CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE DES VACATIONS DU CONSEIL D'ÉTAT, SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 242.177 du 3 août 2018

A.225.668/VI-21.285

En cause : **la société anonyme SOCIÉTÉ D'APPLICATIONS ET DE TRAVAUX**, en abrégé SOCATRA,

ayant élu domicile chez
M^e^ Stéphane NOPERE, avocat,
boulevard de la Woluwe 62
1200 Woluwe,

contre :

la Régie des bâtiments,

ayant élu domicile chez
M^e^ Bernard RENSON, avocat,
rue Père Eudore Devroye 47
1040 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 juillet 2018, la société anonyme SOCIÉTÉ D'APPLICATIONS ET DE TRAVAUX, en abrégé SOCATRA, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 25 juin 2018, notifiée le 26 juin 2018 par courrier, [l']informant […] que son offre ayant trait au marché public portant sur «les travaux, les fournitures, les services, le transport, la main-d'œuvre et tous les moyens nécessaires pour l'exécution des travaux d'aménagement du centre d'arrivée au centre FEDASIL Petit Château, (Architecture, HVAC, Electricité)» n'a pas été retenue".

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 juillet 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 août 2018 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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'État ont été acquittés.

M^me^ Diane DÉOM, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^es^ Stéphane NOPERE et Jérôme DENAYER, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^es^ Florence MATTHIS et Pierre CRABBE, *loco* M^e^ Bernard RENSON, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Le 4 avril 2018, la Régie des bâtiments publie un avis de marché, en vue de passer un marché public portant sur l'exécution des travaux d'aménagement du centre d'arrivée au centre FEDASIL Petit Château. Un avis rectificatif est publié le 18 avril 2018.

Le mode de passation choisi pour ce marché est la procédure ouverte. Le marché est régi par les dispositions du cahier spécial des charges portant le numéro 2018/232195/137A. Le critère d'attribution du marché est le prix.

Le 30 avril 2018, la partie requérante dépose auprès de la partie adverse une offre signée par Alexandre DE CESCO en sa qualité d'administrateur-délégué. Trois autres offres sont déposées dans le délai de remise des offres, au nom des Ets MALICE, de NOVO I.B. et de la société privée à responsabilité limitée BALCAEN & FILS. La requérante est la moins disante.

Par décision du 25 juin 2018, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société privée à responsabilité limitée ENTREPRISES GENERALES TH. BALCAEN ET FILS.

L'offre de la requérante est déclarée irrégulière pour les raisons suivantes :

" L'offre suivante n'a pas été valablement signée et est donc considérée, en application de l'article 76 A.R. Passation, comme affectée d'une irrégularité substantielle, de sorte qu'elle est exclue de la suite du processus d'évaluation :

- Société d'Application et de Travaux s.a.

L'offre de ce soumissionnaire a été signée électroniquement par Alessandro De Cesco, seul.
Or les statuts de l'entreprise stipulent que la société est représentée dans tous les actes y compris ceux où interviennent un fonctionnaire public ou un officier ministériel et en justice :

• soit par deux administrateurs agissant conjointement, lesquels ne doivent pas justifier d'une délibération préalable du Conseil envers les tiers, en ce compris Messieurs les Conservateurs des Hypothèques;
• soit, dans les limites de la gestion journalière, par chaque délégué à cette gestion, agissant seul.

Selon la jurisprudence du Conseil d'État, l'introduction d'une offre dans le cadre des marchés publics ne peut jamais être considéré comme un acte de gestion journalière, peu importe le montant.".

Les autres offres sont retenues comme signées valablement.

Cette décision est notifiée à la partie requérante par un courriel du 25 juin 2018 ainsi que par un courrier recommandé du 26 juin 2018.

IV. Recevabilité

La requête a été déposée à la poste le 11 juillet 2018, soit le dernier jour du délai de quinze jours à dater de la communication de l'acte attaqué à la requérante par le courrier recommandé du 26 juin 2018. Le recours est recevable *ratione temporis*.

V. Extrême urgence

V.1. Argumentation de la partie adverse

La partie adverse conteste l'extrême urgence en faisant valoir que nonobstant le respect du délai de quinze jours pour introduire la requête, la cause ne présente plus d'urgence en l'espèce dès lors que le marché litigieux a été conclu et qu'il est en cours d'exécution depuis le 26 juin 2018, la date d'achèvement étant fixée au 15 octobre 2018.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme le relève la partie adverse elle-même, il résulte de l'article 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions qu'en matière de marchés publics, la partie requérante ne doit pas établir l'urgence à l'appui d'une demande de suspension et qu'en cette matière, la condition de l'urgence se confond avec le respect du délai de recours.

La circonstance que le marché en cause a été conclu ne permet pas davantage de remettre en cause l'intérêt de la requérante. En effet, l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article, ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu et, le cas échéant, exécuté en tout ou en partie. La demande de suspension est recevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Argumentation de la partie requérante

La partie requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 66 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4, alinéa 1er, 8°, et 5, alinéa 1er, 8°, de la loi du 17 juin 2013 précitée, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 525 du Code des sociétés et des articles 43, 44 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, "en ce que la Régie des bâtiments décide d'exclure l'offre de la SA SOCATRA de la procédure d'évaluation des offres, au motif qu'elle aurait été signée par son administrateur-délégué qui ne pourrait jamais être habilité pour ce faire; alors que le pouvoir de représentation de l'administrateur-délégué doit être examiné au cas par cas, et qu'en l'occurrence, pour la SA SOCATRA, la gestion journalière peut couvrir le dépôt d'une offre pour ce type de marchés publics".

Elle souligne que ses statuts prévoient, conformément à l'article 525, alinéa 1er du Code des sociétés, qu'elle peut être représentée, dans la limite de la gestion journalière, par chaque délégué à cette gestion, agissant seul. Elle fait

référence à un arrêt n° 113.490 du 10 décembre 2002 ainsi qu'à un arrêt de la Cour de cassation du 26 février 2009 et au rapport au Roi joint à l'arrêté royal du 18 avril 2017. Sur ces bases, elle affirme qu'un examen au cas par cas aurait dû être effectué par la partie adverse et que celle-ci ne pouvait se contenter de considérer que "l'introduction d'une offre dans le cadre des marchés publics ne peut jamais être considéré[e] comme un acte de gestion journalière, peu importe le montant".

Elle fait valoir qu'au vu de son objet social, le dépôt d'une offre dans le cadre d'un marché public constitue pour elle une activité régulière et courante pouvant être comprise dans la gestion journalière de la société. Elle estime que la jurisprudence de l'arrêt n° 232.024, du 6 août 2015, ne peut être transposée en l'espèce dans la mesure où elle dépose régulièrement des offres dans le cadre de marchés publics et que dès lors l'application de la réglementation des marchés publics ne permet pas de considérer que l'opération dépasse les limites de la gestion journalière. Elle ajoute qu'au regard de l'objet des travaux et de leur prix par rapport à l'ampleur de ses activités, le marché public litigieux ne dépassait pas non plus ces limites.

La requérante en déduit que la partie adverse ne pouvait exclure son offre parce qu'elle n'était signée que du seul administrateur délégué et que de toute façon, l'acte attaqué méconnaît l'article 44 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 au motif que la partie adverse n'a pas opéré un examen *in concreto* de ce qui pouvait relever de sa gestion journalière.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 44, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, précise que "les signatures visées à l'article 43 sont émises par la ou les personne(s) compétente(s) ou mandatée(s) à engager le soumissionnaire".

Le même arrêté prévoit en son article 76, § 1er, alinéa 4 que "sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
[…]
2° le non-respect des exigences visées aux articles […] 44 du présent arrêté […], pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires […]".

L'article 76, § 4, alinéa 3 du même arrêté dispose que : "le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, […]".

Il résulte de ces dispositions qu'en l'absence de disposition particulière dans les documents du marché, l'offre qui n'est pas signée par une personne compétente pour engager le soumissionnaire est entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée.

Il convient d'entendre par "actes ou opérations de gestion journalière des affaires d'une société" ceux qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance qu'en raison de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même.

La signature d'une offre engageant la société à l'exécution d'un marché public ne peut, de manière générale, être considérée comme un acte relevant de la gestion journalière. Il ne pourrait en être autrement que s'il était établi que dans le cas considéré, le dépôt de l'offre revêt une importance mineure et nécessite une intervention rapide.

La requérante ne met en évidence aucun élément spécifique permettant de penser que ces conditions seraient réunies en l'espèce. Elle se borne à affirmer qu'elle soumissionne régulièrement à des marchés publics et que l'offre litigieuse ne dépassait pas les limites de sa gestion journalière eu égard à l'ampleur de ses activités, qu'elle ne précise pas. Le marché litigieux porte sur un montant d'1.700.000 euros et le délai pour le dépôt des offres était de près d'un mois. Ni le montant, ni la nature du marché litigieux ne devaient dès lors amener la partie adverse à s'interroger d'initiative sur l'éventualité que ce marché puisse relever de la gestion journalière de la requérante ou à l'interroger sur ce point. Par ailleurs, les statuts de la requérante ne consacrent aucune disposition au dépôt d'offres dans le cadre de marchés publics, elle ne produit aucune décision de son conseil d'administration à cet égard, et l'offre ne comporte aucune indication à ce sujet.

La requérante n'avance donc aucun élément permettant d'écarter le constat selon lequel son offre était entachée d'une irrégularité substantielle et devait être écartée. La requérante est dès lors sans intérêt à critiquer la motivation formelle de la décision attaquée.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Argumentation de la partie requérante

La requérante prend un second moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 66 et 83 de la loi du 17 juin 2016 précitée, des

articles 4, alinéa 1er, 8°, et 5, alinéa 1er, 8°, de la loi du 17 juin 2013 précitée, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée, des articles 43, 44 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation. La requérante reproche à la partie adverse d'avoir traité distinctement les offres de soumissionnaires se trouvant dans une même situation.

Dans une première branche, elle soutient que la société anonyme Ets MALICE aurait, comme elle-même, déposé une offre signée par son seul administrateur-délégué et que de ce fait, les deux soumissionnaires se trouvaient dans la même situation et auraient dû être traités identiquement.

La requérante rappelle à cet égard que le pouvoir adjudicateur est tenu de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination. Elle rappelle la motivation de l'acte attaqué et relève que l'offre de la société concurrente a été considérée comme régulière alors qu'elle était également signée par l'administrateur délégué. Elle cite des extraits des statuts de cette société montrant, selon elle, que l'administrateur délégué ne peut la représenter que dans les limites de la gestion journalière.

Dans une seconde branche, la requérante considère que la partie adverse n'a pas exposé clairement les motifs ayant conduit à déclarer son offre irrégulière, alors que celle de la société anonyme Ets MALICE, se trouvant dans une situation identique, a été déclarée régulière. Elle fait valoir que la décision d'attribution doit exposer les motifs pour lesquels une offre est écartée comme irrégulière et que, lorsque le pouvoir adjudicateur entend apprécier différemment deux situations *a priori* similaires, il doit exposer les motifs justifiant leur traitement différencié. Elle relève l'absence de motivation de la décision en tant qu'elle retient la régularité de l'offre de la société anonyme Ets MALICE mais l'irrégularité de l'offre de la requérante.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Les statuts de la société anonyme Ets MALICE prévoient que le conseil d'administration peut déléguer à un ou plusieurs administrateurs "la gestion journalière de la société, la gestion d'une ou plusieurs affaires de la société ou l'exécution des décisions du conseil d'administration". Était jointe à l'offre de cette société une délibération de son conseil d'administration datée 15 mai 2015, formulée comme suit :

" […]
Par la présente, nous déclarons, membres du conseil d'administration, que LM Invest, représenté par Monsieur Malice Laurent, administrateur délégué, dispose bien de la capacité d'engager seul et valablement les ETABLISSEMENTS MALICE SA, en tant qu'administrateur délégué. Nous confirmons également que la signature d'une offre entre bien dans le cadre de la gestion journalière.
Nous déclarons également que LM Invest, représenté par M. Laurent Malice est habilité à représenter seul la société pour la remise d'offres.".

Il résulte du dossier administratif et des écrits de procédure de la partie adverse que l'offre de la société anonyme Ets MALICE a été considérée comme régulièrement signée par son administrateur délégué, non pas au motif que cette démarche relevait de la gestion journalière, mais bien parce que cet administrateur délégué avait reçu une délégation du conseil d'administration pour le dépôt d'offres, comme l'indique le deuxième alinéa de la décision du 15 mai 2015.

Les statuts de la requérante prévoient quant à eux ce qui suit :

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

- soit par deux administrateurs agissant conjointement, lesquels ne doivent pas justifier d'une délibération préalable du Conseil envers les tiers, en ce compris Messieurs les Conservateurs des Hypothèques;
- soit, dans les limites de la gestion journalière, par chaque délégué à cette gestion, agissant seul.

Elle est en outre valablement engagée par des mandataires spéciaux dans les limites de leur mandat.".

Les deux soumissionnaires ne se trouvaient pas dans la même situation au regard de la problématique de la signature de l'offre. La première branche du moyen n'est pas sérieuse.

Dès lors, la requérante est sans intérêt à critiquer le défaut de motivation comparative de la décision attaquée sur ce point, ce qui constitue la deuxième branche du moyen.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Confidentialité

La partie requérante joint, à titre confidentiel, son offre (pièce 4, annexée à la requête). La partie adverse dépose, à titre confidentiel, l'offre de la partie requérante, les échanges qui ont suivi, et l'offre de la société anonyme Ets MALICE. (pièces 6 et 7 du dossier administratif).

Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige.

IX. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres (annexe 4 à la requête, pièces 6 et 7 du dossier administratif) déposées par les parties demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

La contribution prévue à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, liquidée à la somme de 20 euros est mise à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à

charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre des vacations siégeant en référé, le trois août deux mille dix-huit par :

M^mes^ Diane DÉOM, conseiller d'État, président f.f.,
Caroline HUGÉ, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Diane DÉOM.