

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

**LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DE VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

A R R Ê T

n^o 245.246 du 29 juillet 2019

A. 228.414/VI-21.509

En cause : **la société anonyme DUTRY POWER,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Kris WAUTERS et
Jorien VAN BELLE, avocats,
chaussée de La Hulpe 187
1170 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
ORES ASSETS,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Sophie JACQUES, Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BULTERYS,

ayant élu domicile chez
M^e Frank JUDO, avocat,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 19 juin 2019, la société anonyme DUTRY POWER demande l'annulation de :

" la décision du 12 avril 2019, prise par le Directeur du Département Technique et l'Administrateur délégué, sur base de laquelle ORES a retiré la décision d'attribution du 12 mars 2019".

Par la même requête, la société anonyme DUTRY POWER demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de :

" - la décision du 5 juin 2019, prise par l'Acheteur et le Chef du service achats -

- logistique, sur base de laquelle l'offre de DUTRY POWER NV introduit pour Lot 1 du marché de services de location de groupes électrogènes pour la Wallonie sur base de la qualification WQSLGEWA a été écarté;
- la décision du 5 juin 2019, prise par l'Acheteur et le Chef du service achats - logistique, sur base de laquelle l'offre de DUTRY POWER NV introduit pour Lot 2 du marché de services de location de groupes électrogènes pour la Wallonie sur base de la qualification WQSLGEWA a été écarté;
 - la décision du 5 juin 2019, prise par l'Acheteur et le Chef du service achats - logistique, sur base de laquelle l'offre de DUTRY POWER NV introduit pour Lot 3 du marché de services de location de groupes électrogènes pour la Wallonie sur base de la qualification WQSLGEWA a été écarté;
 - la décision du 5 juin 2019, prise par l'Acheteur et le Chef du service achats - logistique, sur base de laquelle l'offre de DUTRY POWER NV introduit pour Lot 4 du marché de services de location de groupes électrogènes pour la Wallonie sur base de la qualification WQSLGEWA a été écarté;
 - la décision du 5 juin 2019, prise par l'Acheteur et le Chef du service achats - logistique, sur base de laquelle l'offre de DUTRY POWER NV introduit pour Lot 5 du marché de services de location de groupes électrogènes pour la Wallonie sur base de la qualification WQSLGEWA a été écarté;
 - la décision du 5 juin 2019, prise par l'Acheteur et le Chef du service achats - logistique, sur base de laquelle l'offre de DUTRY POWER NV introduit pour Lot 6 du marché de services de location de groupes électrogènes pour la Wallonie sur base de la qualification WQSLGEWA a été écarté;
 - la décision du 5 juin 2019, prise par l'Acheteur et le Chef du service achats - logistique, sur base de laquelle l'offre de DUTRY POWER NV introduit pour Lot 7 du marché de services de location de groupes électrogènes pour la Wallonie sur base de la qualification WQSLGEWA a été écarté";

et, d'autre part, l'annulation de ces décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 21 juin 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 juillet 2019 à 10 heures.

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

Par une requête introduite par la voie électronique le 3 juillet 2019, la société anonyme BULTERYS demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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} Simone GUFFENS, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Kris WAUTERS et Jorien VAN BELLE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Christophe DUBOIS et Patrick THIEL, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Frank JUDO, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section 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. Exposé des faits utiles

1. La procédure litigieuse concerne un marché public de service de location de groupes électrogènes pour la Wallonie lancé par la S.C.R.L. ORES, agissant au nom et pour le compte de la S.C.R.L. ORES ASSETS. Le marché est passé en secteurs spéciaux et est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et à l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

2. L'avis de marché est publié au Bulletin des adjudications le 2 août 2018 et au Journal officiel de l'Union européenne le 7 août 2018.

3. Le marché est passé sous forme d'accord-cadre par procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

" I.4 Type de procédure de passation

L'accord cadre est passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Le présent accord-cadre sera conclu avec plusieurs opérateurs économiques. Toutes les conditions étant fixées dans ce cahier des charges, les participants ne seront pas remis en concurrence ultérieurement.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans mener de négociations.

Le marché sera passé sur base du système de qualification portant la référence WQSLGEWA".

Le marché est divisé en 7 lots par région.

L'attribution de chaque lot se fera aux deux soumissionnaires ayant remis le coefficient le plus bas. Le prix étant l'unique critère d'attribution, le coefficient est équivalent au prix.

Plus précisément, la S.C.R.L. ORES fixe un prix pour chacun des postes dans les documents du marché qui correspond à la base 100. Les soumissionnaires

doivent remettre un coefficient multiplicateur de cette base 100, c'est-à-dire du prix que la S.C.R.L. ORES a initialement fixé.

Le critère d'attribution est ainsi rédigé :

" III.11 Critères(s) d'attribution et choix de l'offre

Les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché :

Le soumissionnaire a la possibilité de remettre offre pour le nombre de lots qu'il souhaite et ce via un coefficient par lot offert.

Chaque coefficient remis ne comportera au maximum que deux décimales après la virgule.

L'attribution de chaque lot se fera aux 2 soumissionnaires ayant remis le coefficient le plus bas.

L'attribution se fait par tranches de prix définies comme suit en fonction du coefficient :

- Tranche 1 : l'écart entre le coefficient le plus bas remis par le premier classé et le deuxième est inférieur ou égal à 5%,
- Tranche 2 : l'écart entre le coefficient le plus bas remis par le premier classé et le deuxième est supérieur à 5% et inférieur ou égal à 10%,
- Tranche 3 : l'écart entre le coefficient le plus bas remis par le premier classé et le deuxième est supérieur à 10% et inférieur ou égal à 15%,
- Tranche 4 : l'écart entre le coefficient le plus bas remis par le premier classé et le deuxième est supérieur à 15% et inférieur ou égal à 20%,
- Tranche 5 : l'écart entre le coefficient le plus bas remis par le premier classé et le deuxième est supérieur à 20%,

À chaque tranche est associée une part pour l'attribution du lot :

Tranches	Part du 1 ^{er} classé	Part du deuxième
1	50% du montant (calculé à l'arrondi supérieur)	50% du montant (solde)
2	60% du montant (calculé à l'arrondi supérieur)	40% du montant (solde)
3	70% du montant (calculé à l'arrondi supérieur)	30% du montant (solde)
4	80% du montant (calculé à l'arrondi supérieur)	20% du montant (solde)
5	100% du montant	0

Le prix est l'unique critère d'attribution. Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée sur la base du prix.

L'entité adjudicatrice se réserve le droit d'attribuer le marché sur base de l'offre initiale sans négociations".

4. Dans le cadre de ce marché, la S.C.R.L. ORES qualifie cinq candidats et les invite à présenter chacun une offre.

Quatre candidats remettent une telle offre, soit, la S.A. BULTERYS, la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX, la S.A. DUTRY POWER et la S.A. POWER SOLUTIONS.

L'ouverture des offres a lieu le 14 novembre 2018.

5. Par courriel du 14 décembre 2018, la S.C.R.L. ORES invite les quatre soumissionnaires à fournir des informations concernant le calcul de leur coefficient dans le cadre de la vérification des prix conformément à l'article 84 de la loi du 17 juin

2016 lu en combinaison avec l'article 153, 3° de la même loi et l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

La S.A. DUTRY POWER, la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX et la S.A. BULTERYS justifient leur prix par courriel du 20 décembre 2018. La S.A. POWER SOLUTIONS répond par courriel le 21 décembre 2018.

6. Des négociations ont lieu le 16 janvier 2019 avec les soumissionnaires. Ceux-ci doivent envoyer leur "*Best And Final Offer*" (BAFO) pour le 25 janvier 2019 au plus tard.

7. Le 12 mars 2019, la S.C.R.L. ORES attribue les sept lots du marché à la S.A. DUTRY POWER et à la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX, pour 50 % de chacun des sept lots à chaque société dans la mesure où les écarts entre les coefficients de chacune de ces deux sociétés sont inférieurs à 5 %.

Cette décision est notifiée aux soumissionnaires le 19 mars 2019.

8. Le 3 avril 2019, la S.A. BULTERYS introduit un recours en suspension d'extrême urgence contre cette décision d'attribution (A. 227.787/VI-21.456). La S.A. BULTERYS dénonce l'existence d'une entente entre les deux sociétés attributaires et un défaut de motivation de la décision d'attribution sur ce point.

9. À la suite de ce recours, la S.C.R.L. ORES décide, le 12 avril 2019, de retirer la décision d'attribution du marché du 12 mars 2019 notamment au motif que "le pouvoir adjudicateur constate que l'acte attaqué ne contient pas de motivation quant à l'appréciation portée sur l'existence ou l'absence de limitation de la concurrence au vu des éléments de fait du dossier".

Il s'agit de la première décision attaquée, dont seule l'annulation est demandée.

10. Le 21 mai 2019, la S.C.R.L. ORES prend une nouvelle décision d'attribution des 7 lots. Elle décide d'écarter les offres de la S.A. DUTRY POWER et de la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX sur la base de l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics pour le motif suivant :

" L'entité adjudicatrice a examiné l'existence ou l'absence de limitation de la concurrence au vu des éléments de fait du dossier. Elle relève ce qui suit :

- Les conseils d'administration des deux sociétés sont quasiment identiques, et les personnes font vraisemblablement partie de la même famille;
- Les deux sociétés ont le même site internet (<https://www.dutrypover.be/fr/home>);
- Les offres des deux soumissionnaires ont été déposées par la même personne (Stefaan Dutry);
- Les formulaires d'offres sont similaires, ils sont signés le même jour et par la même personne : Mr Stefaan Dutry;
- Les bordereaux de prix sont signés par la même personne;
- Les documents suivants (qui figurent respectivement dans les deux soumissionnaires) sont identiques, tant sur le fond que sur la forme :
 - o Les deux sociétés déposent dans leur offre la même attestation d'assurance RC pour les deux sociétés avec un unique numéro de police;
 - o Les déclarations écrites sont identiques;
 - o Les déclarations des sous-traitants sont identiques;
 - o Les attestations sur l'honneur et déclarations relatives à la sécurité sont identiques;
- Le numéro de téléphone pour les appels urgents renseigné dans les deux offres est le même;
- La NV DUTRY POWER propose dans son offre la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX comme sous-traitant et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX propose dans son offre et la NV DUTRY POWER; en outre trois autres sous-traitants proposés par les deux soumissionnaires sont les mêmes;
- Les négociations ont été menées en même temps avec les mêmes personnes pour les deux sociétés (Stefaan Dutry et Francis Dutry);
- Avant négociations, les coefficients (prix) remis sont identiques, ou très proches :

[...]

Après négociations, les coefficients (prix) remis sont totalement identiques :

[...]

Les éléments probants repris ci-dessus démontrent que ces deux soumissionnaires se sont rendus coupables d'une entente en vue de fausser la concurrence dans le cadre du présent marché.

Au regard de ces indices, la remise d'offres par DUTRY POWER NV et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX est de nature à fausser les conditions normales de la concurrence et à rompre l'égalité entre soumissionnaires en procurant à ces sociétés des avantages injustifiés. En effet, les lots du marché sont supposés être répartis entre les deux soumissionnaires ayant remis le coefficient le plus bas. L'entente entre les deux entreprises leur permet ainsi non seulement de doubler leurs chances d'obtenir un lot, mais aussi de s'assurer d'obtenir chacun 50 % de chaque lot et ensemble la totalité du lot en remettant des prix qui ne diffèrent pas plus de 5 % entre eux, et ce au détriment des autres soumissionnaires qui ne peuvent se voir attribuer seuls l'ensemble du lot.

Conclusions

Il en découle que les offres suivantes sont régulières :

Société	Nationalité	Adresse du siège d'exploitation
BULTERYYS SA	BE	Boulevard Général Wahis, 16F à 1030 BRUXELLES
POWER SOLUTIONS NV	BE	Blikstraat 2 à 2110 WIJNEGEM

Par conséquent, les offres suivantes doivent être écartées en application de l'article 5, § 2, al. 1^{er}, 1° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

Société	Nationalité	Adresse du siège d'exploitation
DUTRY POWER LUX SPRL	BE	Rue de la croissance, 6 - 6900 Marche-en-Famenne
DUTRY POWER NV	BE	Brugsesteenweg, 512 - 8800 Roeselare

"

11. La S.C.R.L. ORES informe la S.A. DUTRY POWER et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX des motifs de l'écartement de leurs offres respectives par sept courriers recommandés, relatifs à chacun des lots, datés du 5 juin 2019. Il s'agit des seconds objets du recours.

Elle informe également la S.A. BULTERYS et la N.V. POWER SOLUTIONS de ce qu'elles sont les attributaires pressentis des 7 lots du marché par un courrier du 5 juin 2019.

IV. Intervention

Par une requête introduite par la voie électronique le 3 juillet 2019, la S.A. BULTERYS demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Compétence du Conseil d'État

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient que la S.C.R.L. ORES, qui a attribué le marché litigieux, n'est pas une autorité administrative mais une société de droit privé, qui ne dispose d'aucun *imperium* ni d'aucune autre prérogative exorbitante de droit commun.

Elle fait valoir que, lorsque des autorités administratives et des personnes privées participent à un marché conjoint, il a déjà été jugé que c'est la qualité du mandataire qui détermine la compétence de la juridiction et que si cette personne n'a pas la qualité d'autorité administrative, alors le Conseil d'État n'est pas compétent (C.E., n° 231.706, 23 juin 2014). Elle soutient dès lors qu'en l'espèce, le fait que le mandant a la qualité d'autorité administrative n'emporte pas que la décision adoptée par le mandataire relève de la compétence du Conseil d'État lorsque ce dernier n'est pas, comme en l'espèce, une autorité administrative.

V.2. Examen prima facie

L'article 24 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 et de concessions dispose comme suit :

- " L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14, 15 et 16 est :
- 1° la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;
 - 2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.
- [...]"

En vertu de l'article 12 des statuts de la S.C.R.L. ORES ASSETS, la société gestionnaire du réseau peut déléguer la gestion journalière de ses activités à la S.C.R.L. ORES :

- " Article 12 – Exploitation opérationnelle et journalière

La gestion opérationnelle et journalière des activités d'ORES ASSETS en ce compris l'exercice des tâches stratégiques et confidentielles, d'une part, et la représentation d'ORES ASSETS dans le cadre de cette gestion, d'autre part, est confiée à la société exploitante, dénommée ORES SCRL.

[...]

Les modalités de ces gestions par lesdites filiales sont définies aux annexes 6 et 7 des présents statuts, et, par le Conseil d'administration, pour toute décision complémentaire".

Il ressort d'une décision de son conseil d'administration du 22 janvier 2014, citée par la partie adverse dans sa note d'observations (p. 35, point 73) et dont un extrait libre est déposé au dossier administratif, ce qui suit :

- " 7. Adoption de la délégation spécifique en matière des marchés publics

L'article 16, § 2 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité ainsi que l'article 17, §2 du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz prévoient que «le gestionnaire du réseau peut choisir de confier l'exploitation journalière de ses activités à une filiale» répondant aux exigences du décret.

Conformément à ses dispositions statutaires ainsi qu'aux décrets précités, le Conseil d'administration a confié la gestion journalière de ses activités à ORES scrl ainsi que la représentation y afférente en la personne de son Administrateur délégué avec faculté de subdélégation.

En exécution des principes relevés ci-dessus, l'annexe 6 des statuts relative aux modalités de la gestion opérationnelle et journalière réalisée par ORES scrl prévoit «qu'en cas de recours aux tiers, la filiale reste chargée de l'établissement des plans, cahiers des charges, devis, des demandes de prix, de l'établissement de tous documents relatifs aux marchés et de la passation de ceux-ci, de la vérification et du paiement des factures, de l'obtention des autorisations nécessaires s'il y a lieu, des réceptions provisoires et définitives, le tout sans préjudice du droit de contrôle de l'Intercommunale».

Il est également précisé que «les marchés d'un montant global supérieur à une limite déterminée par le Conseil d'administration sont préalablement soumis à celui-ci pour accord».

Eu égard à cette délégation de pouvoirs intervenue et en exécution de l'article 12 des statuts, il apparaît cohérent d'inclure l'ensemble des décisions relatives aux marchés publics (lancement, choix de la procédure et des conditions du marché, sélection des candidats, attribution du marché, renonciation à la procédure, suivi de l'exécution...) dans les matières relevant de la gestion journalière telle que définie ci-avant.

Ainsi, les marchés publics seront passés par les services d'ORES scrl au nom et pour compte de la société.
[...]

Compte tenu de ce qui précède, il est proposé au Conseil d'administration d'approuver ce qui suit :

« Le Conseil d'administration, réuni en sa séance du 22 janvier 2014, marque accord sur la délégation suivante ; moyennant un rapport trimestriel au Conseil d'administration :

1. Tous les marchés publics inférieurs à 10.000.000 € par secteur et tous les marchés passés dans le cadre d'un système de qualification relèvent de la gestion journalière de la société. Dans l'hypothèse où l'estimation du marché dépasse le montant de 10.000.000 € par secteur, mais s'agissant néanmoins d'un marché destiné à répondre aux besoins de la vie quotidienne de la société, le marché reste couvert par la délégation relative à la gestion journalière. Pour autant que de besoin, il est précisé que cette délégation couvre tous les pouvoirs décisionnels requis dans le cadre du suivi de l'exécution des marchés, tels que :
- désignation et mandat donné au fonctionnaire-dirigeant, adaptation des conditions du marché (ordres modificatifs, avenants, en ce compris les modifications portant sur des dispositions essentielles du marché), remise d'amendes pour retard, mesures d'office, réceptions, libération du cautionnement...

2. [...]

Le Conseil d'administration précise également qu'en cas de dépassement de plus de 10% du plafond de la délégation, un marché, bien que lancé sur la base de la délégation sera représenté au Conseil d'administration.

Le libellé de la présente délibération est approuvé séance tenante».

[...]"

Dans la mesure où la S.C.R.L. ORES agit "au nom et pour compte" de la S.C.R.L. ORES ASSETS, dont la qualité d'autorité administrative n'est pas contestée, elle en constitue le mandataire et ne pose aucun acte pour son compte propre.

L'acte attaqué est donc imputable à ladite autorité administrative de telle sorte que le Conseil d'État est compétent pour statuer sur le présent recours.

VI. *Recevabilité de la demande de suspension à l'égard de la décision de retrait du 12 avril 2019*

Contrairement à ce que considèrent les parties adverse et intervenante qui contestent la recevabilité de la demande de suspension de l'exécution de la décision de retrait précitée, la S.A. DUTRY POWER n'en demande pas la suspension.

VII. Recevabilité à l'égard des seconds objets

VII.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe que la requête identifie comme seconds objets les sept courriers d'information des décisions d'attribution du "5 juin 2019", lesquels ne sont toutefois que des notifications, qui ne font pas grief.

En outre, elle fait valoir que l'acte qui pourrait faire grief est la décision du 21 mai 2019, qui écarte l'offre de la requérante et attribue le marché, mais qui n'est pas attaquée.

Elle en déduit que le recours est irrecevable.

VII.2. Examen prima facie

L'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013, précitée dispose comme suit :

" Art. 8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique :
1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée
[...]".

En l'espèce, les actes du 5 juin 2019 se présentent comme des courriers de nature à informer les soumissionnaires évincés que leur offre n'a pas été retenue pour les lots 1 à 7, mais ils contiennent également des extraits de la décision motivée du 21 mai 2019, conformément à l'article 8, § 1^{er}, précité.

La partie requérante a simplement commis une erreur matérielle en mentionnant la date du 5 juin 2019 dans son recours, au lieu de celle du 21 mai 2019. Rien n'interdit de corriger d'office une telle erreur matérielle, d'autant que les parties adverse et intervenante ne se sont pas trompées quant à l'objet du recours.

L'exception prise de ce que le recours, en ses seconds objets, est dirigé contre de simples actes de notification, est rejetée.

VIII. Premier moyen

VIII.1. Thèses des parties

A. La requête

Le premier moyen est pris de la violation de l'article 57 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, des articles 5, 69 et 70 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes généraux de proportionnalité, d'effectivité, des droits de la défense, de confiance légitime et de sécurité juridique, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur de droit et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une seconde branche, la partie requérante expose ce qui suit :

" [...] La partie requérante et la SPRL DUTRY POWER LUX n'ont pas faussé la concurrence;

Que toute entente ne peut pas faire l'objet d'un écartement sur la base de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o, de la loi; que cette disposition précise, en effet, que seule une entente en vue de fausser la concurrence peut être exclue par le pouvoir adjudicateur;

Que la législation applicable en matière de marchés publics, comme interprétée par la Cour de Justice, ne prévoit pas d'interdiction générale pour des entreprises liées de présenter des offres dans une procédure de passation de marchés publics; que le Conseil d'État a considéré qu'il n'y a aucune interdiction absolue pour des entreprises liées de prendre part à une même procédure;

Qu'également sur la base de la jurisprudence de la Cour de Justice, l'exclusion automatique de candidats ou de soumissionnaires qui se trouvent dans un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires et, partant, pour assurer l'application du principe d'égalité de traitement et le respect de l'obligation de transparence;

Que des liens familiaux entre les administrateurs de la partie requérante et la SPRL DUTRY POWER LUX, n'empêchent pas que les deux sociétés aient présenté des offres autonomes et indépendantes; qu'il en va de même en ce qui concerne l'utilisation d'un même site internet et d'un même numéro de téléphone pour les appels urgents;

Que le fait que la NV DUTRY POWER propose dans son offre la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX comme sous-traitant et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX propose dans son offre la NV DUTRY POWER comme sous-traitant n'est, conformément à la jurisprudence de Votre Conseil, pas interdit;

Qu'il est en outre évident que les prix proposés par les deux sociétés sœurs sont presque identiques au vu du fait que la partie requérante et la SPRL DUTRY POWER LUX utilisent les mêmes machines ce qui a pour conséquence que les coefficients et les prix soient égaux pour ce poste; que les coûts salariaux, les prix de transports et les taxes au kilomètre sont pratiquement les mêmes partout en Belgique;

Que la partie requérante et la SPRL DUTRY POWER LUX n'ont pas coordonné les coefficients dans leurs offres pour pouvoir offrir le coefficient le plus bas

possible; que même si une seule des deux sociétés sœurs avait introduit une offre, elle aurait inscrit les mêmes coefficients que ceux proposés dans le cadre du présent marché; que si les autres soumissionnaires avaient proposé des coefficients inférieurs, ils auraient pu gagner le présent marché ce qui démontre très bien que la concurrence n'est pas faussée;

Qu'en tout état de cause, le pouvoir adjudicateur n'a pas d'une manière suffisante démontré que la concurrence était faussée".

B. La note d'observations

Selon la partie adverse, la S.C.R.L. ORES "a pu, sans erreur manifeste d'appréciation, raisonnablement considérer que la S.A. DUTRY POWER et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX ont conclu une entente illégale en vue de fausser la concurrence, au regard de la longue liste des indices relevés". Elle soutient qu'il ressort de l'examen auquel a procédé la S.C.R.L. ORES que la requérante et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX ont partagé des informations et se sont entendues sur les prix, ce qui suffit à constituer un comportement de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

À son estime, la S.C.R.L. ORES "pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, déduire des indices qu'elle a relevés que tant l'indépendance que la confidentialité lors de l'élaboration des offres n'ont pas été garanties".

Elle considère que la partie requérante et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX ne peuvent raisonnablement soutenir qu'elles n'auraient pas partagé les informations confidentielles de leurs offres, et en particulier le prix, et qu'elles n'ont pas coordonné leurs offres entre elles. Elle le déduit des documents des offres signés par la même personne, qui a d'ailleurs déposé les deux offres et qui est venue négocier, en même temps, les prix des deux offres.

Elle soutient que, "conformément à l'article 5 de la loi du 17 juin 2016, pour écarter les offres d'opérateurs ayant posé un acte, conclu une convention ou une entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, il n'est pas exigé que les conditions normales de la concurrence aient réellement été faussées" et que "l'entente doit être de nature à fausser les conditions «normales» de la concurrence".

En tout état de cause, elle affirme qu'"en l'espèce, les conditions normales de la concurrence ont réellement été faussées, ce qu'elle expose :

" [L]e cahier spécial des charges prévoyait que l'accord-cadre [est] conclu avec plusieurs opérateurs économiques et que l'attribution de chaque lot [est faite] aux deux soumissionnaires ayant remis le coefficient le plus bas. Une clé de répartition

des parts du marché [est] fixée par le cahier spécial des charges, en fonction de l'écart entre le coefficient le plus bas remis par le premier classé et le coefficient remis par le classé. Moins l'écart était important (écart inférieur ou égal à 5 %), plus les parts du lot étaient partagées (50 % des parts partagés). En déposant deux offres, avec le même coefficient les sociétés se sont assurées de remporter l'ensemble des parts de chacun des lots, faussant les conditions normales de la concurrence énoncées dans le cahier.

[...]

Si une seule offre avait été déposée par les sociétés S.A. DUTRY POWER et S.P.R.L. DUTRY POWER LUX, elles auraient partagé les parts des lots avec un autre soumissionnaire et la concurrence n'aurait pas été faussée.

[...]

Une telle pratique est de nature à fausser les conditions normales de la concurrence puisqu'elle tend à limiter le choix de l'autorité relativement à chacun des lots tant en ce qui concerne le nombre de concurrents que les conditions du marché. L'entité adjudicatrice n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 en écartant l'offre de la partie requérante et de la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX".

C. La requête en intervention

La partie intervenante invoque l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 mai 2018 (C-531/16) ainsi que l'arrêt du Conseil d'État n° 240.359, du 9 janvier 2018 (HULLBRIDGE) et en synthétise la portée comme suit :

" Autrement dit :

- l'écartement automatique des offres de sociétés liées est exclu; l'autorité doit procéder à un examen *in concreto* de l'influence qu'un tel rapport entre sociétés a eu sur les offres déposées, mais
- dès que l'examen *in concreto* révèle que les offres ne sont pas autonomes et indépendantes, cela suffit pour conclure que l'attribution du marché à ces soumissionnaires serait illégale".

Elle expose encore ce qui suit :

" En réalité, les principes d'égalité des soumissionnaires et d'interdiction de la limitation artificielle de la concurrence sont violés dès que les liens entre deux sociétés ont influencé leurs offres, sans qu'il ne faille démontrer l'impact concret sur la concurrence. Les conditions normales de la concurrence sont en effet nécessairement impactées dès lors que le nombre de soumissionnaires qui ont «joué le jeu de la concurrence» est réduit.

En l'espèce, la partie adverse a constaté l'ensemble des éléments factuels qui suffisent à prouver que les sociétés DUTRY se sont rendues coupables d'une entente de nature à fausser les conditions de la concurrence. Ces éléments sont similaires à ceux constatés dans l'arrêt HULLBRIDGE : sociétés liées/sœurs; dépôt simultané; documents identiques sur le fond et sur la forme; négociation des offres par la même personne; coefficients identiques; *etc.* Ces éléments, parmi d'autres, sont longuement constatés dans la fiche d'attribution jointe à la décision d'attribution.

Aucune cloison n'existait entre les deux sociétés, qui se sont échangées les informations et se sont concertées pour remettre une offre identique.

La constatation *in concreto* par ORES de l'absence d'indépendance des offres suffit pour constater que le marché ne peut être attribué aux sociétés DUTRY.

La critique de la requérante selon laquelle l'impact concret sur la concurrence n'est pas démontré est infondée.

En toute hypothèse, les conditions normales de la concurrence et l'égalité entre soumissionnaires ont effectivement été rompues. La remise d'offres concertées est de nature à effectivement fausser les conditions normales de la concurrence et à rompre l'égalité entre soumissionnaires en procurant à ces sociétés des avantages injustifiés.

D'une part, le comportement est de nature à fausser la concurrence.

Au lieu de quatre entreprises en concurrence, il n'y en a plus que trois. Le jeu de la concurrence est dès lors nécessairement moindre. Par exemple, les sociétés DUTRY auraient peut-être proposé des coefficients plus faibles si elles agissaient de manière concurrentielle, afin de s'assurer que la plus grosse partie du marché leur revienne.

D'autre part, l'égalité entre soumissionnaires est rompue.

S'il y a quatre soumissionnaires indépendants, chacun a 25 % de chances.

S'il y a trois soumissionnaires indépendants, chacun a 33,33% de chances.

S'il y a deux soumissionnaires indépendants et deux soumissionnaires présentant une offre concertée, les chances deviennent respectivement de 25% pour les soumissionnaires indépendants, et de 50% pour les soumissionnaires concertés.

Dans le cas d'espèce, où le lot est supposé être réparti entre les deux soumissionnaires ayant remis le coefficient le plus bas, la requérante en intervention avait moins de chances de remporter une partie du marché que si les soumissionnaires avaient déposé des offres non concertées (le coefficient proposé par l'une des sociétés aurait pu être plus élevé que le sien pour certains lots, la faisant remporter une partie du lot concerné).

Les sociétés DUTRY avaient également plus de chances que les autres soumissionnaires de remporter, entre elles, 100% du marché; alors que les autres sociétés ne pouvaient remporter 100% du marché que dans l'hypothèse d'un écart de prix majeur.

C'est ainsi que le pouvoir adjudicateur a jugé nécessaire, à l'article III.4 du cahier spécial des charges [...], de faire usage de l'option conférée par l'article 62 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 et d'interdire la remise d'offre commune par plusieurs candidats qualifiés, afin de garantir un niveau suffisant de concurrence".

VIII.2. Examen prima facie

L'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que "les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence".

L'article 5, § 2, de la même loi dispose comme suit :

" § 2. Le non-respect de la disposition visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, donne lieu à l'application des mesures suivantes, [...] :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas pris de décision finale et que le marché n'est pas conclu, l'écartement des demandes de participation ou des offres introduites à la suite d'une tel acte, convention ou entente;
2° lorsque le marché est déjà conclu, les mesures d'office fixées par le Roi, à moins que l'adjudicateur n'en dispose autrement par décision motivée".

L'article 69 de la même loi dispose comme suit :

- " Art. 69. Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :
[...]
4° lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2;
[...]"

Cette disposition concerne les causes d'exclusion facultative d'un soumissionnaire qui n'aurait pas pris des mesures suffisantes pour démontrer sa fiabilité et dont la participation à un marché public peut d'emblée être exclue.

En l'espèce, l'écartement de l'offre de la partie requérante s'appuie sur l'article 5, § 2, 1°, précité, au motif qu'il est apparu que la partie requérante et la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX ont conclu une entente dans le cadre de leurs offres, et non sur l'article 69, inapplicable en l'espèce, la fiabilité de la partie requérante n'ayant pas été mise en cause.

À propos d'entreprises liées entre elles, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé, dans un arrêt du 17 mai 2018 (C-531/16), ce qui suit :

- " À cet égard, il convient, tout d'abord, de rappeler que le droit de l'Union, en particulier la directive 2004/18, ne prévoit pas d'interdiction générale, pour des entreprises liées entre elles, de présenter des offres dans une procédure de passation de marchés publics. En outre, il ressort de la jurisprudence que, eu égard à l'intérêt de l'Union que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres, il serait contraire à une application efficace du droit de l'Union d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles du droit de participer à une même procédure de passation de marchés publics (voir, en ce sens, arrêt du 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, points 26 et 28)" (C-531/16, point 21).

Le même arrêt précise aussi ce qui suit :

- " 29. [...] [I]l y a lieu de relever que, en toute hypothèse, le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de la directive 2004/18 serait violé s'il était admis que les soumissionnaires liés puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires, [...].

[...]

31. S'agissant des obligations incombant, en vertu dudit article 2 de la directive 2004/18, aux pouvoirs adjudicateurs, la Cour a déjà jugé qu'un rôle actif est attribué aux pouvoirs adjudicateurs dans l'application des principes de passation des marchés publics énoncés audit article (voir, en ce sens, arrêt du 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, point 42).

32. Ce devoir des pouvoirs adjudicateurs correspondant à l'essence même des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics, la Cour a jugé que le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts dans le chef d'un expert du pouvoir adjudicateur et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter ces conflits et d'y remédier (arrêt du 12 mars 2015, eVigilo, C - 538/13, EU:C:2015:166, point 43).

33. Cette jurisprudence est, eu égard à ce qui a été constaté au point 29 du présent arrêt, transposable à des situations, telles que celle en cause dans l'affaire au principal, caractérisées par la participation de soumissionnaires liés à une procédure d'adjudication. Partant, un pouvoir adjudicateur qui prend connaissance d'éléments objectifs mettant en doute le caractère autonome et indépendant d'une offre, est tenu d'examiner toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à la présentation de l'offre concernée afin de prévenir, de détecter les éléments susceptibles d'entacher la procédure d'adjudication et d'y remédier, y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve (voir, par analogie, arrêt du 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, point 44)".

S'agissant des preuves susceptibles de démontrer que les offres de soumissionnaires liés sont ou non autonomes et indépendantes, la Cour précise encore ce qui suit :

" 37. En ce qui concerne le niveau de preuve requis en vue de démontrer l'existence d'offres qui ne sont ni autonomes ni indépendantes, le principe d'effectivité exige que la preuve d'une violation des règles de passation des marchés publics de l'Union puisse être rapportée non seulement par des preuves directes, mais également moyennant des indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants et que les soumissionnaires liés soient en mesure d'apporter la preuve contraire (voir, par analogie, arrêt du 21 janvier 2016, Eturas e.a., C - 74/14, EU:C:2016:42, point 37).

38. S'agissant d'une affaire telle que celle en cause au principal, la constatation que les liens entre les soumissionnaires ont eu une influence sur le contenu de leurs offres présentées dans le cadre d'une même procédure suffit, en principe, pour que ces offres ne puissent pas être prises en compte par le pouvoir adjudicateur, celles-ci devant être présentées en toute autonomie et indépendance lorsqu'elles émanent de soumissionnaires liés. 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 écarter automatiquement ces offres de la procédure d'attribution du marché, sans vérifier si un tel rapport a eu une incidence concrète sur l'indépendance desdites offres (voir, par analogie, arrêt du 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, point 32)".

En d'autres termes, il ne suffit pas de démontrer qu'il existe des liens entre les deux soumissionnaires, il faut encore établir que ces liens ont eu une influence sur

le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci.

Par ailleurs, il semble ressortir de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de justice, précité, qu'il suffit qu'il soit établi que les liens entre les sociétés ont eu une influence sur le contenu de leurs offres pour que leurs candidatures doivent être écartées, sans qu'il ne soit requis de démontrer que ces offres concertées aient été de nature à fausser la concurrence.

En l'espèce, la particularité du marché litigieux est que chaque lot a vocation à être attribué à deux soumissionnaires, soit ceux qui ont remis le coefficient multiplicateur le plus avantageux - coefficient qui est donc multiplicateur du prix de base fixé par l'autorité. La proportion de chaque lot attribué aux deux soumissionnaires les moins chers, est déterminée en fonction de l'écart entre les coefficients multiplicateurs déposés par ces deux soumissionnaires les plus avantageux. Plus l'écart entre les deux coefficients est important, plus celui qui dépose le coefficient le plus bas reçoit une proportion importante du lot. Ainsi, si l'écart entre les coefficients est de 0 à 5 %, la part attribuée au soumissionnaire le plus avantageux est de 50 %, et l'autre part de 50 % est attribuée au soumissionnaire qui suit immédiatement. En revanche si l'écart est supérieur à 20 %, le soumissionnaire le plus avantageux reçoit une part correspondant à 100 %, donc la totalité, du lot considéré.

Le mécanisme d'attribution des lots a pour effet que si deux offres sont proches ou identiques et qu'elles sont les plus avantageuses, ce sont ces deux offres qui seront choisies, à l'exclusion des autres.

En l'espèce, la partie requérante ne nie pas avoir des liens avec la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX, ceux-ci apparaissant d'évidence des "indices" relevés par la S.C.R.L. ORES dans sa décision du 21 mai 2019. Il reste que, même si elles sont liées, la jurisprudence de la C.J.U.E. ne leur interdit pas de déposer des offres. Toutefois, toujours selon la C.J.U.E., celles-ci ne peuvent être concertées, ce qui peut s'avérer difficile voire impossible pour des sociétés sœurs qui partagent en partie le même conseil d'administration. Quoi qu'il en soit, certains des indices relevés par la S.C.R.L. ORES montrent que les offres ont bien été concertées puisque, d'une part, chacune des sociétés désigne l'autre comme sous-traitant et en désigne trois autres identiques, et, d'autre part, si les offres variaient déjà peu avant négociations, elles sont ensuite parfaitement identiques.

Il reste que, si les offres déposées par les sociétés BULTERYS ou POWER SOLUTIONS avaient été plus avantageuses, ce sont bien ces sociétés qui auraient emporté le marché. La manière de faire des sociétés DUTRY POWER et DUTRY POWER LUX, qui sont des sociétés juridiquement distinctes, assurerait

seulement d'être côte à côte dans le classement des offres. En d'autres termes, ces deux sociétés distinctes l'une de l'autre n'étaient aucunement assurées de se retrouver en première et deuxième positions. Elles pouvaient aussi bien se retrouver en deuxième et troisième positions du classement, voire en troisième et quatrième positions. Dans ces deux autres cas, c'est bien la S.A. BULTERYS qui aurait été l'attributaire principal.

Toutefois, comme le fait observer la partie intervenante, ce mécanisme a pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence alors, précisément, que le cahier des charges "interdi[sai]t la remise d'offres communes par plusieurs candidats qualifiés, afin de maintenir un niveau suffisant de concurrence" (art. III.4).

Compte tenu de la jurisprudence de la C.J.U.E. (C-531/16, 17 mai 2018), et des indices objectifs probants de concertation entre les deux sociétés sœurs, *prima facie*, la S.C.R.L. ORES paraissait en droit d'écarter l'offre de la partie requérante comme celle de la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX, conformément à l'article 5, § 2, 1^o, de la loi du 17 juin 2019.

Concernant la critique selon laquelle la S.C.R.L. ORES n'aurait pas donné la possibilité à la partie requérante de s'expliquer, à supposer qu'elle eût dû se la voir accordée malgré les indices relevés ci-dessus, il suffit de constater que, dans le cadre du recours introduit par la partie intervenante contre l'attribution du marché à elle-même et à la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX par une décision du 12 mars 2019, elle a pu faire valoir ses observations et que, malgré celles-ci, la S.C.R.L. ORES a non seulement retiré sa décision du 12 mars 2019 mais a considéré qu'il y avait entente justifiant l'écartement de son offre et de celle de la S.P.R.L. DUTRY POWER LUX.

Prima facie, le premier moyen, seconde branche, n'est pas sérieux.

IX. Deuxième moyen

IX.1. Thèses des parties

A. La requête

Le deuxième moyen est pris "de la violation de l'article 33 de la Constitution; des règles internes de la partie adverse sur la répartition des compétences entre ses organes; du principe *patere legem quam ipse fecisti*; de l'excès de pouvoir".

La partie requérante reproche aux décisions attaquées n^o 2 à 8 d'avoir été

prises par l'Acheteur, J. B., et le Chef de service achats-logistique, D.V., alors que, rappelle-t-elle, "sur la base de l'article 33 de la Constitution, un organe d'une autorité administrative a uniquement les compétences qui lui ont été expressément dévolues".

Elle observe que la décision d'attribution du 12 mars 2019 et la décision de retrait du 12 avril 2019 ont été prises par B.H., le directeur du département technique, et F.G., l'administrateur délégué.

Elle soutient qu'"il ne ressort d'aucun document à la disposition de la partie requérante que l'Acheteur et le Chef de service achats-logistique avaient ensemble ou individuellement la compétence de prendre la décision attaquée".

Elle conclut "que les décisions attaquées n° 2 à 8 ne sont pas prises par l'organe/les personnes, compétent(es) et que par conséquent, le pouvoir adjudicateur a agi avec excès de pouvoir".

B. La note d'observations

La partie adverse soutient que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, la décision n'a pas été adoptée par l'acheteur en chef, même si c'est lui qui a signé les notifications. Elle soutient que l'acte qui fait grief a été adopté par F.G. et B.H. et rappelle que le marché est conclu pour la S.C.R.L. ORES ASSETS, par la S.C.R.L. ORES.

Elle fait valoir qu'en vertu de l'article 12 des statuts de la S.C.R.L. ORES ASSETS, la société gestionnaire du réseau peut déléguer la gestion journalière de ses activités à la S.C.R.L. ORES, que le Règlement du Conseil d'administration relatif aux pouvoirs délégués et mandats précise que les contrats d'une valeur inférieure à 10.000.000 d'euros relèvent de la gestion journalière, et que la décision du conseil d'administration de la S.C.R.L. ORES ASSETS du 22 janvier 2014 précise que les marchés publics inférieurs à 10 millions d'euros sont considérés comme relevant de la gestion journalière.

Elle relève qu'"au sein de la S.C.R.L. ORES, c'est *a priori* au Conseil d'administration qu'il revient d'arrêter les documents du marché et les attribuer", mais que "le conseil d'administration peut conférer - avec faculté de subdélégation - la gestion journalière de la société ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion, à un de ses membres qui porte le titre d'administrateur-délégué et assure la présidence du Comité de direction visé à l'article 15. Elle souligne que "tout comme pour ORES ASSETS, [...] le marché en question relève de la gestion journalière" et qu'il peut par conséquent être lancé, conclu et retiré par

l'administrateur délégué de la S.C.R.L. ORES.

En l'espèce, elle fait valoir que les opérations relatives à ce marché ont été faites par l'administrateur délégué de la S.C.R.L. ORES, F.G., et contresignée par B.H.

Elle conclut qu'«étant adoptés et signés par l'administrateur délégué, compétent pour la gestion journalière, les actes attaqués ont été adoptés par l'organe légalement compétent.

C. La requête en intervention

La partie requérante écrit qu'elle "réserve ce point".

D. Audience

À l'audience, le conseil de la partie requérante soutient que, malgré la communication des pièces, il y a toujours un problème de compétence, dans la mesure où le marché public porte sur 11 millions d'euros et qu'il vise toute la Wallonie, en sorte qu'il ne peut être considéré comme relevant de la gestion journalière.

Le conseil de la partie adverse ne répond pas à cet argument, faisant une nouvelle fois valoir que lorsque le contrat porte sur un montant inférieur à 10 millions, il s'agit de gestion journalière.

IX.2. Examen prima facie

L'article 16, § 1^{er}, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité dispose que le gestionnaire de réseau de distribution peut "confier, seul ou en association avec un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution, tout ou partie de l'exploitation journalière de ses activités visées à l'article 11 à une filiale constituée conformément au paragraphe 2".

En vertu de l'article 12 des statuts de la S.C.R.L. ORES ASSETS, la société gestionnaire du réseau a délégué la gestion journalière de ses activités à la S.C.R.L. ORES :

" Article 12 – Exploitation opérationnelle et journalière

La gestion opérationnelle et journalière des activités d'ORES ASSETS en ce compris l'exercice des tâches stratégiques et confidentielles, d'une part, et la représentation d'ORES ASSETS dans le cadre de cette gestion, d'autre part, est confiée à la société exploitante, dénommée ORES SCRL.

[...]

Les modalités de ces gestions par lesdites filiales sont définies aux annexes 6 et 7 des présents statuts, et par le Conseil d'administration, pour toute décision complémentaire".

Il ressort d'une décision du conseil d'administration de la S.C.R.L. ORES ASSETS du 22 janvier 2014, dont un extrait libre est déposé au dossier administratif, ce qui suit :

" 7. Adoption de la délégation spécifique en matière des marchés publics

L'article 16, § 2 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité ainsi que l'article 17, § 2 du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz prévoient que «le gestionnaire du réseau peut choisir de confier l'exploitation journalière de ses activités à une filiale» répondant aux exigences du décret.

Conformément à ses dispositions statutaires ainsi qu'aux décrets précités, le Conseil d'administration a confié la gestion journalière de ses activités à ORES srl ainsi que la représentation y afférente en la personne de son Administrateur délégué avec faculté de subdélégation.

En exécution des principes relevés ci-dessus, l'annexe 6 des statuts relative aux modalités de la gestion opérationnelle et journalière réalisée par ORES srl prévoit «qu'en cas de recours aux tiers, la filiale reste chargée de l'établissement des plans, cahiers des charges, devis, des demandes de prix, de l'établissement de tous documents relatifs aux marchés et de la passation de ceux-ci, de la vérification et du paiement des factures, de l'obtention des autorisations nécessaires s'il y a lieu, des réceptions provisoires et définitives, le tout sans préjudice du droit de contrôle de l'Intercommunale».

Il est également précisé que «les marchés d'un montant global supérieur à une limite déterminée par le Conseil d'administration sont préalablement soumis à celui-ci pour accord».

Eu égard à cette délégation de pouvoirs intervenue et en exécution de l'article 12 des statuts, il apparaît cohérent d'inclure l'ensemble des décisions relatives aux marchés publics (lancement, choix de la procédure et des conditions du marché, sélection des candidats, attribution du marché, renonciation à la procédure, suivi de l'exécution...) dans les matières relevant de la gestion journalière telle que définie ci-avant.

Ainsi, les marchés publics seront passés par les services d'ORES srl au nom et pour compte de la société.

[...]

Compte tenu de ce qui précède, il est proposé au Conseil d'administration d'approuver ce qui suit :

« Le Conseil d'administration, réuni en sa séance du 22 janvier 2014, marque accord sur la délégation suivante ; moyennant un rapport trimestriel au Conseil d'administration :

1. Tous les marchés publics inférieurs à 10.000.000 € par secteur et tous les marchés passés dans le cadre d'un système de qualification relèvent de la gestion journalière de la société. Dans l'hypothèse où l'estimation du marché dépasse le montant de 10.000.000 € par secteur, mais s'agissant néanmoins d'un marché destiné à répondre aux besoins de la vie quotidienne de la société, le marché reste couvert par la délégation relative à la gestion journalière. Pour

autant que de besoin, il est précisé que cette délégation couvre tous les pouvoirs décisionnels requis dans le cadre du suivi de l'exécution des marchés, tels que :
- désignation et mandat donné au fonctionnaire-dirigeant, adaptation des conditions du marché (ordres modificatifs, avenants, en ce compris les modifications portant sur des dispositions essentielles du marché), remise d'amendes pour retard, mesures d'office, réceptions, libération du cautionnement...

2. [...]

Le Conseil d'administration précise également qu'en cas de dépassement de plus de 10% du plafond de la délégation, un marché, bien que lancé sur la base de la délégation sera représenté au Conseil d'administration.

Le libellé de la présente délibération est approuvé séance tenante».

[...]"

Le 21 novembre 2018, le conseil d'administration de la S.C.R.L. ORES ASSETS a actualisé son règlement relatif aux pouvoirs délégués et mandats (annexes au Moniteur belge du 4 janvier 2019). Ce règlement confirme que la gestion journalière est confiée à la S.C.R.L. ORES dans les termes suivants :

" En exécution de l'article 17.1, 3^e alinéa de ses statuts et conformément aux dispositions du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (art. 16, § 2), du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (art. 17, § 2), de l'article 12 et à l'annexe 6 des statuts de la société, le Conseil d'administration confie à ORES scrl en la personne de son Administrateur délégué, la gestion journalière et la représentation de la société auprès des tiers pour les matières relevant de la gestion journalière.

[...]

La gestion journalière est relative à tous les actes d'administration ne dépassant pas les besoins de la vie quotidienne de la société ou qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du Conseil d'administration. Sont présumés ressortir à la gestion journalière, les actes ou engagements jusqu'à 10.000.000 EUR par secteur".

En l'espèce, il ressort que le marché public porte sur un montant d'environ 11.570.000 euros. Le marché relevait dès lors en principe de la compétence du conseil d'administration de la S.C.R.L. ORES, sauf s'il s'était agi d'un "marché destiné à répondre aux besoins de la vie quotidienne de la société", auquel cas "le marché reste couvert par la délégation relative à la gestion journalière". Toutefois, indépendamment de la question de savoir si un marché public peut en soi être considéré comme relevant de la gestion journalière, à peine de dénaturer cette notion, il n'apparaît pas d'évidence que le marché public litigieux, qui porte sur la "location de groupes électrogènes pour la Wallonie", est "destiné à répondre aux besoins de la vie quotidienne de la société".

Prima facie, il apparaît donc que la S.C.R.L. ORES, qui agit au nom et pour compte de la S.A ORES ASSETS, a méconnu les règles internes en matière de répartition de compétences découlant des statuts et règlements de ces sociétés.

Le moyen, qui a trait à la compétence de l'auteur de la décision entreprise et revêt en conséquence un caractère d'ordre public, est, *prima facie*, sérieux.

X. Balance des intérêts

La partie adverse demande au Conseil d'État de faire la balance des intérêts des parties en présence mais elle ne désigne pas concrètement les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

XI. Confidentialité

XI.1. Demande de la partie adverse

La partie adverse sollicite que les candidatures, les offres ainsi que certains documents, qui font partie du dossier administratif, soient déposés à titre confidentiel et à l'attention unique du Conseil d'État, conformément à l'article 87 du règlement de procédure et aux articles 10 et 26 de la loi du 17 juin 2013.

XI.2. Appréciation

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

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la S.A. BULTERYS est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 21 mai 2019 par laquelle la S.C.R.L. ORES, agissant au nom et pour compte de la S.C.R.L. ORES ASSETS, décide d'écarter les offres de la S.A. DUTRY POWER et de la S.P.R.L. DUTRY

POWER LUX sur la base de l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et d'attribuer les sept lots du marché public de "location de groupes électrogènes pour la Wallonie" à la S.A. BULTERYYS et à la S.A. POWER SOLUTIONS est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 25 à 34 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre de vacations siégeant en référé, le vingt-neuf juillet deux mille dix-neuf par :

Simone GUFFENS,
Vincent DURIEUX,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Simone GUFFENS.