CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.446 du 4 juin 2015

G./A.215.832/VI-20.443

En cause : **la société anonyme CLOSE,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Luc TEHEUX, avocat,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Angleur,

contre :

la société coopérative a responsabilité limitée Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Etudes Techniques et Economiques,
en abrégé IGRETEC,

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 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 introduite le 13 mai 2015, la société anonyme CLOSE, sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de "la décision prise le 21 avril 2015 par le comité de gestion d'IGRETEC d'attribuer le marché public concernant «le renouvellement des chaufferies PPE, GPE et ASSY sur le site de la SONACA, appel d'offres du 3 avril 2015, marché 2015/017» à la SA DRUART et d'avoir considéré l'offre de la requérante formellement irrégulière".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 18 mai 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 2 juin 2015 à 11 heures 30.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Me Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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

III.1. Par un avis de marché, publié au Bulletin des adjudications le 25 février 2015, la partie adverse lance une procédure d'appel d'offres ouvert afférente à l'attribution d'un marché public de travaux ayant pour objet "le renouvellement des chaufferies PPE, GPE et ASSY sur le site de la SONACA".

III.2. Lors de la séance d'ouverture des offres, qui a lieu le 3 avril 2015, il est constaté que quatre entreprises ont remis offre, lesquelles sont – outre la requérante – la société anonyme DRUART, la société momentanée B.B.C.-C.T.I. et la société anonyme VEOLIA.

III.3. L'offre déposée par la requérante est signée par Salvatore VENDITTI, en sa qualité d'administrateur délégué. Y sont joints les statuts de la société et la publication, aux annexes du Moniteur belge du 4 juillet 2014, d'une mention de la décision du conseil d'administration de la requérante, tendant au renouvellement du mandat d'administrateur délégué de Salvatore VENDITTI jusqu'à l'assemblée générale de 2020.

III.4. Le 21 avril 2015, sur la base du rapport d'examen des offres, le comité de gestion de la partie adverse décide, d'une part, d'écarter l'offre de la requérante, qu'elle déclare affectée d'une irrégularité substantielle, et, d'autre part, d'attribuer le marché à la société anonyme DRUART.

Cette décision constitue l'acte attaqué par le présent recours.

Selon le rapport d'examen des offres, que l'autorité déclare s'approprier, les motifs de la déclaration d'irrégularité de l'offre de la requérante sont libellés comme suit:

"CLOSE

L'offre et le métré sont signés par Monsieur Salvatore VENDETTI, administrateur-délégué.
L'offre contient les éléments suivants :
- Un extrait des annexes du MB du 15/07/2014, dans lequel le conseil d'administration a décidé de renouveler le mandat d'administrateur délégué de Mr Salvatore VENDITI, pour une période de 6 ans, jusqu'en 2020.
- Copie des statuts coordonnés au 17.03.1965 qui disposent en leur article 19 REPRESENTATION: «la société est représentée dans tous les actes, y compris ceux où interviennent un fonctionnaire public ou un officier ministériel et an Justice :
> Soit par deux administrateurs conjointement,
> Soit, dans les limites de la gestion journalière, par un délégué à cette gestion,
> Soit par tout mandataire spécial, dans la limite de son mandant [*sic*] spécial.»
La question est: la remise d'une offre dans le cadre d'un marché public avec l'engagement qu'elle représente pour le soumissionnaire, est-elle un acte considéré comme faisant partie de la gestion journalière d'une société ?
La loi n'énonce pas de manière exhaustive le contenu de la gestion journalière d'une société. La Cour de Cassation fait une distinction entre deux types d'actes pour ce qui concerne la gestion journalière :
(1) les actes qui concernant le fonctionnement quotidien de la société ;
(2) les actes qui ne font pas partie de la première catégorie mais qui ont une importance moindre et qui présentent un caractère urgent de sorte qu'ils ne peuvent attendre l'intervention de l'organe de gestion (conditions cumulées depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 26 février 2009).
La doctrine enseigne que le contenu concret de ces catégories constitue une question de fait qui varie d'une société à l'autre.

L'évaluation peut tenir compte de la taille de la société, de son objet social, du montant du capital social, de la nature de l'acte à poser et de l'impact économique de cet acte sur la société.

Le pouvoir adjudicateur estime qu'il ne lui appartient pas de se livrer à cette évaluation ni de se substituer au conseil d'administration du soumissionnaire qui, en vertu de l'article 522 du Code des Sociétés, a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société et devait déterminer s'il entendait confier â VENDITTI Salvatore, en le nommant administrateur-délégué, la capacité de signer des offres.
Les pouvoirs du signataire ne sont pas confirmés, ce qui constitue une irrégularité substantielle emportant la nullité de l'offre en vertu de l'article 95 de l'AR du 15.07.2011.
L'offre est dès lors écartée à ce stade de l'analyse.".

IV. EXAMEN DES DEUX MOYENS REUNIS

IV.1. Thèse de la requérante

A. Premier moyen

La requérante soulève un premier moyen, pris de "la violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de motivation matérielle des actes administratifs et la commission d'une erreur manifeste d'appréciation par IGRETEC".

Elle le formule comme suit:

" De l'analyse des actes publiés au moniteur belge, il apparaît que la motivation de la décision communiquée, en ce qu'elle repose sur l'absence de confirmation des pouvoirs de Monsieur VENDITTI en sa qualité d'administrateur délégué ayant le pouvoir d'engager la société, est matériellement inexacte et viole les dispositions et principe visés au moyen.

En effet :

L'article 95 de l'AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dispose ce qui suit :

« § 1er Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2 Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel. (…)».

Conformément à cette disposition, une offre est formellement irrégulière et en conséquence affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6 § 1, 51 § 2, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel. L'article 82, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 visé par l'article 95 précité identifie qui doit signer l'offre. Il est ainsi précisé que "le soumissionnaire signe l'offre".

Sur ce point, il convient d'avoir égard, outre à l'article 82, § 1er, susvisé, également à l'article 51, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui prévoit que «l'offre est signée par la ou les personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager le soumissionnaire».

En application de ces dispositions, l'offre déposée par la SA CLOSE a été signée par Monsieur VENDITTI, dont le mandat d'administrateur délégué a été renouvelé par un acte [mentionné aux annexes du Moniteur belge [du 15 juillet 2014], lequel acte contient notamment les indications suivantes:

[«Le conseil d'administration du 10 juin 2014 a décidé de renouveler le mandat d'administrateur délégué de Salvatore VENDITTI, avenue du Bois impérial de Rognac 44- 4121 Neuville-en-Condroz.

Ce mandat est exercé à titre gratuit et viendra à échéance au terme de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires qui se tiendra en 2020".]

Dans le cadre de l'exercice de ce mandat, Monsieur VENDITTI est autorisé à «passer tous marchés» et à «représenter la société devant toutes les administrations publiques ou privées». Ces pouvoirs ont été conférés à l'administrateur délégué, donc à Monsieur VENDITTI, par décision du conseil d'administration de la S.A. ANCIENS ETABLISSEMENTS VICTOR CLOSE, chauffage et sanitaires, TVA 403.940.266 publiée au Moniteur Belge le 28 octobre 1983. La SA ANCIENS ETABLISSEMENTS VICTOR CLOSE, chauffage et sanitaires, et maintenant dénommée S.A. CLOSE, TVA 403.940.266.

[…]

Cet acte confiant les pouvoirs les plus étendus à l'administrateur-délégué dont celui de passer tous marchés et de représenter la SA CLOSE devant toutes les administrations publiques et privées, de substituer un ou plusieurs mandataires dans telle partie de ses pouvoirs a au demeurant été confirmé lors de l'assemblée générale du 21 septembre 1998 dont la décision a été publiée au Moniteur Belge du 28 octobre 1998 […].

[Cette décision fait notamment apparaître que "l'assemblée confirme également les pouvoirs à la fonction d'administrateur délégué de l'Assemblée générale du 30.09.83 (moniteur du 28.10.83)"].

Contrairement à la motivation de la décision contestée, l'administrateur délégué de la SA CLOSE et en conséquence Monsieur VENDITTI disposait donc du pouvoir d'engager seul la SA CLOSE sur la base d'un acte publié au moniteur belge et en conséquence opposable à IGRETEC en application de l'article 76 du Code des Sociétés qui dispose ce qui suit :

«Les actes et indications dont la publicité est prescrite ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour de leur publication par extrait ou par mention aux annexes du Moniteur Belge sauf si la société prouve que ces tiers en avaient antérieurement connaissance (…) ».

En estimant que l'offre de la SA CLOSE était formellement irrégulière, IGRETEC a donc commis une erreur manifeste d'appréciation et partant violé le principe de motivation matérielle des actes administratifs défini comme suit par la Jurisprudence du Conseil d'Etat :

«L'obligation de motivation matérielle exige que pour toute décision administrative, il existe des motifs admissibles en droit avec un fondement factuel suffisant et que cela concerne des faits existant réellement qui ont été établis par l'administration avec la minutie nécessaire.». […].

«Pour que les motifs puissent satisfaire à l'exigence de l'obligation de motivation matérielle, ils doivent être acceptables en droit et en fait et trouver un appui dans le dossier administratif tel qu'il existait au moment de l'adoption de la décision contestée.» (…). ».

Selon la doctrine :

«L'obligation de motivation imposée à un pouvoir (adjudicateur) porte à la fois sur l'obligation de motivation matérielle et formelle. En résumé, l'obligation de motivation matérielle implique qu'il existe obligatoirement des motifs juridiques

pour la décision prise; l'obligation de motivation formelle implique pour sa part que ces motifs soient exprimés, c'est-à-dire communiqués dans le cadre de la décision proprement dite.(…).

L'obligation de motivation matérielle implique que chaque acte administratif soit étayé par des motifs acceptables en droit et en fait.

L'obligation de motivation matérielle exige qu'il existe pour chaque décision administrative des motifs acceptables en droit reposant sur des bases suffisamment solides et qu'il s'agisse de faits véritablement existants constatés par l'administration avec tout le soin nécessaire.

L'exigence de motivation matérielle comporte au minimum trois éléments:

 les motifs doivent être connus (dans le cadre de l'obligation de motivation matérielle, il suffit que ces motifs figurent dans le dossier administratif);

 les motifs doivent être factuellement corrects;

 les motifs doivent être suffisamment puissants; ils doivent en d'autres termes être capables d'étayer et de justifier la décision en droit» (…).
Sur la base des enseignements que l'on peut déduire de cette Jurisprudence et Doctrine, une décision doit reposer sur des motifs admissibles en droit et en fait, ce qui en l'espèce fait défaut, IGRETEC n'ayant pas tenu compte des pouvoirs statutaires et donc légaux de Monsieur VENDITTI lequel en sa qualité d'administrateur délégué pouvait et signer l'offre déposée et engager valablement la SA CLOSE !".

B. Second moyen

La requérante soulève un second moyen, pris de la " violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires".

Elle le formule comme suit:

" Alors qu'IGRETEC a d'initiative consulté les annexes du moniteur belge pour vérifier les pouvoirs de signature de l'un des soumissionnaires (la SM BBC-CTI), une telle vérification n'a pas été opérée pour la S.A. CLOSE. Ce traitement différencié des soumissionnaires viole l'article 5 cité au moyen et plus généralement le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

En effet :

Conformément à l'article 5 visé au moyen, «les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

Cette disposition qui consacre le principe général de droit à l'égalité de traitement implique que :

- «Tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et que toutes les offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs » (…).

- «Ne soient pas traitées de manière différente des situations qui sont identiques ou de manière identique des situations qui sont différentes à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié» (…).

- «Les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur» (…).

En l'espèce, IGRETEC a jugé, sans appel, qu'il n'était pas justifié de vérifier les pouvoirs de l'administrateur délégué de la S.A. CLOSE, signataire de l'offre.

IGRETEC a, par contre, estimé, quant à un autre soumissionnaire, la SM BBC-CTI – qui n'avait joint à son offre «aucun document permettant de savoir si l'administrateur délégué peut engager la société» (décision attaquée, p. 10/43, dossier pièce 3) qu'elle devait user de son «pouvoir d'investigation» (ibidem). IGRETEC a donc consulté les annexes du Moniteur Belge dans lesquelles elle a trouvé la justification des pouvoirs de l'administration délégué de la SM BBC-CTI pour signer l'offre déposée au nom de cette société.

La SA CLOSE reproduit pour autant que de besoin l'extrait de la motivation de la décision afférente l'examen de la régularité formelle du soumissionnaire précité :

« S.M. BBC-CTI
L'offre est déposée par écrit et signée par :
- Mr Pol COUCKUYT, on tant que représentant permanent de la société COUCKUYT INVEST, désignée comme administrateur délégué pour la période débutant le 1er octobre 2011 et prenant fin juste après l'assemblée générale ordinaire de 2017. L'offre ne contient aucun document permettant de savoir si l'administrateur délégué peut engager la société. Usant de son pouvoir d'investigation, l'auteur du projet a consulté les annexes du Moniteur belge et a pris connaissance d'un extrait de Procès-Verbal paru aux annexes du MB du 27/10/2011 en néerlandais, dont il ressort que : 'Le CA représente la société à l'égard des tiers et en justice tant en demandant qu'en défendant.

Malgré ce pouvoir de représentation général du CA, agissant avec la majorité de ses membres, la société pourra être valablement représentée à l'égard des tiers et en Justice et être engagée par l'administrateur délégué agissant seul. '
- Mr Pierre GATHY, gérant de la sprl CTI|.

Dès lors, les pouvoirs du signataire sont confirmés.»

IGRETEC a donc traité de manière différente des situations qui étaient pourtant identiques. Or, si IGRETEC avait agi dans respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et mis en œuvre son pouvoir d'investigation au profit de la SA CLOSE –comme elle l'a fait pour le soumissionnaire SM BBC-CTI -, elle aurait constaté que Monsieur VENDITTI, administrateur délégué, avait le pouvoir de «passer tous les marchés» et de «représenter la société devant toutes administrations publiques ou privées» (dossier, pièce 5, décision du conseil d'administration de la S.A. CLOSE (anciens établissements VICTOR CLOSE, chauffage et sanitaires) publiée aux annexes du Moniteur du 28 octobre 1983.

Au demeurant et à supposer que les situations ne soient pas parfaitement identiques, il ne peut à fortiori sur la base de la disposition et du principe visés au moyen être admis qu'un soumissionnaire qui n'a joint aucune preuve des pouvoirs du signataire de l'offre déposée puisse sur la base des recherches et constatations faites d'autorité par le pouvoir adjudicateur être jugé régulier alors que le soumissionnaire qui a joint à son offre ses statuts ainsi qu'un acte publié au Moniteur démontrant la qualité du signataire de l'offre déposée soit écarté parce que ces documents ne confirment pas les pouvoirs de ce dernier ! Dans le respect de la disposition et du principe visé au moyen, il appartenait à IGRETEC de vérifier dans les annexes du moniteur belge les pouvoirs de l'administrateur

délégué de la SA CLOSE, ce qu'elle est restée en défaut de faire et ce contrairement à d'autres soumissionnaires…".

IV.2.Décision du Conseil d'Etat

A l'appui de son offre déposée dans le cadre du marché litigieux, la requérante avait produit une copie de ses statuts, ainsi que l'extrait d'une décision du 10 juin 2014, par laquelle son conseil d'administration a décidé de renouveler le mandat d'administrateur délégué de Salvatore VENDITTI.

Les articles 18 et 19 desdits statuts sont libellés comme suit :

" Article 18. Délégations

Le Conseil peut déléguer la gestion journalière de la société à un ou plusieurs de ses membres et/ou à une ou plusieurs personnes choisies hors ou dans son sein agissant conjointement ou isolément pour les pouvoirs à eux délégués.

Article 19. Représentations

La société est représentée dans les actes y compris ceux où interviennent un fonctionnaire public ou un officier ministériel et en justice

- soit par deux administrateurs conjointement
- soit dans les limites de la gestion journalière, par le délégué à cette gestion
- soit par tout mandataire spécial dans les limites de son mandat spécial.".

Telle qu'elle a été soumise à la partie adverse, la décision du 10 juin 2014 ne permet en rien de déterminer les pouvoirs qui ont été confiés à Salvatore VENDITTI lors de son renouvellement de mandat, et ne contient par ailleurs aucune référence qui, le cas échéant, aurait été faite aux pouvoirs confiés à cette même personne lors d'une précédente désignation en cette qualité.

Par ailleurs, les décisions d'assemblée générale dont se prévaut la requérante en termes de requête ne permettent pas de confirmer les pouvoirs du signataire de l'offre. Celle du 30 septembre 1983 définit les pouvoirs confiés à José CLOSE à l'occasion de sa désignation en qualité d'administrateur délégué. Quant à la délibération du 21 septembre 1998, elle porte – sans autre précision – confirmation des pouvoirs de l'administrateur délégué, tels que définis par la décision précitée du 30 septembre 1983. Aucun élément n'a été invoqué à propos de ces deux décisions, qui autoriserait à leur reconnaître quelque effet dans l'identification des pouvoirs confiés à Salvatore VENDITTI.

Il n'a été fait état d'aucun autre élément qui confirmerait le pouvoir du signataire de l'offre.

Au vu des éléments qui viennent d'être exposés, il apparaît que la requérante échoue à démontrer dans le cadre de la présente procédure que Salvatore VENDITTI disposait du pouvoir de signer l'offre déposée dans le cadre du marché litigieux.

Dans ces circonstances, il ne peut raisonnablement être soutenu que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation ou qu'elle a fait reposer sa décision sur des motifs inexacts, en considérant – sur la base des documents produits par la requérante à l'appui de son offre – que les pouvoirs du signataire n'étaient pas confirmés, et en décidant, par conséquent, que l'offre de la requérante était affectée d'une irrégularité substantielle.

Il s'ensuit que le premier moyen, qui dénonce l'erreur manifeste d'appréciation, ne peut être déclaré sérieux.

Par ailleurs, et à défaut pour la requérante de produire – voire même de désigner – le moindre document susceptible d'établir utilement les pouvoirs accordés à Salvatore VENDITTI, on n'aperçoit pas ce qu'auraient permis de déceler les investigations qu'il est précisément reproché à la partie adverse de ne pas avoir effectué en vue d'une confirmation du pouvoir de signer l'offre litigieuse.

Le second moyen, qui reproche à la partie adverse ce défaut d'investigations complémentaires et dénonce à cet égard une violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires est irrecevable, faute d'intérêt dans le chef de la requérante.

Dès lors que la demande de suspension doit être rejetée pour les motifs qui viennent d'être exposés, il n'est pas nécessaire de statuer en outre sur d'autres causes éventuelles de rejet.

V.CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des offres, identifiées comme étant les pièces 10, 11, 12 et 13 du dossier administratif.

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 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Article 3.

Les pièces nos10 à 13 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le quatre juin deux mille quinze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. David DE ROY.