

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.129 du 17 juin 2016

G./A.219.352/VI-20.794

En cause :
1. la société anonyme BALTEAU,
2. la société anonyme BAGETRA,
3. la société anonyme WANTY,

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Luc FLAGOTHIER et
Laura LEONARD, avocats,
boulevard Piercot, n° 4/014,
4000 Liège,

contre :

la société coopérative à 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 26 mai 2016, la société anonyme BALTEAU, la société anonyme BAGETRA et la société anonyme WANTY sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la "décision du 11 mai 2016 par laquelle la partie adverse [leur] a communiqué [...] sa décision d'attribuer le marché portant sur la «Station d'épuration de Thuillies», ainsi que les motifs de l'éviction des requérantes, extraits de la décision motivée d'attribution du marché".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 mai 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 14 juin 2016 à 10 heures 30.

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.

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 Jean-Luc FLAGOTHIER et Laura LEONARD, avocats, comparaisant pour les parties requérantes et Me Mathieu Clément de CLETY, *loco* Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue 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. Le 8 octobre 2014, un avis de marché est publié au bulletin des adjudications. Cet avis porte sur un marché de travaux et a pour objet "les études, l'établissement des plans, la réalisation, la mise en service d'une station de traitement d'eaux usées domestiques, d'une capacité administrative équivalente à 1 800 EH sur la commune de Thuillies". Le marché est lancé sous la forme d'un appel d'offre ouvert.

Il ressort d'un courrier adressé le 13 août 2015 par la partie adverse aux requérantes, que l'examen des offres l'a amenée, à la constatation que, aucune offre régulière n'ayant été reçue, il y avait lieu de ne pas attribuer le marché et de clôturer la procédure d'appel d'offres. Selon la note d'observations, cette décision s'appuie sur l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Par la même décision, datée du 11 août 2015, la partie adverse décide d'initier une procédure négociée sans publicité sur le fondement de l'article 26, § 1^{er}, 1^o, e, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui permet pareille procédure lorsque "seules des offres irrégulières ou des offres inacceptables ont été déposées en réponse à une

procédure ouverte ou restreinte ou un dialogue compétitif, pour autant que le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont remis une offre formellement régulière lors de la première procédure et que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées".

Les cinq soumissionnaires qui ont remis une offre dans le cadre du marché clôturé sont invités, par courrier du 13 août 2015, à prendre part à cette nouvelle procédure négociée sans publicité. Ce courrier reprend, en annexe, le règlement de procédure négociée sans publicité ainsi que les modifications non substantielles et précisions apportées au cahier spécial des charges.

III. 2. Dès lors que certains soumissionnaires ont exprimé le souhait de voir la procédure se dérouler par le biais de séances individuelles, les requérantes sont, par courrier du 26 août 2015, invitées à une séance d'ouverture de procédure individuelle ainsi qu'à une séance de négociation individuelle.

Le 8 octobre 2015, les requérantes remettent leur offre actualisée. Cette offre est signée, pour la société anonyme BAGETRA, par Madame Christelle GATHY en vertu d'une procuration délivrée par Monsieur Frédéric BERTHE et Monsieur Guy GONDRY.

III. 3. Par courrier du 11 mai 2016, la partie adverse informe les parties requérantes de leur éviction, leur renseigne les motifs de l'irrégularité relevée et mentionne les voies de recours.

Cette décision du 11 mai 2016 constitue l'acte attaqué dans le cadre du présent recours.

L'irrégularité de l'offre de la société momentanée constituée par les requérantes est motivée dans les termes suivants:

" L'offre est déposée par écrit et est signée :

[...]

- Pour la SA BEGETRA, par une personne non identifiée (même signature), «PP Frédéric BERTHE, BEGETRA SA, Directeur Nouveaux projets» et «PP Guy GONDRY, GONDY ENGINEERING SPRL Gérant»

[...]

Il ressort de l'examen de l'offre que la signature figurant à 5 reprises au terme du formulaire de soumission est celle de Madame Christelle GATHY, Responsable Service Offres de la SA BALTEAU qui bénéficie de procurations émises par chacun des membres de la société momentanée.

[...]

Pour la SA BAGETRA SA, l'offre contient:

- Une procuration émanant de Monsieur Frédéric BERTHE, Directeur Nouveaux Projets de la SA BAGETRA et Monsieur Guy GONDRY, gérant de GONDRY ENGINEERING SPRL, donnant pouvoir à Madame Christelle GATHY, responsable service offres de la SA BALTEAU pour signer la soumission.
- Deux publications aux annexes du Moniteur belge du 02.04.2015, à savoir :
 - Un extrait du PV de l'assemblée générale extraordinaire du 10 mars 2015 actant la démission de 3 administrateurs et en désignant 3 nouveaux à dater de ce jour jusqu'à l'Assemblée générale annuelle de 2018.
 - Un extrait du PV du Conseil d'administration du 11 mars 2015 définissant les pouvoirs qui relèvent de la gestion journalière de la société conformément à l'article 14 des statuts et déterminant la manière dont ces pouvoirs seront exercés.

Il en ressort que les pouvoirs de gestion journalière comprennent:

Sous A.2 : conclure, modifier ou résilier tous contrats d'achat, de vente et de location en matière mobilière, d'entreprise de travaux et de fournitures « ... »

Sous A.5: Représenter la société en justice et devant toutes les administrations publique ou privées.

Par ailleurs, il est stipulé que «les pouvoirs sous A 1. à A 6. seront valablement exercés par Monsieur Olivier Grandjean, Directeur Général, agissant de façon conjointe :

- avec un autre membre du Conseil d'administration de la société.
- pour les pouvoirs sous A1.à A6. et pour autant que l'opération concernée ne dépasse pas 6.000.000€ : soit avec Monsieur F.BERTHE, soit avec Monsieur Ph. POTTIER, soit avec Monsieur L. REYNDERS.
- Pour les pouvoirs sous A 2. et pour autant que l'opération concernée ne dépasse pas 6.000.000 €, outre avec Messieurs BERTHE F., POTTIER P. ou REYNDERS L. repris ci-dessus: soit avec Monsieur Jean-Pierre PEFFER, soit avec Monsieur GONDRY Guy.»

Il ressort de la lecture de cette délégation de pouvoirs que la signature d'une offre relève des pouvoirs de Monsieur O. GRANDJEAN, Directeur général, agissant conjointement avec l'une des personnes mentionnées ci-dessus.

Dès lors, la procuration en vue de signer la présente soumission devait émaner de ces personnes également, ce qui n'est pas le cas.

A toutes fins utiles, le pouvoir adjudicateur a consulté les publications au Moniteur belge via la banque de données Companyweb mais n'a pu trouver d'autre élément relatif aux pouvoirs de signatures permettant d'engager la société.

Le règlement défini par le pouvoir adjudicateur pour la procédure négociée est très clair quant à la nécessité pour le soumissionnaire de prouver les pouvoirs du signataire de l'offre. Ainsi le point 6 de ce règlement stipule :

«6. Représentation des soumissionnaires

Tout au long de la procédure, les soumissionnaires veilleront à apporter, au Pouvoir Adjudicateur, la preuve du mandat des personnes physiques qui signent les documents (offres intermédiaires, courriers, faxes ...) et/ ou participent aux séances de négociations.

Pour les soumissionnaires en association/société momentanée, cette obligation s'applique à chacun des membres de l'association/société momentanée à moins que le mandataire dépose au Pouvoir Adjudicateur l'original de l'acte de mandat par lequel ses partenaires l'ont désigné pour négocier et/ou signer tout document en leurs noms».

Par ailleurs, l'article 51 § 2 de l'AR du 15.07.2011 stipule que «l'offre est déposée par écrit et signée par la ou les personnes compétentes ou habilitées à engager le soumissionnaire. Cette règle s'applique à tous les participants lorsque l'offre est déposée par un groupement sans personnalité juridique. Ces participants sont solidairement responsables et tenus de désigner celui d'entre eux qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur».

Or, sur base des éléments explicités ci-dessus, la signature de l'offre par Madame Christelle GATHY sur base d'une procuration émanant de personnes non compétentes pour engager la société BAGETRA n'est pas valable et affecte la régularité de l'offre déposée par la Société momentanée. En effet, la signature valable par chaque participant de la société momentanée constitue un élément essentiel de l'engagement du soumissionnaire.

Par conséquent, l'offre de la SM BALTEAU-BAGETRA-WANTY présente une irrégularité substantielle qui la rend nulle, conformément à l'article 95 de l'AR du 15.07.2011»".

IV. CONFIDENTIALITE

Les requérantes déclarent déposer leurs offres des 30 septembre 2013, 1^{er} décembre 2014 et 8 octobre 2015, portant les numéros 1/2 2/3 et 3/3, à titre confidentiel.

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 9 à 13 du dossier administratif.

Dans le cadre de l'instruction préalable à l'audience, elle a toutefois accepté de rendre accessible l'acte attaqué, identifié comme étant la pièce 13.

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, sauf pour ce qui concerne la pièce 13 du dossier administratif, pour laquelle la demande de la partie adverse est devenue sans objet.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un moyen, le deuxième de la requête, "[p]ris de la violation de : la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de

fournitures et de services, articles 4, 5 et 29, le principe de bonne administration", "[e]n ce que la partie adverse invoque, au soutien de sa décision d'attribution du marché à des soumissionnaires concurrents et de l'éviction des requérantes, des motifs de droit (dispositions légales) qui ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publicité", "[a]lors que la partie adverse ne peut invoquer, au soutien de sa décision d'attribution du marché et d'éviction des requérantes, des motifs de droit (dispositions légales) qui ne sont pas applicables à la procédure négociée", "[d]e sorte que la décision n'est pas légalement motivée".

En termes de requête, elles le développent comme suit:

" [...] Dans les motifs d'éviction des requérantes, issus de la décision d'attribution du marché, la partie adverse considère que :

«Par ailleurs, l'article 51, § 2 de l'AR du 15.07.2011 stipule que l'offre est déposée par écrit et signée par la ou les personnes compétentes ou habilitées à engager le soumissionnaire. Cette règle s'applique à tous les participants lorsque l'offre est déposée par un groupement sans personnalité juridique. Ces participants sont solidairement responsables et tenus de désigner celui d'entre eux qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur.

Or, dans le cadre spécifique de la procédure négociée sans publicité, l'article 106 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que :

«§ 1^{er}. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publicité :

1° les articles 6, 51, 52, 54 et 57;

2° le chapitre 5.

Néanmoins, l'article 61, §§ 1^{er}, 2, 5° et 6°, 3 et 4, ainsi que les articles 62 et 63 sont toujours applicables à la procédure négociée sans publicité, sauf en cas de marché dont la dépense à approuver ne dépasse pas le montant visé à l'article 105, § 1^{er}, 4°.

§ 2. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'article 57 n'est pas applicable aux marchés passés par procédure négociée avec publicité.»

Dès lors que les documents du marché ne contiennent pas de dispositions contraires, l'article 52 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 n'est pas applicable à la procédure négociée d'attribution du marché public de la Station d'épuration de Thuillies.

[...] Dans la décision d'attribution, la partie adverse conclut que «l'offre de la SM BALTEAU-BAGETRA-WANTY présente une irrégularité substantielle qui la rend nulle, conformément à l'article 95 de l'AR du 15/07/2011».

Or, l'article 95 de l'Arrêt[é] royal du 15 juillet 2011 n'est pas applicable à la procédure négociée, dès lors que cet article 95 figure dans le chapitre 6 de l'Arrêté royal relatif à l'«attribution en adjudication et en appel d'offre».

En conséquence, la décision d'attribution du marché à des soumissionnaires concurrents n'est pas légalement motivée".

Dans un document qu'elles qualifient de "mémoire", communiqué le 13 juin 2016, elles formulent de nouveaux griefs qu'elles présentent comme

constituant une deuxième branche du moyen. En substance, elles y soutiennent que l'exigence de signature valable de la "Best and final offer" n'était pas une formalité essentielle, de sorte que l'irrégularité résultant de ce qu'il n'est pas satisfait à cette exigence ne revêt pas un caractère substantiel. Elle en retient que la partie adverse n'a pas pu, dans la décision attaqué, considérer légalement que la signature valable par chaque participant de la société momentanée constituait un élément essentiel de l'engagement du soumissionnaire.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

En vertu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché est une voie de recours ouverte à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation des documents du marché ou de dispositions ou principes applicables à celui-ci.

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'a certes pas été rendu applicable en l'espèce par le cahier spécial des charges du marché litigieux, passé selon la procédure négociée.

En revanche, conformément à la faculté laissée au pouvoir adjudicateur par l'article 106, paragraphe premier, alinéa premier, de cet arrêté royal, l'article 51 de celui-ci a bien été rendu applicable par le cahier spécial des charges, précisant – en son point 17.1, qui n'a pas été modifié à l'occasion du passage à la procédure négociée – que "conformément à l'article 51 de l'A.R. du 15 juillet 2011, l'offre est déposée par écrit et signée par la ou les personnes compétentes ou habilitées à engager le soumissionnaire". Le moyen, qui soutient le contraire, procède d'une lecture inexacte de l'acte attaqué, et, dans cette mesure, n'est pas sérieux.

Il ne peut être sérieusement contesté qu'au regard du principe d'égalité des soumissionnaires, lequel est applicable même en procédure négociée, l'exigence de signature de l'offre revêt un caractère essentiel, dont la méconnaissance affecte cette offre d'une irrégularité substantielle, imposant au pouvoir adjudicateur d'écarter cette offre. La partie adverse n'aurait pu en décider autrement sans méconnaître ce principe d'égalité, ainsi que les documents du marché et, partant, le principe *patere legem ipse fecisti*, la circonstance que l'article 95 précité n'était pas applicable étant indifférente à cet égard.

Dès lors que l'acte attaqué, en tant qu'il déclare irrégulière et écarte l'offre des requérantes, paraît légalement justifié par le principe d'égalité des soumissionnaires et le principe *patere legem ipse fecisti*, on n'aperçoit pas, *prima facie*, en quoi l'application de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui n'avait pourtant pas été rendu applicable en l'espèce par les documents du marché, a pu léser les requérantes. En tant qu'il critique cette application de l'article 95, le moyen n'est pas recevable.

Par ailleurs, les griefs présentés par le "mémoire" communiqué le 13 juin 2016 comme faisant l'objet d'une deuxième branche du moyen ne portent pas sur des éléments dont la requérante n'a pu avoir connaissance qu'à la lecture de l'acte attaqué, après que la partie adverse ait consenti à rendre celui-ci accessible aux requérantes. Ils pouvaient être formulés dans la requête. Pour cette raison, le moyen, qui – dans cette mesure – est tardif, doit également être déclaré irrecevable en tant qu'il formule ces griefs.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un moyen, le premier de la requête, "[p]ris de la violation de : la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics de services et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, articles 5 et 9; le principe d'égalité entre les soumissionnaires, le principe du raisonnable", "[e]n ce que la partie adverse n'a pas examiné, dans le cas d'espèce, si le lien entre les sociétés BAGETRA et SOCOGETRA a eu une influence sur leur comportement respectif dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public de la Station d'épuration de Thuillies", "[a]lors que les articles 5 et 9 de la loi du 15 juin 2006 consacrent le principe de la concurrence libre et non faussée dans le cadre de la procédure de soumission des marchés publics", "[q]ue suivant la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (Salotti), confirmée par une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, s'il ne peut être déduit de l'article 9 de la loi du 15 juin 2006 une interdiction absolue pour des entreprises liées par un rapport de contrôle de participer à la même procédure d'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'examiner si ce rapport de contrôle a influencé le comportement respect de ces entreprises dans le cadre de cette procédure", "[q]ue la partie adverse n'a pas procédé à un tel examen en l'espèce", "[q]u'en l'espèce, le rapport de contrôle existant entre les sociétés BAGETRA et SOCOGETRA a effectivement influencé leur comportement respectif dans le cadre de la procédure de soumission", "[d]e sorte qu'en ne procédant pas à un tel examen en l'espèce, lequel aurait révélé un comportement anti-concurrentiel, la partie adverse a violé les dispositions et principes repris au moyen".

En termes de requête, elles le développent comme suit:

" Les principes

[...] L'article 9 de la loi du 15 juin 2006 dispose que :

«Est interdit tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Les demandes de participation ou les offres remises à la suite d'un tel acte, convention ou entente doivent être écartées.

Si un tel acte, convention ou entente abouti à la conclusion d'un marché public, le pouvoir adjudicateur applique les mesures prévues en cas de manquement aux clauses dudit marché, à moins qu'il n'en dispose autrement par décision motivée».

[...] Par un arrêt du 19 mai 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne a décidé qu' «il serait contraire à une application efficace du droit communautaire d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles [par des rapports de contrôle] du droit de participer à une même procédure de passation de marché public», au motif qu' «une telle solution réduirait considérablement la concurrence au niveau communautaire».

Suivant la Cour, «une telle réglementation, qui est fondée sur une présomption irréfutable selon laquelle les offres respectives d'entreprises liées pour un même marché auraient nécessairement été influencées l'une par l'autre, méconnaît le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne laisse pas à ces entreprises la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence entre les soumissionnaires».

Dans ce contexte, poursuit la Cour, «la question de savoir si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises concernées dans le cadre d'une même procédure d'adjudication publique exige un examen et une appréciation des faits qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'effectuer. La constatation d'une telle influence, sous quelque forme que ce soit, suffit pour que lesdites entreprises soient exclues de la procédure en cause. En revanche, la seule constatation d'un rapport de contrôle entre les entreprises concernées, en raison de la propriété ou du nombre des droits de vote pouvant s'exercer lors des assemblées ordinaires, ne suffit pas pour que le pouvoir adjudicateur puisse exclure automatiquement ces entreprises de la procédure d'attribution du marché, sans vérifier si un tel rapport a eu une incidence concrète sur leur comportement respectif dans le cadre de cette procédure».

Cette jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne est confirmée par une jurisprudence constante du Conseil d'Etat.

[...] En conséquence, s'il ne peut être déduit de l'article 9 de la loi du 15 juin 2006 une interdiction absolue pour des entreprises liées par un rapport de contrôle de participer à la même procédure d'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'examiner si ce rapport de contrôle a influencé le comportement respectif de ces entreprises dans le cadre de cette procédure et, partant, a pu fausser les conditions de la concurrence.

Application

[...] La S.A. BAGETRA a déposé une offre dans le cadre de la procédure négociée d'attribution du marché de la Station d'épuration de Thuillies, au nom de la SM BALTEAU SA – BAGETRA SA – WANTY SA (...).

La S.A. SOCOGETRA a également déposé une offre dans le cadre de cette procédure d'attribution, au nom de la SM SOCOGETRA SA – EXCELLIO SA.

[...] La S.A. BAGETRA est entrée dans le groupe SOCOGETRA en mars 2015.

Il ressort en effet du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 10 mars 2015 de la S.A. BAGETRA, publié dans les Annexes du Moniteur Belge du 02/04/2015 (...), que :

«L'assemblée générale accepte la démission à partir de ce jour en qualité d'administrateur de :

- Mme Valérie GONDRY ;
- Mme Christine MALENGRET ;
- M. Guy GONDRY. Il démissionne aussi de son mandat d'administrateur-délégué.

L'assemblée générale nomme en qualité d'administrateur à partir de ce jour jusqu'à l'assemblée générale annuelle de 2018 :

- M. Olivier GRANDJEAN,
- M. Frédéric BERTHE,
- M. Philippe POTTIER ».

Or, Messieurs Olivier GRANDJEAN et Philippe POTTIER sont également administrateurs de la S.A. SOCOGETRA, ainsi que cela ressort des comptes annuels publiés de cette dernière société pour l'exercice 2015 (...).

La «filiation» de la S.A. BAGETRA par rapport à la société SOCOGETRA est d'ailleurs clairement indiquée sur le site internet de ces deux sociétés (...).

[...] Dès lors que les sociétés BAGETRA S.A. et SOCOGETRA S.A. sont des sociétés liées par un rapport de contrôle, il incombait à la partie adverse d'examiner, sur la base des circonstances concrètes de l'espèce, si ce rapport de contrôle a eu une incidence sur le comportement respectif de ces sociétés dans le cadre de l'attribution du marché public de construction de la Station d'épuration de Thuillies par procédure négociée.

Ce contrôle n'a nullement été effectué par la partie adverse.

[...] Si la partie adverse avait effectué le contrôle qu'il lui incombait, elle aurait incontestablement constaté que, dans les circonstances de l'espèce, le lien mère-fille existant entre la S.A. SOCOGETRA et la S.A. BAGETRA a eu une influence sur le comportement respectif de ces sociétés dans le cadre de l'attribution du marché.

En effet, le procès-verbal du conseil d'administration du 25 mars 2014 de la S.A. SOCOGETRA, tel que publié dans les Annexes du Moniteur belge du 14 octobre 2014 (...), prévoit les délégations de pouvoir suivantes :

«A. Le conseil d'administration définit désormais comme suit les pouvoirs qui relèvent de la gestion journalière de la société conformément à l'article 14 des statuts de la société : (...)

2. Pouvoirs en matière commerciale

Conclure, modifier ou résilier tous contrats d'achat, de vente et de location en matière mobilière, d'entreprise de travaux et de fournitures, ainsi que tous contrats de transport et d'assurance. Fournir tous cautionnements et autres garanties similaires. (...)

5. Autres pouvoirs de gestion

Représenter la société en justice et devant toutes les administrations publiques ou privées. (...)

B. Les pouvoirs précités de gestion journalière seront exercés comme suit :

1. Les pouvoirs sous A.1. à A.6. seront valablement exercés par Monsieur Olivier Grandjean, Directeur général, agissant de façon conjointe :
 - avec un autre membre du Conseil d'administration de la société;
 - o pour les pouvoirs sous A.1. à A.6. et pour autant que l'opération concernée ne dépasse pas 6.000.000 EUR :
 - soit avec Monsieur Eric Perard, Directeur Des Industries;
 - soit avec Monsieur Philippe Pottier, Directeur Administratif et financier;
 - soit avec Monsieur Laurent Reynders, Directeur exploitation;
 - o pour les pouvoirs sous A.2. pour autant que l'opération concernée ne dépasse pas 6.000.000 EUR, outre avec Messieurs Perard E., Pottier P., ou Reynders L. repris ci-dessus :
 - soit avec Monsieur Pol Lejeune, Directeur du développement;
 - soit avec Monsieur Jean-Pierre Peffer, Directeur du département soumission;
 - soit avec Monsieur Frédéric Berthe, Directeur Nouveaux Projets».

Il ressort de cet extrait que dans le cadre de la soumission au marché public de la Station d'épuration de Thuillies, la S.A. SOCOGETRA devait en toutes hypothèses être représentée par Monsieur Olivier GRANDJEAN, accompagné des personnes indiquées ci-dessus.

Il est symptomatique de relever que les délégations de pouvoirs contenues dans l'extrait du procès-verbal susvisé du conseil d'administration du 25 mars 2014 de la S.A. SOCOGETRA sont quasi-identiques à celles qu'a décidé le conseil d'administration – nouvellement composé – de la S.A. BAGETRA du 11 mars 2015, dont l'extrait du procès-verbal est publié dans les Annexes du Moniteur belge du 2 avril 2015 (...).

Comme le relève la partie adverse dans sa décision du 11 mai 2016, il ressort de ce procès-verbal que :

«A. Le conseil d'administration définit désormais comme suit les pouvoirs qui relèvent de la gestion journalière de la société conformément à l'article 14 des statuts de la société : (...)

2. Pouvoirs en matière commerciale

Conclure, modifier ou résilier tous contrats d'achat, de vente et de location en matière mobilière, d'entreprise de travaux et de fournitures, ainsi que tous contrats de transport et d'assurance. Fournir tous cautionnements et autres garanties similaires. (...)

5. Autres pouvoirs de gestion

Représenter la société en justice et devant toutes les administrations publiques ou privées. (...)

B. Les pouvoirs précités de gestion journalière seront exercés comme suit :

1. Les pouvoirs sous A.1. à A.6. seront valablement exercés par Monsieur Olivier Grandjean, Directeur général, agissant de façon conjointe :
 - avec un autre membre du Conseil d'administration de la société;

- pour les pouvoirs sous A.1. à A.6. et pour autant que l'opération concernée ne dépasse pas 6.000.000 EUR :
- soit avec Monsieur Frederic Berthe, Directeur Nouveaux Projets;
- soit avec Monsieur Philippe Pottier, Directeur Administratif et financier;
- soit avec Monsieur Laurent Reynders, Directeur exploitation;
- pour les pouvoirs sous A.2. pour autant que l'opération concernée ne dépasse pas 6.000.000 EUR, outre avec Messieurs Berthe F., Pottier P., ou Reynders L. repris ci-dessus :
- soit avec Monsieur Jean-Pierre Peffer, Directeur du département soumission;
- soit avec Monsieur Guy Gondry, Gérant de Gondry Engineering Sprl».

Il ressort de cet extrait que dans le cadre de la soumission au marché public de la Station d'épuration de Thuillies, la S.A. BAGETRA devait en toutes hypothèses être représentée par Monsieur Olivier GRANDJEAN, agissant de façon conjointe avec une des personnes indiquées ci-dessus.

En conséquence, tant pour la S.A. BAGETRA que pour la S.A. SOCOGETRA, la soumission au marché nécessitait, en toutes hypothèses, l'intervention de Monsieur Olivier GRANDJEAN, Directeur général des deux sociétés, outre l'intervention d'autres personnes.

Il se déduit de la décision de la partie adverse d'attribuer le marché à la SM SOCOGETRA S.A. – EXCELLIO S.A. que Monsieur Olivier GRANDJEAN est intervenu dans le cadre de la signature de l'offre de prix définitive déposée le 8 octobre 2015 par cette dernière société momentanée.

En revanche, Monsieur Olivier GRANDJEAN s'est abstenu d'intervenir dans la signature de l'offre définitive déposée par la SM BALTEAU S.A. – BAGETRA S.A. – WANTY S.A.

C'est précisément ce défaut d'intervention de Monsieur Olivier GRANDJEAN au nom et pour compte de la société BAGETRA qui est à l'origine de l'irrégularité invoquée par la partie adverse pour écarter l'offre déposée par la SM BALTEAU – BAGETRA – WANTY.

La décision d'attribution dispose en effet que (...) :

«Il ressort de la lecture de cette délégation de pouvoirs que la signature d'une offre relève des pouvoirs de Monsieur O. GRANDJEAN, Directeur général, agissant conjointement avec l'une des personnes mentionnées ci-dessus. Dès lors, la procuration en vue de signer la présente soumission devait émaner de ces personnes également, ce qui n'est pas le cas».

Compte tenu du caractère quasi-identique de la délégation des pouvoirs de gestion journalière au sein des sociétés BAGETRA S.A. et SOCOGETRA S.A., l'abstention de Monsieur Olivier Grandjean d'intervenir dans la signature de l'offre définitive soumise le 8 octobre 2015 par la SM BALTEAU SA – BAGETRA SA – WANTY SA, alors qu'il est intervenu dans la signature de l'offre définitive déposée le même jour par la SM SOCOGETRA S.A. – EXLCELLIO, témoigne d'une volonté de privilégier la SM SOCOGETRA S.A. – EXLCELLIO au détriment de la SM BALTEAU SA – BAGETRA SA – WANTY SA.

En conséquence, le rapport de contrôle existant entre les sociétés SOCOGETRA S.A. d'une part et BAGETRA S.A d'autre part a nécessairement eu une incidence sur le comportement de ces sociétés dans la soumission au marché.

[...] Au surplus, le protocole de société momentanée intervenu entre les sociétés BALTEAU S.A, BAGETRA S.A. et WANTY S.A. prévoit expressément que (...) :

«Les Associés ne remettront offre pour le Marché que dans le contexte de la présente SM et se portent fort pour toutes les sociétés appartenant à leur groupe afin que celles-ci s'abstiennent de remettre une offre concurrente»".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen doit être interprété en ce sens que les requérantes reprochent à la partie adverse de n'avoir pas procédé à l'examen que lui imposerait, selon elles, l'article 9 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, examen qui, le cas échéant, aurait pu révéler un comportement anticoncurrentiel, imposant d'écarter l'offre de l'attributaire du marché. Il repose ainsi sur l'hypothèse de l'irrégularité de l'offre de ce soumissionnaire.

Ainsi que cela ressort de son examen, le deuxième moyen conteste vainement la légalité de l'acte attaqué en tant qu'il déclare irrégulière l'offre de la requérante.

Dès lors que n'est nullement contestée la régularité des offres autres que celle de l'attributaire du marché litigieux, considérées comme régulières par la partie adverse, les requérantes n'ont pas intérêt à critiquer celle-ci pour n'avoir pas procédé à l'examen auquel elles l'estimaient tenue, examen qui, le cas échéant, aurait pu conduire à déclarer irrégulière l'offre de l'attributaire.

Le moyen est, en conséquence, irrecevable.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 9 à 12 du dossier administratif, ainsi que les pièces annexées à la requête et portant les numéros 1/2 2/3 et 3/3, sont tenues pour confidentielles.

Article 3.

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

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-sept juin deux mille seize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.