démontrer sa capacité technique suffisante à la prise en charge du marché.
5. Conclusions :
Il est proposé d'adopter la décision suivante :
Est écartée au stade de la sélection qualitative :
- L'Association Momentanée Aviapartner/TPF Utilities.
Les autres candidats sont sélectionnés et le cahier spécial des charges leur sera envoyé afin de les inviter à déposer une offre".

En une première branche, les requérantes soutiennent que l'avis de marché décrit comme suit les services à prester :

" Exploitation, conduite d'installations et maintenance de tri bagage et techniques spéciales du bâtiment de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud;
[…]

la maintenance, l'exploitation et la conduite de l'installation de tri bagages de l'aéroport de Charleroi, ainsi que de son bâtiment".

Elles font valoir que :

" Cette description pour le moins vague et imprécise laisse à penser - le cahier spécial des charges n'a pas été communiqué aux candidats à ce stade de la procédure - que le marché porte notamment sur des services d'assistance en escale, et plus spécialement sur des services d'assistance «bagages», au sens de l'article 2, 4°, et de l'annexe, point 3, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 24 mars 2000 réglementant l'accès au marché de l'assistance en escale aux aéroports relevant de la Région wallonne",

Elles affirment qu'aux termes de l'annexe de cet arrêté :

" L'assistance «bagages» comprend le traitement des bagages en salle de tri, leur tri, leur préparation en vue du départ, leur chargement et leur déchargement des systèmes destinés à les amener de l'avion à la salle de tri et inversement, ainsi que le transport des bagages de la salle de tri jusqu'à la salle de distribution".

que ces services impliquent nécessairement l'utilisation de l'installation de tri bagages, que l'article 5, § 1er, de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000 précité pose le principe suivant lequel tout prestataire de services en escale établi dans l'union européenne a le libre accès au marché de la prestation de services d'assistance en escale à des tiers, que les articles 5, § 2, et 8 du même arrêté prévoient des exceptions à ce principe mais qu'elles ne s'appliquent pas en l'espèce, du moins à la connaissance des requérantes, que, par ailleurs, l'article 9, § 1er, de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000 dispose que :

" Une procédure de sélection des prestataires autorisés à fournir des services d'assistance en escale sur un aéroport est organisée à l'initiative du Ministre lorsque leur nombre est limité dans les cas prévus à l'article 5, § 2, ou à l'article 8. Le Ministre précise les éléments de procédure relatifs à cette sélection.
Cette procédure doit respecter les principes suivants :
1° dans le cas où le Ministre prévoit l'établissement d'un cahier des charges ou de spécifications techniques auxquels ces prestataires doivent répondre, ce cahier ou ces spécifications sont établis après consultation préalable du Comité des usagers. Les critères de sélection prévus par ce cahier des charges ou ces spécifications techniques doivent être pertinents, objectifs, transparents et non discriminatoires;
[…]".

qu'en l'occurrence, rien n'indique que les deux premières conditions seraient remplies, qu'il appartient à la partie adverse de démontrer qu'il a été fait application des limitations prévues à l'article 5, § 2, de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000 ou des dérogations prévues à l'article 8, § 2, de cet arrêté et que les critères de sélection ont été établis après consultation préalable du comité des usagers, que "la troisième condition […] fait manifestement défaut, la condition de participation de capacité technique ne constituant pas un critère de sélection pertinent, objectif,

transparent et non discriminatoire, pour les raisons évoquées dans la troisième branche du moyen, à laquelle il est renvoyé".

Dans sa note d'observations, la partie adverse affirme, quant à la première branche du moyen, que les requérantes développent une interprétation erronée du marché et, en particulier, de son objet tel que mentionné dans l'avis de marché publié au Bulletin des adjudications et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne, que l'objet du marché litigieux ne concerne pas les services d'assistance en escale - assistance bagages au sens de l'article 2, 4° de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000 réglementant l'accès au marché de l'assistance en escale aux aéroports de la Région wallonne, plus communément visé par le terme "handling", que cet arrêté et les règles de sélection des "handlers", à savoir la procédure applicable en cas de limitation du nombre de prestataires de services d'assistance en escale au sein d'un aéroport, ne trouvent pas à s'appliquer au présent marché, mais que les services d'assistance en escale au sein de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud sont réglementés par l'arrêté ministériel du 29 mai 2008 en vertu duquel tous les services concernés ont été libéralisés en telle sorte qu'aucune procédure sélection n'est nécessaire.

En une deuxième branche, les requérantes affirment que, selon le "Rapport de sélection des candidats", "L'organigramme présenté comptabilise un total de 56 personnes pour son service exploitation. […] les ressources humaines présentées par TPF Utilities en association momentanée avec Aviapartner sont jugées insatisfaisantes par le pouvoir adjudicateur".

Selon les requérantes, "cette décision" appelle trois critiques.

Première critique, si l'organigramme général de TPF-UTILITIES indique que le "service exploitation" compte cinquante-six personnes, la décision de la partie adverse fait abstraction des ressources humaines de la société AVIAPARTNER HOLDING, qui a constitué une société momentanée avec la société TPF UTILITIES.

Il ressort du dossier de candidature que le Groupe AVIAPARTNER emploie plus de 6.000 personnes (lettre d'introduction du 9 avril 2012; brochure de présentation du Groupe Aviapartner, p. 2 et 4; lettre des sociétés requérantes du 10 mai 2012, p. 3), dont environ 1.200 ETP (équivalent temps plein) en Belgique en 2010 (brochure de présentation du Groupe AVIAPARTNER, p. 10).

Les sociétés requérantes ayant répondu à l'avis de marché et présenté ensemble leur candidature, la partie adverse ne pouvait pas ne prendre en considération que les ressources humaines de l'une et ignorer celles de l'autre.

Par ailleurs, aux termes de l'article 13bis de l'arrêté royal du 18 juin 1996 précité :

" Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver (à) l'entité adjudicatrice que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire de services.

Dans les même conditions, un groupement d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celle d'autres entités".

Les requérantes affirment que la société AVIAPARTNER HOLDING était par conséquent en droit de faire valoir les capacités du Groupe AVIAPARTNER.

Elles énoncent que l'avis de marché, sub III.3.2), ne précise pas si les personnes morales sont tenues d'indiquer les noms et qualifications professionnelles des membres du personnel chargés de la prestation.

Deuxième critique, les requérantes soutiennent que même s'il fallait ne prendre en compte que les ressources humaines de la société TPF UTILITIES, quod non, la partie adverse ne justifie pas en quoi celles-ci seraient insatisfaisantes, dès lors que la conduite et l'exploitation du tri bagage dans sa configuration actuelle requiert à elle seule déjà dix-neuf ETP et que le service exploitation de la société TPF UTILITIES est composé de cinquante-six personnes, soit trente-sept de plus.

Troisième critique, les requérantes font valoir qu'à défaut de disposer du cahier spécial des charges au stade de la sélection qualitative, les requérantes ne pouvaient pas connaître les ressources humaines nécessaires à l'exécution du marché.

Si par impossible les sociétés requérantes ne disposaient pas des ressources humaines nécessaires, rien ne les empêcherait, après avoir pris connaissance du cahier spécial des charges, de prévoir l'engagement de personnel supplémentaire pour pouvoir exécuter le marché.

Dans sa note d'observations, quant à la deuxième branche du moyen, la partie adverse commence par affirmer qu'elle a décidé de ne pas sélectionner la candidature des parties requérantes pour deux raisons : d'une part, des ressources humaines insatisfaisantes et, d'autre part, l'absence d'une référence devant établir la capacité technique du candidat.

Elle soutient que chacun de ces deux motifs de non-sélection suffit, à lui seul, à ne pas sélectionner les requérantes, que celles-ci les contestent dans les deuxième (premier motif de non-sélection) et troisième (second motif de non-sélection) branches de leur moyen unique, mais que ce n'est qu'en cas d'erreur de la partie adverse sur ces deux motifs de non-sélection que la décision d'écarter la candidature des parties requérantes pourrait être suspendue en sorte que si la deuxième branche du moyen était considérée comme non sérieuse, la requérante perdrait tout intérêt à sa troisième branche "et inversement".

La partie adverse oppose à la première critique énoncée dans la deuxième branche du moyen que la référence à l'article 13bis de l'arrêté royal du 18 juin 1996 ne peut convaincre dès lors que le dossier de candidature ne contient pas l'engagement du Groupe AVIAPARTNER de mettre à disposition de AVIAPARTNER HOLDING les ressources nécessaires pour exécuter correctement le marché et que les requérantes ne démontrent pas qu'un nombre raisonnable de personnes parmi les 1200 membres vantés du personnel du Groupe AVIAPARTNER disposent des compétences techniques et nécessaires pour exécuter correctement le marché litigieux.

A la deuxième critique, la partie adverse répond que l'on voit mal comment les requérantes pourraient attacher au marché litigieux plus d'un tiers de l'ensemble du personnel actuellement affecté à d'autres contrats, tout en garantissant la qualité indispensable à la correcte prestation des services.

A la troisième critique, la partie adverse objecte que les requérantes ne peuvent soutenir que rien ne les empêcherait, après avoir pris connaissance du cahier spécial des charges, de prévoir l'engagement de personnel supplémentaire pour pouvoir exécuter le marché, qu'une telle affirmation établit, outre leur incompréhension de l'objet du marché, qu'elles ne sont pas familières des services visés par l'objet du marché, qu'aucune disposition légale n'impose de transmettre, en procédure négociée avec publicité dans les secteurs spéciaux, le cahier spécial des charges aux candidats dès la publication de l'avis de marché, que les requérantes inversent la situation, qu'il convient d'abord de passer le stade de la sélection qualitative, au regard des exigences contenues dans l'avis de marché, et, ensuite, de déposer une offre au regard du cahier spécial des charges.

En une troisième branche, les requérantes rappellent que le "Rapport de sélection des candidats" mentionne qu'était demandée une référence de marché relatif à l'exploitation et à la conduite d'une installation de tri bagages, que la référence présentée par AVIAPARTNER à l'aéroport de Münich concerne le "handling" des

bagages et non la conduite et l'exploitation de l'installation de tri et que ce rapport conclut "Le candidat n'est donc pas en mesure de démontrer sa capacité technique suffisante à la prise en charge du marché".

En un premier point, les requérantes reprochent à la partie adverse de n'avoir pas examiné si la société TPF UTILITIES, spécialisée notamment dans la surveillance, la gestion, la maintenance, l'assistance à l'exploitation et le fonctionnement des installations industrielles, avait, sur le fondement des références présentées par elle, la capacité technique d'assurer, outre la maintenance de l'installation de tri bagages, son exploitation et sa conduite.

Elles font valoir que, dans sa lettre du 26 avril 2012, la partie adverse a posé aux requérantes la question suivante :

" 1. Concernant la référence relative à la conduite d'installation de tri bagage, vous nous présentez comme référence le contrat avec l'aéroport de Münich. Nous souhaitons recevoir de votre part, le programme de maintenance et de conduite appliqué. […]".

que par leur lettre du 10 mai 2012, les requérantes ont répondu à la partie adverse notamment que :

" Aviapartner offre des services en tri bagage sur 24 aéroports en Europe. […]
Aviapartner offre des services de tri-bagage tel que défini ci-dessus à Munich. Ceci ne comprend pas la maintenance des installations.
[…]
Les activités de TPF-Utilities interviennent dans deux pôles complémentaires.
[…]
Le second pôle concerne le marché dont question dans l'appel à candidature : le département conduite et maintenance d'installations techniques.
[…]".

Les requérantes affirment que leur réponse a fait apparaître que la société AVIAPARTNER HOLDING était capable d'assurer l'assistance "bagages" tandis que la société TPF UTILITIES était capable d'assurer la conduite, y compris l'exploitation et la maintenance de l'installation de tri bagages et qu'elles ont établi dès lors qu'elles disposent de la capacité technique requise, à tout le moins au stade de la sélection qualitative, alors que le cahier spécial des charges n'avait pas été communiqué aux candidats.

Le "Rapport de sélection des candidats" n'établit en tout cas pas le contraire.

En un deuxième point, les requérantes soutiennent que l'assistance "bagages" comprend l'utilisation de l'installation de tri bagages, mais non sa maintenance, qu'il s'agit de deux métiers distincts, raison pour laquelle la société

AVIAPARTNER HOLDING, spécialisée dans les services d'assistance en escale, dont l'assistance "bagages", et la société TPF UTILITIES, spécialisée dans la surveillance, la gestion, la maintenance, l'assistance à l'exploitation et le fonctionnement des installations industrielles, ont constitué une société momentanée pour répondre à l'avis de marché et présenter ensemble leur candidature, que la partie adverse ne pouvait exiger des candidats qu'ils présentent une référence de marché unique relative à ces deux métiers distincts et qu'en toute hypothèse, il ne s'agirait pas d'un critère de sélection pertinent, objectif, transparent et non discriminatoire, au sens des articles 13 de l'arrêté royal du 18 juin 1996 et 9, § 1er, de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche du moyen

Par cette branche du moyen, les requérantes soutiennent en particulier que la partie adverse ne pouvait organiser une procédure de sélection des prestataires autorisés à fournir des services d'assistance en escale sur un aéroport que lorsque leur nombre est limité dans le cas prévu à l'article 5, § 2, ou 8 de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000.

L'intérêt des requérantes à cette branche du moyen ne paraît pas discutable.

En effet, s'il était reconnu sérieux, il remettrait en question la légalité de la procédure de sélection organisée par la partie adverse.

Tel ne paraît cependant pas être le cas en l'espèce.

C'est à juste titre que la partie adverse fait valoir que l'objet du marché tel que mentionné dans l'avis de marché publié au Bulletin des adjudications ainsi que dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne (sub II.1.1), soit l'"Exploitation, conduite d'installations et maintenance de tri bagage et techniques spéciales du bâtiment(s) de l'aéroport de Charleroi Bruxelles-Sud", est distinct de l'"assistance bagages", au sens de l'article 2, 4°, de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2000.

C'est vainement, dès lors, que les requérantes se prévalent de la méconnaissance de cet arrêté, qui ne trouve pas à s'appliquer l'espèce.

Le moyen n'apparaît pas sérieux en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche du moyen

L'article 65/7, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 prévoit que lorsque la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation, dès qu'elle a pris la décision motivée de sélection, l'autorité adjudicatrice communique à tout candidat non sélectionné les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision.

Le marché considéré comprend une procédure en deux phases, une première phase consistant dans la remise des dossiers de candidature pour le 10 avril 2012, selon le point VI.3 de l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Dans la deuxième branche de leur moyen unique, les requérantes critiquent notamment la motivation de la décision prise par la partie adverse de rejeter leur candidature au stade de la sélection qualitative pour défaut de preuve de leur capacité économique et financière.

Les pièces de la procédure font apparaître que la partie adverse a communiqué aux requérantes, par courrier daté du 4 juin 2012, la décision de ne pas donner suite à leurs candidatures pour les raisons exposées dans la "note de décision" jointe.

Cette note a pris la forme d'un "Rapport de sélection des candidats", dont les requérantes reproduisent exactement les termes dans leur requête.

Prima facie, c'est à juste titre que les requérantes soutiennent que c'est sans même les évoquer que la partie adverse n'a pas pris en compte, quant à leur capacité économique et financière, les ressources humaines de la société AVIAPARTNER HOLDING, cependant partie à la société momentanée formée avec la société TPF UTILITIES.

La société AVIAPARTNER HOLDING a pourtant communiqué des informations au sujet des personnes qu'elle emploie dans sa lettre de candidature du 9 avril 2012, dans la "Présentation du groupe", pages 2 et 4 ainsi qu'en réponse à la quatrième question posée par la partie adverse dans sa lettre du 26 avril 2012.

Sans doute la partie adverse a-t-elle demandé, par cette quatrième question, une présentation plus précise de l'organisation et de la structure des sociétés

respectives "en reprenant un organigramme complet ainsi qu'une indication du nombre d'équivalent temps plein par fonction".

Si la partie adverse estimait que les informations communiquées à ce sujet dans la réponse que lui ont adressée les requérantes le 10 mai 2012 n'étaient pas suffisantes, plus spécialement pour ce qui concerne les équivalents temps-plein de la société AVIAPARTNER, il lui appartenait d'en énoncer les motifs dans sa décision du 4 juin 2012, mais non, ainsi qu'elle l'a fait, d'ignorer purement et simplement ces informations.

Les explications apportées à ce sujet par la partie adverse dans sa note d'observations, à les tenir pour pertinentes, ne suffisent pas à remédier au défaut de motivation invoqué par les requérantes.

Le moyen unique pourrait dès lors être déclaré sérieux dans sa deuxième branche.

Il n'en demeure pas moins que, pour que les requérantes aient un intérêt suffisant à s'en prévaloir, encore faudrait-il qu'elles établissent que la suspension de l'exécution de la décision attaquée pour insuffisance de sa motivation sur le point précis de leur capacité économique et financière leur restituerait une chance de voir leur candidature retenue au stade de la sélection qualitative.

Or, il leur est encore reproché de ne pas être en mesure de démontrer leur capacité technique suffisante.

Il n'est possible dès lors de s'assurer de la recevabilité du moyen en sa deuxième branche qu'en examinant la troisième branche qui a trait au rejet de la sélection qualitative de la candidature des requérantes pour défaut de preuve de leur capacité technique.

C. Quant à la troisième branche du moyen

Par cette branche, les requérantes reprochent essentiellement à la partie adverse de ne pas avoir admis que la référence présentée par AVIAPARTNER à l'aéroport de Munich suffisait à établir leur capacité technique au motif qu'elle portait sur le "handling" des bagages et non sur la conduite et l'exploitation de l'installation de tri.

Le conseil des requérantes a fait valoir à l'audience que ces opérations se recouvraient, en manière telle que la référence relative à l'une d'entre elles valait pour l'ensemble.

Il n'en demeure pas moins que, comme le relève à juste titre la partie adverse dans sa note d'observations, dans leur courrier du 10 mai 2012, les requérantes ont fait savoir à la partie adverse que "Aviapartner offre des services de tri-bagage tel que défini ci-dessus à Munich. Ceci ne comprend pas la maintenance des installations".

Dans le même courrier du 10 mai 2012, les requérantes ont fait valoir encore que "Les activités de TPF-Utilities interviennent dans deux pôles complémentaires. […] Le second pôle concerne le marché dont question dans l'appel à candidature : le département conduite et maintenance d'installation techniques".

Prima facie, cette affirmation n'a pu être considérée comme l'équivalent d'une référence portant précisément sur l'exploitation et à la conduite d'une installation de tri bagage, comme le demandait l'avis de marché.

Une référence implique en effet l'existence d'une ou de plusieurs attestations faisant état de la mise en œuvre de la capacité technique requise, et pas seulement de la possibilité de faire preuve de celle-ci.

C'est donc à bon droit que la partie adverse a conclu que les requérantes restaient en défaut de produire une telle référence.

Le moyen ne paraît dès lors pas sérieux dans sa troisième branche.

Force est d'en conclure que le moyen, n'est sérieux ni en sa première ni en sa troisième branche et que les requérantes sont sans intérêt à la deuxième branche de celui-ci.

Il est dès lors inutile d'examiner les arguments des parties quant à la balance des intérêts et à la demande d'astreinte.

IX. MOYENS NOUVEAUX SOULEVES A L'AUDIENCE

IX. 1. Arguments des parties requérantes

A l'audience, le conseil des requérantes a développé, outre le moyen unique figurant dans la requête, des moyens nouveaux en affirmant que la partie

adverse ne produisait pas la décision portant sur le choix de la procédure négociée, que la compétence de Patrick LAMBRECHTS, signataire du "Rapport de sélection des candidats", n'était pas établie et que les services faisant l'objet du marché litigieux étaient assurés actuellement par la société COFELY sans qu'il apparaisse que celle-ci ait été désignée à la suite d'une procédure de marché public.

Le conseil des requérantes a soutenu que ce n'était qu'à la suite de la consultation du dossier administratif qu'il avait recueilli les informations lui permettant de soulever ces moyens nouveaux, selon lui d'ordre public.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas que les moyens nouveaux soulevés à l'audience n'auraient pu être formulés déjà dans la requête.

Prima facie, la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens.

Toutefois, le législateur a précisé que, dans le cadre de cette procédure, "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31).

En conséquence, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public ne peut être soulevé utilement qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience.

Tel n'est certainement pas le cas des moyens nouveaux soulevés en l'espèce.

Les moyens nouveaux sont irrecevables.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le six juillet deux mille douze par :

M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Katty LAUVAU, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. Paul LEWALLE.