

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 224.526 du 29 août 2013

G./A.209.564/VI-20.022

En cause : **1. la société anonyme BELGO METAL,  
2. la société anonyme GROVEN +,  
3. la società per azioni OFFICINE TOSONI LINO,**

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

contre :

**la société anonyme S.N.C.B. Holding,**

ayant élu domicile chez  
Mes France MAUSSION et  
Olivier DI GIACOMO, avocats,  
rue de Loxum, n° 25,  
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société à responsabilité limitée de droit espagnol  
INDUSTRIAS LAGUNA BELVIS, S.L.,**

ayant élu domicile chez  
Mes Miguel TRONCOSO FERRER et  
François-Michel HISLAIRE, avocats,  
avenue Louise, n° 480,  
1050 Bruxelles.

---

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE DES VACATIONS  
DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,**

**I. OBJET DE LA REQUETE**

Par une requête introduite le 25 juillet 2013, la société anonyme BELGO METAL, la société anonyme GROVEN + et la società per azioni OFFICINE TOSONI LINO sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " • de la décision du 3 septembre 2012 prise par le General Manager de la S.N.C.B.-HOLDING par laquelle il retient la candidature de la société espagnole LAGUNA BELVIS.

- de la décision du 30 novembre 2012 prise par le Conseil d'administration de la S.N.C.B.-HOLDING par laquelle celui-ci décide :

- de marquer un accord de principe sur l'analyse des offres effectuées par la S.A. EUROGARE;

- d'accorder, pour la finalisation de la procédure de passation et d'attribution du marché pour le lot 4.4, à Monsieur Vincent BOURLARD, Directeur général, et Monsieur Jannie HAEK, administrateur-délégué, un mandat spécial aux fins de prendre, conformément aux conclusions du rapport général d'examen des offres du 28 novembre 2012 et après achèvement de la procédure d'agrément, la décision d'écarter les offres irrégulières et d'attribuer le marché pour le lot 4.4 à la société LAGUNA BELVIS pour sa variante obligatoire s'élevant à un montant de 15.263.843,93 EUR;

- de charger Monsieur Vincent BOURLARD, en sa qualité de Directeur général, et Monsieur Jannie HAEK, en sa qualité d'administrateur-délégué, d'un mandat spécial aux fins de procéder aux notifications requises par les dispositions légales et réglementaires en vigueur et, notamment, conformément à l'article 65/8, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics et de prendre toute mesure d'exécution du marché et du contrat qui résultera de sa notification, en ce compris la conclusion d'éventuels avenants, l'établissement d'éventuels décomptes et l'adoption d'éventuelles mesures d'office, parmi lesquelles le lancement et l'attribution d'un marché pour compte.

- de la décision du 9 juillet 2013 prise par le Directeur général V. BOURLARD et de l'administrateur délégué J. HAEK de la S.N.C.B.-HOLDING et par laquelle ils décident notamment d'attribuer le marché pour le lot 4.4 à la société LAGUNA BELVIS pour sa variante obligatoire s'élevant à un montant de 15.263.843,93 EUR HTVA (BAFO du 26 novembre 2012)".

## II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par une requête déposée à l'audience le 20 août 2013, la société à responsabilité limitée de droit espagnol INDUSTRIAS LAGUNA BELVIS, S.L. demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 26 juillet 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 20 août 2013 à 11 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Renaud SIMAR et Nathanaëlle MICHEL, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me François-Michel HISLAIRE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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

Tels que les exposent les requérantes, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit :

" 1. Le 20 juillet 2012, le Conseil d'administration de la S.N.C.B.-HOLDING décide de lancer une procédure négociée avec publicité portant sur un marché public à lots pour les travaux de gros œuvre de la nouvelle gare de Mons et de modernisation des infrastructures ferroviaires.

2. Le 4 et le 8 août 2012, la S.N.C.B.-HOLDING publie, respectivement au Bulletin des Adjudications et au Journal Officiel de l'Union Européenne, l'avis de marché relatif à ces travaux.

Cet avis fixe notamment les conditions de sélection qui seront appliquées aux candidatures déposées.

Pour le lot 4.4 «Façades et toitures», il est précisé :

«Agréation exigée : classe 8, sous-catégorie D-20; Menuiserie métallique.

Le soumissionnaire doit joindre à sa demande de participation :

- soit la preuve de son inscription sur la liste des entrepreneurs agréés en Belgique;
- soit la preuve de son inscription sur une liste officielle dans un autre Etat membre de la Communauté européenne auquel cas il joint à son offre ou candidature un dossier dont il ressort que sont remplies les exigences en matière d'équivalence d'agréation visées à l'article 5 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux;
- soit mentionner qu'il invoque l'application de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 2° de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, auquel cas il joint à son offre un dossier dont il ressort qu'il satisfait aux exigences de la classe et de la catégorie ou sous-catégorie d'agréation à prendre en considération.

L'attention des candidats est attirée sur le fait que la possession, la reconnaissance ou l'obtention de l'agréation requise par le présent avis de marché est une condition devant être obligatoirement satisfaite au moment de l'attribution.»

L'avis de marché identifie la SA EUROGARE, et en particulier M. BOURLARD, administrateur délégué et M. THEATE, Project Manager, comme contact dans le cadre de la procédure de passation.

La société momentanée BELGO METAL - GROVEN+ - TOSONI dépose une candidature pour le lot 4.4.

3. La 3 septembre 2012, le General Manager de S.N.C.B.-HOLDING prend une décision sélectionnant les candidats invités à remettre offre pour chacun des lots, dont neuf candidats pour le lot 4.4.

Il s'agit du premier acte attaqué qui n'a pas été notifié aux parties requérantes.

Par courrier recommandé et courriel du même jour, la SA EUROGARE, filiale de la S.N.C.B.-HOLDING et auteur de projet, annonce aux parties requérantes que leur offre a été sélectionnée.

Ce courrier précise que les offres doivent être déposées pour le 16 octobre 2012 à 14h. Le dépôt a ensuite été reporté au 22 octobre 2012.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges numéroté 60/05/12/00683.

4. Les requérantes déposent une offre pour le lot n° 4.4 d'un montant de 25.792.622,63 EUR HTVA pour l'offre de base et de 20.961.358,36 EUR HTVA pour la variante obligatoire.

Au total, 5 offres sont déposées pour le lot 4.4, dont celle de l'adjudicataire, la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS d'un montant de 19.205.228,05 EUR HTVA pour l'offre de base et de 17.273.543,07 EUR HTVA pour la variante obligatoire.

5. La partie adverse opte finalement pour l'option obligatoire, moins chère que l'offre de base, tout en étant de qualité sur le plan technique et «performantiel».

Le 20 novembre 2012, la société momentanée BELGO METAL - GROVEN+ - TOSONI est invitée par la partie adverse à une réunion de négociation fixée le 21 novembre 2012.

Elle dépose une BAFO le 23 novembre 2012, pour un montant de 17.617.147,68 EUR.

Il ressort des deuxième et troisième actes attaqués que la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS a, quant à elle, été invitée le 8 novembre 2011 à une réunion de négociation qui s'est tenue le 13 novembre 2011. Elle a déposé sa BAFO en date du 26 novembre 2012.

6. Le 28 novembre 2012, la SA EUROGARE établit un rapport général d'examen des offres dans lequel elle estime que la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS a remis la variante obligatoire économiquement la plus intéressante pour un montant total de 15.263.843,93 EUR. Elle propose donc de lui attribuer le marché.

Figure à l'annexe A du rapport général d'examen des offres, la liste des candidats sélectionnés.

A la lecture de cette liste, il apparaît que, lors de la sélection qualitative, la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS disposait en Espagne d'une agréation C-09 cat E, la catégorie E portant dans cet Etat Membre sur des travaux se situant entre 840.000 EUR et 2.400.000 EUR (annualité moyenne).

L'auteur de projet note à propos de cette agréation : «Agréation étrangère européenne, acceptée sous réserve de la reconnaissance de l'équivalence par le ministère des Affaires économiques, au moment de l'attribution du marché».

7. Le 30 novembre 2012, le Conseil d'Administration de la S.N.C.B. HOLDING décide de marquer un accord de principe sur l'analyse des offres effectuée par la S.A. EUROGARE et accorde un mandat spécial à Monsieur V. BOURLARD et J. HAEK pour prendre la décision d'attribution à l'issue de la procédure d'agrégation.

En effet, il constate que la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS n'a pas encore obtenu l'équivalence de son agréation étrangère et qu'il y a lieu d'attendre que la procédure d'équivalence ait pris fin avant d'attribuer le marché.

Il s'agit du deuxième acte attaqué.

8. Le 16 avril 2013, la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS dépose ses comptes annuels, datés du 15 mars 2013, pour l'exercice 2012.

Ses actifs sont évalués à 3.180.767,71 EUR et le montant net de son chiffre d'affaires à 5.214.125,15 EUR. Il est constaté qu'elle emploie moins de 50 travailleurs.

Plus précisément, il ressort des "datos generales de identificacion" (données générales d'identification – pièce n° 5) que la société emploie 33 travailleurs fixes et 16 travailleurs non fixes.

Il apparaît en outre à la page BA2.1 de ces comptes annuels que ses fonds propres s'élèvent à 1.826.343,97 EUR.

9. Le 24 avril 2013, la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS dépose des comptes annuels corrigés, datés du 1<sup>er</sup> avril 2013, pour l'exercice 2012.

Ses actifs sont évalués à 3.604.815,51 EUR et le montant net de son chiffre d'affaires est passé à 3.578.612,17 EUR.

La correction est justifiée en ces termes : «Que el pasado 16 de Abril de 2013, se presentaron por la Entidad Industrias Laguna Belvis, S.L., en se Registro Mercantil, las cuentas anuales del ejercicio 2012, cuentas en las que se ha podido comprobar con posterioridad que presentaban algunos errores.»

Traduction libre : «Que le 16 avril 2013, la société Industrias Laguna Belvis, S.L. a présenté auprès de ce Registre de Commerce les comptes annuels de l'exercice 2012. Après vérification, nous avons constaté que ces comptes comportaient quelques erreurs» [...].

En réalité, les erreurs sont conséquentes et portent notamment sur les fonds propres que ne s'élèvent plus qu'1.165.796,69 EUR.

10. Par courrier recommandé et courriel du 8 juillet 2013 à la SA EUROGARE, la société momentanée BELGO METAL - GROVEN+ - TOSONI informe celle-ci qu'elle s'étonne que la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS ait pu obtenir l'équivalence à l'agrément belge :

«Nous avons pu comprendre que vous avez l'intention d'attribuer le marché à la société espagnole, Industrias Laguna Belvis S.L., qui aurait obtenu une équivalence à l'agrément belge D(20) classe 8 au mois de juin dernier.

Etant très étonnés que la société Industrias Laguna Belvis S.L., ait obtenu cette équivalence, nous avons décidé de demander auprès des Instances officielles en Espagne, les informations quant à la capacité financière et économique de ladite société.

Nous vous prions de trouver ci-après quelques documents, venant de la Chambre de Commerce espagnole.

Le premier document contient le compte annuel original 2012 de ladite société, rédigé le 15/03/2013 et le compte annuel 2012 version corrigé du 01/04/2013.

Dans le deuxième document - numéroté page 1 à 8 du compte annuel corrigé - vous retrouverez les corrections marquantes. Sur la page 2, la société espagnole explique qu'un compte annuel corrigé a été déposé à cause de "algunos errores" ("quelques erreurs").

Vous pourriez - en annexe 3 - constater les différences principales entre les deux comptes annuels.

Le compte annuel original mentionne des fonds propres de 1.826.343,97 E1JR tandis que le compte corrigé établit des fonds propres de seulement 1.165.796,69 EUR.

Les deux comptes montrent également que la société espagnole «emploi que 33 personnes permanents et 16 personnes non-permanents. En annexe 4, vous pouvez constater que le personnel permanent de ladite société n'a jamais été plus de 33 personnes dans les 5 derniers exercices.

Les documents susmentionnés ont également été transférés à la confédération Agorla qui va se charger de porter plainte sur base des informations précitées auprès de la Commissions d'Agréation des Entrepreneurs.»

11. Le 9 juillet 2013, Monsieur V. BOURLARD – qui est également, en plus d'être directeur général de la S.N.C.B. HOLDING, administrateur délégué de la SA EUROGARE- et Monsieur J. HAEK attribuent le lot 4.4 à la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS.

Ils constatent en effet que :

«Considérant que le 24 juin 2013, le Ministre de l'Economie des PME, du Commerce extérieur et des Technologies nouvelles a approuvé la proposition de décision de la Commission d'agrément du 28 mai 2013 et reconnu que l'inscription en C 09 F de la société LAGUNAS BELVIS sur la liste officielle des entreprises agréées en Espagne est équivalente à une agrément en classe 8, sous-catégorie D20, pour le marché - Gare de Mons - M4bis - Lot 4.4 de la SNCB Holding;»

Il s'agit du troisième acte attaqué.

12. Par courrier recommandé et par courriel du 10 juillet 2013, Monsieur V. BOURLARD et Monsieur J. HAEK notifient à société momentanée BELGO METAL – GROVEN+ - TOSONI la décision d'attribution du 9 juillet 2013 et la décision du Conseil d'Administration du 30 novembre 2012".

#### IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête déposée à l'audience du 20 août 2013, la société de droit espagnol INDUSTRIAS LAGUNA BELVIS, S.L., demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

#### V. DEMANDE DE REMISE DE LA CAUSE

En termes de plaidoiries, les requérantes ont sollicité le bénéfice d'une remise de la cause, dès lors qu'elles n'ont pu prendre connaissance de la requête en intervention qui ne leur a été communiquée que quelques minutes avant le début de l'audience.

Une décision de remise est, en règle, incompatible, avec une procédure d'extrême urgence, telle celle dans laquelle s'inscrit le traitement d'une demande de suspension introduite conformément à l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il convient, par ailleurs, de relever qu'en l'espèce, les développements de la requête en intervention portent essentiellement sur des données relatives aux capacités financière, économique et technique de l'intervenante, données qui n'avaient pas été produites à l'appui de sa candidature, ni communiquées à la commission d'agrément dans le cadre de la procédure qui a abouti à la reconnaissance d'équivalence, le 24 juin 2013, mais qui l'ont seulement été en vue d'une nouvelle appréciation des conditions de reconnaissance d'équivalence, apparue nécessaire postérieurement à l'adoption du troisième acte attaqué. La partie adverse n'a, en toute hypothèse, pas pu avoir égard à ces éléments de fait en adoptant les actes attaqués, de sorte qu'ils sont sans incidence sur la légalité de ceux-ci au regard des dispositions et principes dont la violation est invoquée par les moyens, et sans utilité pour apprécier cette légalité.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de remise de la cause.

## VI. PREMIER MOYEN

### VI. 1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes soulèvent un premier moyen pris de la violation des articles 1<sup>er</sup> et 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, des articles 16, § 2, 17ter et 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, des articles 3 à 6 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, des articles 10, 11 et 13 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité entre les soumissionnaires, du devoir de minutie notamment dans la vérification des faits pris en considération et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elles l'exposent dans les termes suivants :

" En ce que

21. La S.N.C.B. HOLDING a sélectionné et a attribué le marché portant sur le lot 4.4 à une entreprise qui ne satisfait pas aux conditions d'obtention de l'agrément de classe 8, telle qu'imposée dans l'avis de marché, et ce malgré les mises en garde des parties requérantes.

Alors que

22. L'avis de marché, publié le 4 août 2012 au Bulletin des Adjudications et le 8 août 2012 au Journal officiel de l'Union Européenne prévoit, comme condition de participation pour le lot 4.4, que :

«Agrément exigé : classe 8, sous-catégorie D-20 ; Menuiserie métallique.

Le soumissionnaire doit joindre à sa demande de participation :

- soit la preuve de son inscription sur la liste des entrepreneurs agréés en Belgique;
- soit la preuve de son inscription sur une liste officielle dans un autre Etat membre de la Communauté européenne auquel cas il joint à son offre ou candidature un dossier dont il ressort que sont remplies les exigences en matière d'équivalence d'agrément visées à l'article 5 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux;
- soit mentionner qu'il invoque l'application de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 2° de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, auquel cas il joint à son offre un dossier dont il ressort qu'il satisfait aux exigences de la classe et de la catégorie ou sous-catégorie d'agrément à prendre en considération.

L'attention des candidats est attirée sur le fait que la possession, la reconnaissance ou l'obtention de l'agrément requise par le présent avis de marché est une condition devant être obligatoirement satisfaite au moment de l'attribution.» [...].

23. L'article 3 § 1<sup>er</sup> de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux prévoit que :

«Les marchés de travaux visés à l'article 2, dont l'importance dépasse un montant fixé par arrêté royal, ne peuvent être attribués qu'à des entrepreneurs, tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de l'attribution du marché :

1° soit sont agréés à cet effet;

2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci.»

L'article 4, § 1<sup>er</sup> de cette loi précise :

«Pour obtenir une agrément, l'entrepreneur doit satisfaire aux conditions suivantes :

(...)

5° disposer de capacités techniques suffisantes;

6° avoir une capacité financière et économique suffisante;

(...)».

L'article 5 de cette même loi indique :

«L'inscription sur la liste officielle des entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes, vaut agrément, comme prévue à l'article 3, pour autant que cette agrément soit équivalente conformément aux conditions visées à l'article 4, § 1<sup>er</sup>».

24. L'article 3, § 1<sup>er</sup> à § 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux prévoit que :

«Pour chaque catégorie ou sous-catégorie, les entrepreneurs agréés sont répartis en huit classes.

§ 2. Le montant maximum, T.V.A. non comprise, d'un marché de travaux pouvant être confié à un entrepreneur est fixé comme suit pour chacune des sept premières classes :

classe 1 : (135 000 EUR)  
classe 2 : (275 000 EUR)  
classe 3 : (500 000 EUR)  
classe 4 : (900 000 EUR)  
classe 5 : (1 810 000 EUR)  
classe 6 : (3 225 000 EUR)  
classe 7 : (5 330 000 EUR).

§ 3. Le montant total, T.V.A. non comprise, des travaux, tant publics que privés, pouvant être exécutés simultanément en Belgique et à l'étranger par un même entrepreneur au moment de l'attribution du marché est fixé comme suit pour chacune des huit classes :

classe 1 : (682 000 EUR)  
classe 2 : (2 200 000 EUR)  
classe 3 : (4 000 000 EUR)  
classe 4 : (7 000 000 EUR)  
classe 5 : (14 500 000 EUR)  
classe 6 : (26 000 000 EUR)  
classe 7 : (43 000 000 EUR)  
classe 8 : (260 000 000 EUR).

Pour le calcul du montant des travaux pouvant être exécutés simultanément, il n'est tenu compte, pour les travaux en cours d'exécution par une association momentanée, ou à exécuter par une telle association, que de la part du marché à exécuter ou restant à exécuter par chacun des participants à une telle association.»

L'article 10 de cet arrêté royal précise que :

«Pour apprécier la capacité financière et économique des entrepreneurs, il est tenu compte :

1° des fonds propres et, dans le cas de la révision visée à l'article 18 de la loi du 20 mars 1991, également du ratio de solvabilité;  
2° du chiffre d'affaires global en travaux au cours de trois des huit dernières années.

§ 2. Pour l'agrération dans les différentes classes :

1° les montants suivants sont exigés comme fonds propres :

classe 2 : (45 000 EUR)  
classe 3 : (85 000 EUR)  
classe 4 : (150 000 EUR)  
classe 5 : (308 000 EUR)  
classe 6 : (550 000 EUR)  
classe 7 : (895 000 EUR)  
classe 8 : (1 800 000 EUR).

(...)»

L'article 11 de ce même arrêté royal prévoit que :

«Pour apprécier la capacité technique des entrepreneurs, les éléments suivants sont pris en considération :

1° pour chaque catégorie ou sous-catégorie pour laquelle une agrération est sollicitée : les références des travaux exécutés dont le nombre et le montant, T.V.A. non comprise, sont déterminés au § 2, 1°;

2° les effectifs moyens des ouvriers et des cadres pendant les trois semestres choisis librement au cours des cinq dernières années précédant celui au cours duquel la demande est introduite conformément au § 2, 2°.

On entend par semestre : deux trimestres successifs O.N.S.S.

(...)

§ 2 (...)

2° les effectifs moyens en ouvriers et cadres pendant trois semestres choisis librement au cours des cinq dernières années précédant celui au cours duquel la demande a été introduite :

|          | Ouvriers |        | Cadres |
|----------|----------|--------|--------|
|          | Type A   | Type B |        |
| Classe 2 | 3        | 3      | 1      |
| 3        | 5        | 4      | 1      |
| 4        | 8        | 5      | 1      |
| 5        | 13       | 8      | 2      |
| 6        | 23       | 12     | 5      |
| 7        | 44       | 23     | 9      |
| 8        | 83       | 44     | 15     |

(...))»

L'article 13 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 prévoit également que :

«Pour apprécier l'équivalence de l'inscription sur la liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes en matière de capacité financière, économique et technique, il est tenu compte des critères établis aux articles 10, 11 et 12» [...]

25. En conséquence, pour être agréé en classe 8 ou obtenir l'équivalence à cette agrégation, comme exigé dans l'avis de marché, l'entrepreneur doit notamment démontrer :

- Pour la capacité technique, qu'elle emploie plus de 83 ouvriers et 15 cadres en moyenne pendant trois semestres choisis librement au cours des cinq dernières années;

- Pour la capacité économique et financière, qu'elle dispose de fonds propres à hauteur de minimum 1.800.000 EUR.

26. La société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS ne remplit pas ces deux conditions.

Fonds propres

Celle-ci a déposé en date du 16 avril 2013 des comptes annuels desquels il ressort qu'elle dispose de fonds propres à hauteur de 1.826.343,97 EUR.

Toutefois, le 24 avril 2013, elle dépose des comptes annuels corrigés qui remplacent les comptes déposés le 16 avril 2013, desquels il ressort qu'elle ne dispose en réalité de fonds propres qu'à hauteur de 1.165.796,69 EUR. Ce montant est insuffisant pour remplir la condition portant sur les fonds propres pour obtenir une agrégation de classe 8 et donc a fortiori pour obtenir l'équivalence d'agrégation.

Au moment de l'attribution du marché, la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS ne disposait donc pas de fonds propres suffisants pour obtenir l'équivalence à l'agrégation de classe 8.

Ouvriers

Elle n'emploie pas non plus un nombre suffisant d'ouvriers.

Il ressort des comptes annuels pour l'exercice 2012 qu'elle n'a employé pour cette année que 33 travailleurs fixes et 16 travailleurs non fixes (pièce n° 6).

Au cours des années précédentes, l'entreprise ne comptait pas plus de travailleurs (pièce n° 7) :

- En 2011 : 32 travailleurs fixes et 11 travailleurs non fixes
- En 2010 : 33 travailleurs fixes et 13 travailleurs non fixes
- En 2009 : 21 travailleurs fixes et 22 travailleurs non fixes
- En 2008 : 26 travailleurs fixes et 22 travailleurs non fixes

Parmi ces travailleurs, il y a par ailleurs lieu de décompter le personnel administratif qui n'est pas à classer dans la catégorie des ouvriers et les cadres qui ont leur propre catégorie, dont le nombre minimum s'élève à 15 pour la Classe 8.

La société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS est donc loin de répondre à la condition relative au nombre d'effectifs pour pouvoir prétendre à l'agrégation de classe 8.

27. En conséquence, au moment de l'attribution, elle n'entrait pas dans les conditions pour pouvoir bénéficier de l'agrégation de classe 8 requise par les documents du marché.

28. Au moment d'attribuer le marché, le 9 juillet 2013, le pouvoir adjudicateur, et en particulier les auteurs du troisième acte attaqué, ne pouvaient ignorer que les conditions d'agrégation n'étaient pas remplies par l'entreprise qu'ils s'apprêtaient à désigner.

En effet, par courriel et courrier recommandé du 8 juillet 2013, la société momentanée BELGO METAL - GROVEN+ - TOSONI a interpellé, M. G. THEATE, project manager au sein de la SA EUROGARE, et personne de contact désignée par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché, quant à la capacité financière et technique de la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS.

Elle a donc averti le pouvoir adjudicateur, avant l'attribution du marché, que l'adjudicataire ne remplissait pas les conditions d'agrégation demandées.

29. En tout état de cause, la partie adverse disposait de nombreux éléments qui devaient l'interpeller sur la capacité financière et technique de l'adjudicataire, ne lui permettant pas de répondre aux conditions de l'agrégation de classe 8 :

- Dans le cadre de la sélection qualitative, outre les conditions d'agrégation, la partie adverse demandait la production des comptes annuels des trois dernières années. Ces comptes annuels contiennent les informations relatives au nombre de travailleurs et aux fonds propres des candidats.

La société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS a déposé ces comptes de telle sorte que la partie adverse a pu constater, lorsqu'elle en a pris connaissance, que celle-ci ne remplissait pas les conditions de l'agrégation de classe 8.

- De même, cette société a dû remettre, avec sa candidature, une attestation de juillet ou août 2012, émanant d'un établissement bancaire et certifiant sa capacité financière, qui pouvait lui permettre de constater que les conditions n'étaient pas remplies.

- Dans sa candidature, la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS a déposé une attestation d'agrégation espagnole C-09 cat E, portant sur des travaux se situant entre 840.000 EUR et 2.400.000 EUR (annualité moyenne), soit une

agrération qui ne s'assimile a priori pas à la classe 8, dès lors qu'il ne s'agit pas de l'agrération espagnole la plus élevée quant au montant des travaux.

- La S.N.C.B. HOLDING aurait dû être d'autant plus attentive à sa capacité financière dans le cadre de l'agrération, qu'elle a constaté elle-même dans la liste des entreprises sélectionnées annexée au rapport général d'examen des offres que la trésorerie de la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS «constitue un point d'attention».

En conséquence, en possession de tels éléments, la partie adverse devait à tout le moins s'interroger que l'aptitude de la société espagnole à obtenir l'agrération de classe 8 et interpellier la commission d'agrération ou le ministre compétent quant à l'équivalence d'agrération.

En effet, la commission d'agrération et le ministre peuvent procéder à la révision, au déclassement, à la suspension et au retrait de l'agrération lorsqu'ils ont connaissance de données qui remettent en cause l'agrération.

Elle ne pouvait attribuer le marché la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS dès le 9 juillet 2013, sans interpellier la commission et le ministre compétent sur la situation financière et technique réelle de cette société.

Au lieu de cela, la S.N.C.B. HOLDING a attribué le lot 4.4 à la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS sans délai, après avoir reçu la confirmation de l'équivalence d'agrération.

En agissant de la sorte, alors qu'elle savait ou devait savoir que l'adjudicataire ne remplissait pas les conditions d'agrération de classe 8, la S.N.C.B. HOLDING a violé les dispositions et principes visés au moyen et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen est donc sérieux."

## VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que les requérantes n'indiquent pas en quoi les actes attaqués, ou à tout le moins l'un d'entre eux, auraient méconnu ces dispositions, le moyen est irrecevable en tant qu'il invoque la violation des articles 1<sup>er</sup> et 17 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, ainsi que des articles 16, § 2, 17ter et 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 précité. Pour la même raison, il l'est également en tant qu'il invoque une erreur manifeste d'appréciation, ainsi qu'une méconnaissance du principe "patere legem ipse fecisti", du principe de concurrence et du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Par ailleurs, la partie adverse, qui n'avait pas à apprécier l'équivalence de l'inscription de l'intervenante sur la liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes en matière de capacité financière, économique et technique, n'a pas pu méconnaître les dispositions des articles 10, 11 et 13 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, lesquelles sont relatives aux critères de capacité financière, économique et technique, dont il est tenu compte pour apprécier cette équivalence.

Enfin, les articles 3 à 6, ainsi que 18 et 19, de la loi du 20 mars 1991 précitée sont libellés comme suit :

" Art. 3. § 1<sup>er</sup>. Les marchés de travaux visés à l'article 2, dont l'importance dépasse un montant fixé par arrêté royal, ne peuvent être attribués qu'à des entrepreneurs, tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de l'attribution du marché :

1° soit sont agréés à cet effet;

2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci.

§ 2. Les marchés de travaux, visés à l'article 2, dont l'importance ne dépasse pas le montant visé au § 1<sup>er</sup>, ne peuvent être attribués qu'à des entrepreneurs, tant personnes de droit privé que de droit public, qui, au moment de l'attribution, remplissent les conditions prévues à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, 1°, 4° et 7°, de la présente loi.

Art. 4 § 1<sup>er</sup>. Pour obtenir une agréation, l'entrepreneur doit satisfaire aux conditions suivantes :

1° être de nationalité belge ou relever du chef de la nationalité d'un autre Etat membre des Communautés européennes et être établi à l'intérieur de ces Communautés; s'il s'agit d'une société, être constituée conformément à la législation belge ou à celle d'un autre Etat membre des Communautés et avoir son administration centrale ou son principal établissement à l'intérieur des Communautés, ou y avoir son siège social, à condition que son activité présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre;

2° être inscrit au registre de commerce ou au registre professionnel selon les conditions prévues par la législation de l'Etat membre où le demandeur est établi;

3° a) ne pas se trouver en état de faillite ou de liquidation, ni avoir obtenu une réorganisation judiciaire ou se trouver dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature en vigueur dans un Etat membre des Communautés européennes;

b) ne pas faire l'objet d'une procédure de déclaration de faillite ou en réorganisation judiciaire ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;

4° a) ne pas faire l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant force de chose jugée pour :

- participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 324bis du Code pénal;

- corruption, telle que définie à l'article 3 de l'acte du Conseil du 26 mai 1997 et à l'article 246 du Code pénal;

- fraude au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002;

- infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes telles que définies aux articles 137 et suivants du Code pénal;

- blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 3 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme;

- tout autre délit affectant par sa nature la moralité professionnelle de l'entrepreneur.

b) ne pas être exclu de marchés publics sur base de l'article 19, § 3, de la présente loi;

5° disposer de capacités techniques suffisantes;

6° avoir une capacité financière et économique suffisante;

7° avoir satisfait à ses obligations sociales et fiscales.

§ 2. Le Roi détermine les règles et les critères qui sont pris en considération lors de l'introduction et de l'examen des demandes d'agréation, des révisions, des demandes de transfert de l'agréation et lors de l'appréciation des preuves produites

en application de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 2°. Sur la base de ces preuves, il sera établi si les conditions fixées au § 1<sup>er</sup> sont remplies.

Le Ministre détermine les documents qui doivent être produits à cet effet.

§ 3. Le Roi peut, selon les modalités qu'Il détermine et après avis de la Commission, dispenser certaines personnes de droit public des conditions visées au § 1<sup>er</sup> qui sont incompatibles avec la nature de ces personnes.

§ 4. Les entreprises d'économie sociale d'insertion visées à l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, qui satisfont aux conditions fixées au § 1<sup>er</sup>, 1° et 3° à 7°, peuvent obtenir une agréation comme entrepreneur.

Art. 5. L'inscription sur la liste officielle des entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes, vaut agréation, comme prévue à l'article 3, pour autant que cette agréation soit équivalente conformément aux conditions visées à l'article 4, § 1<sup>er</sup>.

Art. 6. Un marché de travaux ne peut être attribué à un entrepreneur non agréé qui produit les preuves visées à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 2°, ou se fonde sur une inscription sur la liste officielle des entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes, qu'après que le Gouvernement régional a décidé, à la demande du maître d'ouvrage et après l'avis de la Commission, que sont respectivement remplies les conditions d'agréation visées à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, et les exigences en matière d'équivalence d'agréation visées à l'article 5.

Lorsque la Commission formule un avis négatif, l'entrepreneur concerné a la possibilité d'être entendu après que l'avis lui a été notifié par lettre recommandée. L'avis définitif de la Commission doit répondre aux moyens de défense de l'entrepreneur.

Art. 18. § 1. Toute agréation ne reste valable que jusqu'au moment de sa révision.

§ 2. Le Roi peut à tout moment décider de procéder à une révision générale de toutes les agréations de tous les entrepreneurs.

§ 3. Il est procédé à une révision individuelle de toutes les agréations d'un entrepreneur :

1° tous les cinq ans et pour la première fois après une période de cinq ans à compter de l'obtention d'une première agréation;

2° à l'initiative du Gouvernement régional ou de la Commission lorsqu'ils ont connaissance de données selon lesquelles l'entrepreneur ne remplit plus les conditions visées à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, 1°, 2°, 3°, 5° et 6°;

3° à l'initiative du Gouvernement régional ou de la Commission dans le cas d'une modification de la personnalité juridique, de la forme juridique ou de cessation des activités de l'entrepreneur.

§ 4. A l'initiative du Gouvernement régional ou de la Commission, il peut être procédé à la révision individuelle d'une ou de plusieurs agréations d'un entrepreneur, lors de chaque modification, extension ou transfert d'une agréation, à l'exception des demandes d'obtention d'une agréation provisoire.

§ 5. Lorsque, dans son avis au sujet des révisions visées aux §§ 2 à 4, la Commission propose un déclassement ou suggère de ne pas accorder de nouvelle agréation, l'entrepreneur concerné a la possibilité d'être entendu après que l'avis lui a été notifié par lettre recommandée. L'avis définitif de la Commission doit répondre aux moyens de défense de l'entrepreneur.

Art. 19. § 1. Le Gouvernement régional peut, après avoir reçu l'avis de la Commission, ordonner le déclassement ou la suspension d'une ou de plusieurs agréations d'un entrepreneur :

1° Lorsqu'une plainte est déposée à la Commission par les maîtres d'ouvrage de travaux au sens de l'article 2, au sujet d'un entrepreneur agréé, auquel il est reproché un des faits suivants :

- a) manquement aux conditions des marchés passés;
- b) faute grave dans l'exécution des travaux;
- c) fausses déclarations en fournissant les renseignements en vue d'établir s'il a été satisfait aux conditions imposées au moment de l'attribution du marché;
- d) non-respect de l'interdiction de tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, prévues à l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, y compris les actes de corruption incriminés par les articles 246, 247, 250 et 251 du Code pénal;
- e) manquement, au cours de l'exécution d'un marché public, à l'une des obligations visées à l'article 8, §§ 1 et 3, de la loi relative aux marchés publics.

2° Lorsque le Gouvernement régional ou la Commission a connaissance de données officielles d'où il ressort que l'entrepreneur :

- a) ne remplit plus les conditions prévues à l'article 4, § 1<sup>er</sup>, 4°, a), et 7°;
- b) s'est rendu coupable de fausses déclarations au moment de l'introduction d'une demande d'agrément;
- c) n'a pas respecté l'obligation de notification imposée par l'article 17.

§ 2. Lorsque l'entrepreneur, après y avoir été sommé, n'a pas ou n'a que partiellement donné suite dans les soixante jours, à la demande de la Commission de produire, dans le cadre des articles 18 et 19, toutes pièces et tous renseignements qu'elle juge utiles, son agrément est suspendue par le Gouvernement régional.

§ 3. Le Gouvernement régional peut, après avis de la Commission, ordonner le retrait d'une ou de plusieurs agréments d'un entrepreneur ou exclure un entrepreneur de marchés publics dans les cas prévus au § 1<sup>er</sup>, 1°, b, d et e, et 2°, a et b.

§ 4. Les mesures applicables conformément aux § 1<sup>er</sup>, 1° et 2°, et § 2 sont proposées au Gouvernement régional par la Commission au moyen d'un avis motivé, après que l'entrepreneur a eu l'occasion de prendre connaissance des faits qui lui sont imputés et qu'il a eu l'occasion d'être entendu dans ses moyens de défense.

La décision du Gouvernement régional est motivée et notifiée par lettre recommandée à l'entrepreneur. Elle est également publiée par extrait au Moniteur belge".

En vertu de l'article 6 précité, un pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché de travaux à un entrepreneur non agréé qui se fonde sur une inscription sur la liste officielle des entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes, qu'après que le gouvernement régional concerné ait décidé de reconnaître l'équivalence de cette inscription aux conditions d'agrément retenues pour un marché déterminé. En revanche, et contrairement à ce que suggèrent les requérantes, il ne se déduit pas des seuls articles 18 et 19 de cette même loi du 20 mars 1991, lesquels régissent les possibilités de révision, de déclassement ou de suspension d'une ou plusieurs agréments lorsque la commission d'agrément ou le gouvernement régional concerné ont connaissance de données laissant apparaître que l'entrepreneur ne remplirait plus certaines des conditions au respect desquelles est soumis le bénéfice de son agrément, que le pouvoir adjudicateur qui dispose d'une telle décision de reconnaissance d'équivalence serait tenu d'interpeller à nouveau la commission d'agrément ou le gouvernement régional parce qu'un des soumissionnaires aurait,

postérieurement à cette décision, émis des doutes sur les capacités économique, financière ou technique du bénéficiaire de cette reconnaissance d'équivalence.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la partie adverse a bien adopté le troisième acte attaqué, emportant attribution du marché à l'intervenante, après que lui ait été communiquée la décision de reconnaissance d'équivalence, prise en faveur de ce soumissionnaire par le ministre habilité à cette fin par le gouvernement wallon. Il n'apparaît donc pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que ce troisième acte serait entaché d'une illégalité manifeste au regard des dispositions précitées de la loi du 20 mars 1991. Il n'apparaît pas davantage que, dans ces circonstances, la partie adverse aurait manifestement méconnu le devoir de minutie.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

## VII. DEUXIEME MOYEN

### VII. 1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen, pris de la violation des articles 1<sup>er</sup> et 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, de l'article 110 bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, du principe de concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité entre les soumissionnaires et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elles l'exposent dans les termes suivants :

" En ce que

30. Les deux soumissionnaires invités à négocier n'ont pas été mis sur un pied d'égalité, dans le cadre des négociations, en ce qui concerne le délai de préparation de la réunion de négociation et de la BAFO.

Alors que

31. La procédure négociée avec publicité permet de négocier avec les soumissionnaires, d'aménager et de suivre la procédure avec une liberté plus grande. Toutefois, la flexibilité qu'elle permet est notamment limitée par l'application du principe d'égalité (C.E. (6<sup>e</sup> ch.) n° 153.035, 21 décembre 2005, A.P.M. 2006 (sommaire), liv. 1, 11).

En effet, «si la procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire, elle est entourée de diverses obligations précises, soit en vertu de dispositions visant spécifiquement la procédure négociée avec publicité, soit implicitement lorsque les règles visent les "marchés" sans autre précision ou qu'elles sont énoncées sans

aucune restriction (relative à la procédure), soit en vertu des principes généraux de droit communautaire (égalité de traitement et transparence)». (A.-L. DURVIAUX, «La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes», in D. Renders – K. Wauters, Actualités du droit des marchés publics – Actualia overheidsopdrachten, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 108).

Plus particulièrement, «au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires» (P. THIEL, Mémento des marchés publics et des PPP 2013, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 361).

32. Ainsi, les modalités exigées pour l'introduction d'une offre constituent une exigence de forme substantielle qui concerne l'égalité entre les soumissionnaires (C.E. (12e ch.) n° 217.564, 26 janvier 2012, NjW 2012, liv. 264, 425).

33. Le cahier spécial des charges prévoit, à la page 25, qu'«au terme des négociations, les soumissionnaires qui ont pris part à celles-ci seront invités à déposer dans le délai indiqué par le pouvoir adjudicateur, une meilleure offre finale (BAFO – Best And Final Offer) qui sera confrontée aux critères d'attribution ci-dessus. L'offre déposée après l'expiration du délai indiqué par le pouvoir adjudicateur».

Il ressort de la décision du Conseil d'Administration de la S.N.C.B.-HOLDING du 30 novembre 2012 et de la décision d'attribution du 9 juillet 2013 que :

- La société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS a été invitée le 8 novembre 2012 à participer à une réunion de négociation qui s'est tenue le 13 novembre 2012. Elle a déposé sa BAFO par courrier du 26 novembre 2012.

- La société momentanée BELGO METAL - GROVEN+ - TOSONI a été invitée le 20 novembre 2012 à une réunion de négociation qui s'est tenue le 21 novembre 2012. Elle a déposé sa BAFO par courrier du 23 novembre 2012.

Il apparaît donc que les deux soumissionnaires n'ont pas disposé du même délai pour préparer la réunion de négociation et pour préparer et déposer leur BAFO après la réunion de négociation.

En effet, la partie adverse a octroyé plus de temps à la société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS qu'aux parties requérantes.

En conséquence, en accordant plus de temps à société LAGUNA BELVIS INDUSTRIAS pour préparer la réunion de négociation et sa BAFO, la S.N.C.B.-HOLDING a rompu l'égalité de traitement qui doit être respectée dans le cadre des négociations.

Le moyen est donc sérieux".

## VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que les requérantes n'indiquent pas en quoi les actes attaqués, ou à tout le moins l'un d'entre eux, auraient méconnu ces dispositions, le moyen est irrecevable en tant qu'il invoque la violation des articles 1<sup>er</sup> et 17 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, ainsi que de l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 précité. Pour la même raison, il l'est également en tant qu'il invoque une erreur manifeste d'appréciation.

C'est essentiellement au regard du principe d'égalité entre les soumissionnaires, qu'il convient d'examiner le grief formulé par les requérantes.

La discrimination dont se plaignent les requérantes résulterait de ce que l'intervenante et elles-mêmes auraient bénéficié de délais différents, tant pour la préparation de la réunion de négociations que pour le dépôt de leurs offres améliorées.

S'il peut se concevoir que l'octroi de délais différents s'analyse en une différence de traitement susceptible de provoquer une discrimination, encore faut-il établir que cette différence de traitement a causé un désavantage concurrentiel au préjudice du soumissionnaire qui entend dénoncer l'atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires.

En l'espèce, les requérantes ne soutiennent nullement que les délais impartis les auraient confrontées à des difficultés particulières, faisant obstacle à ce qu'elles puissent utilement préparer la réunion de négociations et, ensuite, déposer leur offre améliorée. Il n'apparaît pas davantage qu'elles auraient indiqué à la partie adverse que celle-ci les plaçait dans l'impossibilité de préparer leur offre améliorée, ou qu'elles lui auraient demandé, pour cette même raison, une prolongation du délai de dépôt de cette offre. Enfin, les requérantes qui se bornent à comparer les délais, certes différents, qui se sont écoulés entre les dates de réunions de négociation et celles de dépôt des offres améliorées, restent toutefois en défaut d'établir que des délais fixes de dépôt des offres modifiées, différents selon les soumissionnaires, auraient été imposés par la partie adverse de sorte que ce serait à celle-ci que serait imputable la différence de traitement dénoncée.

Au regard de ces éléments, il apparaît, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que le déroulement des opérations et l'attitude des requérantes au cours de celles-ci tendent à démontrer qu'elles n'ont pas subi de désavantage concurrentiel. Il s'ensuit que, faute d'avoir causé un quelconque désavantage au préjudice des requérantes, la prétendue différence invoquée à l'appui du moyen ne fait, "prima facie", pas figure de discrimination, de sorte que le moyen ne peut être tenu pour sérieux.

## VIII. MOYEN NOUVEAU

### VIII. 1. Thèse des parties requérantes

A l'audience du 20 août 2013, les requérantes ont soulevé un moyen nouveau, pris de la violation de l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 26 septembre

1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, ainsi que du devoir de minutie. Elles y soutiennent qu'en saisissant la commission d'agréation dans le cadre d'une procédure de reconnaissance d'équivalence le 16 mai 2013, la partie adverse a laissé s'écouler près de neuf mois depuis le 27 août 2012, date limite de réception des demandes de participation au marché litigieux, à laquelle elle était en mesure de constater que la saisine de la commission était nécessaire. Ce faisant, la partie adverse aurait méconnu l'obligation de transmission immédiate, à la commission, des pièces produites par l'intervenante, obligation que lui impose la disposition de l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité. En ne respectant pas cette obligation r  glementaire, la partie adverse aurait également méconnu le devoir de minutie qui lui incombe. Les requérantes font également valoir que si la partie adverse n'avait pas laissé s'écouler un tel délai, la décision rendue par le gouvernement régional comp  t  nt, sur la demande de reconnaissance d'équivalence e  t nécessairement été défavorable à l'intervenante, de sorte que celle-ci n'aurait pas pu se voir attribuer le marché. Au soutien de cette thèse, elles relèvent que la décision favorable à l'intervenante, prise le 24 juin 2013, n'a pu l'être que sur le fondement des données livrées par sa comptabilité afférente à l'exercice 2012, alors que les informations produites à l'appui du dossier de candidature adressé à la partie adverse faisaient clairement apparaître que l'intervenante ne pouvait satisfaire aux exigences édictées par la partie adverse pour ce qui concerne l'agréation.

## VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas que le moyen nouveau soulevé à l'audience aurait pu être formulé dans la requête.

Par ailleurs, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement dans le cadre de la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, qu'à la condition que l'illégalité alléguée puisse être débattue de tous ses aspects à l'audience. En l'espèce, l'illégalité dénoncée a bien pu être débattue.

Enfin, et dès lors qu'il n'apparaît pas que le moyen serait d'ordre public, il s'impose que le requérant démontre le grief que lui a causé l'illégalité ainsi dénoncée par le moyen.

Le grief dont les requérantes font état consiste, en quelque sorte, en la perte d'une chance d'obtenir le marché litigieux, résultant de ce que, si l'obligation de transmission immédiate des pièces dont disposait la partie adverse avait été respectée conformément à l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité, la

reconnaissance d'équivalence sollicitée au bénéfice de l'intervenante aurait nécessairement été refusée à celle-ci, de sorte que le marché n'aurait pu lui être attribué.

Pour soutenir qu'en cas de transmission immédiate, la reconnaissance d'équivalence aurait nécessairement été refusée, les requérantes préjugent notamment de l'appréciation qu'auraient portée, à cet égard, la commission de l'agrément et, à sa suite, le gouvernement régional compétent, sur la base des pièces autres que les documents comptables relatifs à l'année 2012 qui leur ont été soumis durant l'année 2013.

Dès lors que ces instances n'ont précisément pas exercé leur compétence dans ces conditions particulières, il n'est nullement acquis qu'elles auraient porté une appréciation conforme à l'analyse défendue à l'appui du moyen.

Fondé sur cette conjecture, le grief prétendument causé par l'illégalité dénoncée ne peut être tenu pour établi à suffisance. Le moyen n'est, en conséquence, pas recevable.

#### IX. CONFIDENTIALITE DE CERTAINES PIECES

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des pièces n<sup>os</sup> 1 à 10, identifiées dans son inventaire sous le titre "II. Partie confidentielle".

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

##### **Article 1<sup>er</sup>.**

La requête en intervention introduite par la société de droit espagnol INDUSTRIAS LAGUNA BELVIS, S.L. dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

##### **Article 2.**

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

**Article 3.**

Les pièces n<sup>os</sup> 1 à 10 du dossier administratif identifiées dans l'inventaire sous le titre "II. Partie confidentielle", demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

**Article 4.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

**Article 5.**

Les dépens, liquidés à la somme de 650 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 216,67 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre des vacations siégeant en référé, le vingt-neuf août deux mille treize par :

|                         |                                    |
|-------------------------|------------------------------------|
| MM. David DE ROY,       | Conseiller d'Etat, Président f.f., |
| Charles-Henri VAN HOVE, | Greffier assumé.                   |

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

Charles-Henri VAN HOVE.

David DE ROY.