

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 247.727 du 8 juin 2020

A. 230.491/VI-21.740

En cause : **1) la société anonyme DC INDUSTRIAL,**
 2) la société anonyme ÉTABLISSEMENTS MAURICE
 WANTY,
 ayant élu domicile chez
 M^e Gauthier ERVYN, avocat,
 avenue de la Toison d'or 77
 1060 Bruxelles

contre :

la société Publique d'Aide à la Qualité de l'Environnement
(en abrégé : SPAQuE), société anonyme de droit public,
 ayant élu domicile chez
 M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat,
 rue des Augustins 32
 4000 Liège

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 avril 2020, la société anonyme Dc Industrial et la société anonyme Établissements Maurice Wanty demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de «la décision d'attribution prise par le Conseil d'administration de la SPAQUE le 27 mars 2020 du "Marché européen de travaux – procédure ouverte – réhabilitation du site 'Garocentre Magna Park' à la Louvière – Réhabilitation des sols"».

Par une requête introduite le 5 juin 2020, la société anonyme Dc Industrial et la société anonyme Établissements Maurice Wanty poursuivent l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Il est fait application de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite

et des arrêtés royaux des 4 mai 2020 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 précité.

Une ordonnance n° 1188 du 29 avril 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

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.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés. Les parties ont déposé des notes complémentaires et ont été invitées à communiquer leurs éventuelles dernières observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a ensuite émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties le 29 mai 2020, les débats ont été clos et l'affaire a été mise en délibéré.

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

La partie adverse résume comme suit les faits de la cause :

« 1.- Dans le cadre du programme FEDER 2014-2020, SPAQuE a été mandatée par un arrêté du Gouvernement wallon du 20 avril 2017 pour procéder à la réhabilitation du site « Garocentre - Magna Park » à La Louvière.

Une partie du site est lourdement polluée. Sur les parcelles cadastrées 28G, 30T, 30N et 30M, les études ont montré la présence d'importantes taches de pollution en métaux lourds, BTEXS, HAP, huiles minérales, HCOV, cyanures libres, phénol et MTBE dans les sols et les eaux, incompatibles avec le projet d'aménagement retenu pour le site et l'usage industriel prévu. Il est donc indispensable de procéder à sa réhabilitation.

Cette réhabilitation nécessitera la prise en charge de plusieurs spots importants de pollution ainsi que la gestion d'importantes quantités de terres à déplacer (environ 200.000 m³) afin de mettre en œuvre le plan d'assainissement.

Le marché litigieux s'inscrit dans ce contexte.

2.- Après une première procédure d'attribution initiée par un avis de marché public de travaux du 24 octobre 2019, auquel le Conseil d'administration de

SPAQuE a décidé de renoncer en date du 22 novembre 2019, la procédure litigieuse d'attribution a été initiée par la publication d'un avis de marché le 22 janvier 2020.

Il s'agit d'un marché de services passé par procédure ouverte avec publicité européenne.

Le cahier spécial des charges (pièce 1) a été approuvé en date du 21 janvier 2020. Il prévoit que l'attribution du marché se fera au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse sur base des critères pondérés suivants :

- 1. Coût d'exécution du marché (toutes tranches confondues et options comprises) : 65 points
- 2. Valeur technique de l'offre : 25 points
- 3. Délais d'exécution du marché (tranche ferme) : 10 points.

3.- Suite à cette publication, 9 candidats soumissionnaires se sont présentés lors de la visite obligatoire du site organisée le 5 février 2020. Parmi eux figurait notamment la première requérante.

A l'ouverture des soumissions, le 24 février 2020, 3 offres ont été remises :

Société	Code postal	Localité	Total général € HTVA	Total général € TVAC
AERTSSEN SA	2940	Stabroek	5.540.242,10	6.703.692,94
SM DC	1050	Bruxelles	5.296.016,45	6.408.179,90
INDUSTRIAL – WANTY				
SUEZ RR IWS REMEDIATION	1850	Grimbergen	7.442.877,35	9.005.881,59

Ces trois offres sont produites en pièces 2 à 4 du dossier administratif, sous le couvert de la confidentialité.

4.- Vérification faite, aucun des soumissionnaires ne se trouvait dans un des cas d'exclusion prévus aux articles 67, 68 et 69 de la loi sur les marchés publics.

Par ailleurs, les 3 offres reçues ont été jugées régulières et conformes aux spécifications techniques du cahier spécial des charges.

5.- Le rapport d'analyse des offres, établi sous la forme d'une note d'aide à la décision à l'attention du Conseil d'administration (pièce 5), aboutit à un tableau final des cotations qui s'établit comme suit :

1.2.5. Tableau final des cotations

Société	Coût d'exécution du marché (Points/65)	Valeur technique (Points/25)	Délai (Points/10)	Total (points/100)
AERTSSEN SA	62,47	24,11	10	96,58
SM DC	65,00	21,03	10	96,03
INDUSTRIAL – WANTY				
SUEZ RR IWS REMEDIATION	44,13	23,38	10	77,51

Il apparaît donc, au terme de l'analyse des offres par la partie adverse, que l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'exécution du marché concerné est celle émanant de la S.A. AERTSSEN, déposée en pièce 2 du dossier administratif.

Le montant de cette offre, toutes tranches et options confondues du marché, en tenant compte de l'application de l'arrêté du Gouvernement wallon du 05.07.2018, est de 5.503.128,00 € HTVA, dont 523.528,00 € HTVA d'options.

Le rapport d'analyse des offres propose donc d'attribuer le marché pour ce montant à la S.A. AERTSSEN.

6.- En date du 27 mars 2020, le Conseil d'administration de SPAQuE, dans l'impossibilité de se réunir physiquement suite aux mesures de confinement en vigueur depuis le mercredi 18 mars 2020 à 12h, a statué sur les différents points de l'ordre du jour en application de la procédure écrite, conformément à l'article 15 des statuts de SPAQuE qui sont produits en pièce 10 du dossier administratif.

Sur le point 2 de l'ordre du jour, relatif à l'attribution du marché public de services portant sur le site « Garocentre – Magna Park » à La Louvière – réhabilitation des sols, le Conseil d'administration a décidé à l'unanimité d'attribuer le marché à la S.A. AERTSSEN, conformément au rapport d'analyse des offres et à la proposition qu'il formulait (pièce 8 du dossier administratif).

Le procès-verbal de cette séance du 27 mars 2020 a été approuvé par le Conseil d'administration de SPAQuE en séance du 24 avril 2020 (pièce 8).

Cette décision d'attribution du 27 mars 2020 constitue l'acte attaqué.

7.- La décision du 27 mars 2020 a été notifiée aux requérantes et au troisième soumissionnaire non retenu, par courrier recommandé et par mail, en date du 9 avril 2020.

Par fax du conseil des requérantes du 24 avril 2020, la partie adverse a été informée de l'introduction du recours en suspension d'extrême urgence devant Votre Conseil, par les requérantes, à l'encontre de la décision d'attribution du 27 mars 2020.

»

IV. Quant au caractère sérieux des moyens

IV.1. Thèses des parties

1. Position des parties requérantes

Les parties requérantes soulèvent, dans leur requête, un troisième moyen, pris de la violation :

- « - de la Loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et les sociétés régionales d'investissement, en particulier ses articles 22 §2 et 25 ;
- du Décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets, articles 39 et suivants dont en particulier l'article 39undecies ;
- des statuts de la SPAQUE, articles 14, 15 et 16 ;
- de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier des articles 35, 61, 66 et 81 ;

- 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, notamment en son article 4 ;
- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ;
- de la Circulaire du 23 mars 2020 relative aux conséquences des mesures sanitaires liées au Covid-19 sur les marchés publics wallons Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons ;
- et de l'incompétence de l'auteur de l'acte ».

Elles constatent que la décision attaquée a été adoptée le 27 mars 2020 suivant une procédure écrite au moyen d'accords « donnés par mail » par les administrateurs entre le 24 et le 30 mars 2020 alors que l'article 15 des statuts de la partie adverse prévoit que la procédure écrite ne peut être utilisée que « dans les cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social ». Elles font valoir que ni la décision attaquée ni la note préparatoire ne contiennent la moindre justification d'une urgence et d'un intérêt social à adopter la décision par procédure écrite, alors que l'urgence de l'attribution de ce marché est démentie par les rétroactes et documents du marché puisque, relèvent-elles :

- la note préparatoire de la décision attaquée précise que la réhabilitation du site «Garocentre Magna Park » est un mandat qui a été conféré à la SPAQuE par arrêté du 20 avril 2017, soit trois ans auparavant ;
- la présente procédure de marché n'est pas la première à porter sur les travaux litigieux, une première procédure ayant déjà été entamée et puis annulée par la SPAQuE elle-même en 2019 ;
- le cahier spécial des charges impose aux soumissionnaires une durée de validité de leur offre particulièrement longue, de « 360 jours calendaires » prenant cours le 25 février 2020 pour se terminer le 25 février 2021.

Les parties requérantes en déduisent que le conseil d'administration de la partie adverse ne se trouvait pas, le 27 mars 2020, dans des conditions d'urgence et d'intérêt général justifiant le recours à la procédure écrite. Selon elles, la décision attaquée aurait pu être prise dans le cadre d'une réunion physique du conseil d'administration, après la levée des mesures de confinement liées à l'épidémie du COVID-19. Elles relèvent que, même si des motifs justifiaient l'adoption de la décision attaquée le 27 mars 2020, aucune motivation ne figure dans la décision attaquée. Elles ajoutent que l'adoption de cette décision le 27 mars 2020 est contraire aux recommandations contenues dans la circulaire du 23 mars 2020 relative aux conséquences des mesures sanitaires liées au COVID-19 sur les marchés publics wallons Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons (publiée au Moniteur belge le 26 mars 2020), laquelle invitait les pouvoirs adjudicateurs wallons à reporter d'un mois toute attribution de marché public.

Elles considèrent encore que la décision attaquée viole l'article 16 des statuts de la partie adverse qui dispose que « [p]our les points relatifs à l'attribution de marchés publics, un procès-verbal décisionnel sera établi en cours de séance et signé à l'issue de celle-ci par tous les administrateurs présents ». Elles affirment que le fondement de cette disposition est certainement à trouver dans la volonté d'éviter tout risque de modification d'une décision entre son adoption orale au conseil d'administration et sa transcription dans le procès-verbal, ainsi que tout risque de divulgation ou pression extérieure. Elles estiment que l'article 16 précité empêche le recours à la procédure écrite, puisqu'une séance doit nécessairement avoir lieu avec un procès-verbal signé à l'issue de celle-ci et qu'à supposer qu'une procédure écrite soit admise pour les décisions d'attribution de marchés publics, cette disposition commande que l'accord des administrateurs sur ces décisions soit donné le jour même, ce qui n'a pas été le cas. Elles soutiennent enfin qu'aucun débat n'a eu lieu puisque des accords sur le contenu de la décision ont été pris avant la date du 27 mars, en l'occurrence dès le 24 mars.

Dans leur note complémentaire, les parties requérantes admettent que l'épidémie du COVID-19 pouvait justifier que les réunions du conseil d'administration ne se tiennent plus physiquement. Elles observent cependant que la partie adverse ne démontre pas qu'il y avait urgence à adopter la décision attaquée et que la lecture du dossier administratif ne fait, lui-même, apparaître aucun motif d'urgence. Elles estiment, au contraire, que la partie adverse confirme être mandatée depuis près de trois ans pour procéder à la réhabilitation du site litigieux ainsi que le fait qu'une précédente procédure de marché public relatif aux travaux litigieux a déjà eu lieu en 2019. Elles soulignent leur intérêt au moyen en précisant que la procédure écrite a eu pour conséquence qu'aucun débat n'est intervenu entre les administrateurs sur l'objet de la décision attaquée, alors qu'un débat aurait pu avoir lieu lors d'un conseil d'administration en présentiel. Elles ajoutent que la partie adverse a bien méconnu l'article 16 de ses statuts, puisqu'il ressort du dossier administratif que la décision du conseil d'administration du 27 mars 2020 n'a été approuvée que le 24 avril 2020. Il en résulte, selon elles, un nouveau manquement en ce que la décision d'attribution a été notifiée avant même son approbation par le conseil d'administration, ce dont elles tirent une nouvelle branche du moyen.

Dans leurs dernières observations, les parties requérantes relèvent que la partie adverse se contredit lorsqu'elle affirme, dans sa note d'observations, que la raison d'être de l'article 16 des statuts est de pouvoir faire approuver en séance toute décision d'attribution d'un marché dès son adoption par le conseil d'administration, afin de ne pas devoir attendre la réunion suivante pour obtenir cette approbation et communiquer cette décision aux soumissionnaires, alors qu'elle soutient, dans sa note complémentaire, qu'il n'était pas nécessaire d'attendre l'approbation, le 24

avril 2020, du procès-verbal du conseil d'administration du 27 mars pour communiquer la décision attaquée aux soumissionnaires.

2. Position de la partie adverse

La partie adverse précise tout d'abord le contexte comme suit :

- à l'ordre du jour du conseil d'administration de la partie adverse du 27 mars 2020 figurait le point 2 suivant : « attribution du marché de services réhabilitation du site Garocentre – Magnapark à La Louvière » ;
- en raison du confinement imposé par la crise sanitaire qui venait de se déclarer, la présidente du conseil d'administration, en accord avec la direction, a considéré qu'il n'était pas raisonnable de tenir une réunion physique du conseil d'administration, telle qu'elle était prévue le vendredi 27 mars 2020 ;
- elle a cependant suggéré par mail aux administrateurs de recourir à la procédure écrite électronique en application de l'article 15 des statuts de la partie adverse, cette proposition ayant été formulée par un mail adressé aux administrateurs le mardi 24 mars 2020 à 11h19 ;
- en annexe à ce mail figuraient les notes préparatoires à chacun des points fixés à l'ordre du jour, dont celui relatif à l'attribution du présent marché, en l'espèce, le rapport d'analyse des offres ;
- y figuraient également des propositions de décisions du conseil d'administration portant sur chacun des points nécessitant un vote, le mail du 24 mars 2020 spécifiant, en outre, par référence à l'article 15 des statuts, que le renvoi du document complété et signé pour le mercredi 1er avril au plus tard, avec vote sur les points de décisions, vaudrait également accord sur la procédure écrite.

La partie adverse se réfère au préambule du procès-verbal du conseil d'administration du 27 mars 2020, tel qu'approuvé le 24 avril 2020, pour soutenir que l'acte attaqué est bien formellement motivé en ce qui concerne le recours à la procédure électronique et l'application de l'article 15 des statuts, dont les conditions ont, selon elle, bien été respectées, puisque ce préambule fait expressément référence à cette disposition, qu'il vise tout aussi expressément la crise sanitaire liée au COVID-19 pour justifier le caractère exceptionnel de la situation ainsi que la nécessité d'assurer la continuité de l'action de l'entreprise pour justifier l'urgence et l'intérêt social.

S'agissant de l'article 16 des statuts, la partie adverse soutient que cette disposition a pour objet de permettre la notification de la décision aux soumissionnaires sans devoir attendre la décision d'approbation formelle globale du procès-verbal, qui n'intervient qu'à l'occasion de la séance suivante du conseil

d'administration, que, lu en combinaison avec l'article 15 des statuts, il ne peut se comprendre de façon aussi radicale qu'il interdirait de recourir à la procédure du vote électronique pour les décisions relatives aux marchés publics, mais qu'il s'agit plutôt d'une disposition générale à laquelle le dernier alinéa de l'article 15 permet de déroger lorsque la procédure exceptionnelle qu'il autorise est d'application.

Dans sa note complémentaire, la partie adverse soutient que la nécessité d'assurer la continuité de l'action de l'entreprise justifie à la fois l'intérêt social et l'urgence. Elle fait valoir que c'est pour lui permettre de poursuivre ses missions et de continuer à accomplir ses actions malgré la crise sanitaire qu'il était nécessaire et urgent de tenir la réunion du conseil d'administration fixée le 27 mars 2020, de statuer sur les points inscrits à l'ordre du jour de cette séance – dont l'attribution du marché litigieux – et de pouvoir ensuite exécuter les décisions prises. Sur la nouvelle branche, elle répond que lors de la séance du 24 avril 2020, son conseil d'administration n'a pas « approuvé la décision du conseil d'administration du 27 mars 2020 », mais qu'il a approuvé le procès-verbal de la séance du 27 mars, ce qui est très différent. Elle expose que la décision proprement dite existait dès son adoption et que ce n'est pas l'approbation du procès-verbal qui lui donne une autre portée juridique. Elle ajoute que la séance du 27 mars 2020 s'étant tenue par procédure écrite, il y avait d'ores et déjà, par définition, une décision signée des administrateurs de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'attendre l'approbation du procès-verbal de la séance pour informer les soumissionnaires non retenus, ni même pour notifier la décision d'attribution. Elle précise que la situation est différente d'un conseil d'administration qui se réunit en présentiel où le vote se fait à main levée et où il n'y a aucune décision formelle signée tant que le procès-verbal n'a pas été approuvé. Elle fait encore valoir que, de toute façon, le conseil d'administration a approuvé sans réserve le procès-verbal de la séance du 27 mars 2020, ce qui, selon elle, permet de couvrir la notification prétendument prématurée de la décision d'attribution.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation des articles 22, §2, et 25 de la loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et les sociétés régionales d'investissement, des articles 39 et suivants, en particulier de l'article 39undecies, du décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets, de l'article 14 des statuts de la SPAQuE et des articles 35, 61, 66 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, à défaut d'indiquer en quoi l'acte attaqué violerait ces dispositions.

Le moyen est également irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de la circulaire relative aux conséquences des mesures sanitaires liées au COVID-19 sur les marchés publics wallons Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons, publiée au Moniteur belge du 26 mars 2020, dès lors que les parties requérantes ne prétendent ni n'établissent que cette circulaire énoncerait une règle de droit dont la violation peut être invoquée devant le Conseil d'État.

La décision attaquée a été adoptée au terme d'une procédure écrite électronique, en application de l'article 15, dernier alinéa, des statuts de la partie adverse. Cette disposition se lit comme suit :

« Article 15 – Réunions

Le Conseil d'administration se réunit chaque fois que l'intérêt de la société l'exige, sur convocation du Président.

[...]

Le Conseil d'administration ne peut délibérer que si la moitié des membres sont présents ou représentés.

[...]

Le Conseil d'administration décide à la majorité des voix des membres présents ou représentés.

En cas de parité des voix, la voix du Président est prépondérante.

Dans les cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social et sauf les décisions où la loi interdit le recours à cette opération, les décisions du Conseil d'administration peuvent être prises par consentement unanime des administrateurs, exprimé par courrier électronique. »

Il ressort de cette disposition que le recours à la procédure écrite électronique requiert une situation exceptionnelle et la nécessité de décider, sans attendre une réunion (physique), en raison de l'urgence et de l'intérêt social.

La partie adverse se fonde sur le courriel adressé le 24 mars 2020 aux administrateurs et sur le préambule du « procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 27 mars 2020 » pour affirmer qu'il y a, dans l'acte attaqué et le dossier, une justification admissible du recours à la procédure écrite électronique.

Le courriel adressé aux administrateurs le 24 mars 2020 par la présidente du conseil d'administration, au sujet de la séance prévue le 27 mars, précise ce qui suit :

« Au regard de la crise sanitaire que traverse aujourd'hui notre pays et des mesures adoptées par les gouvernements fédéral et wallon dans ce cadre, il n'apparaît pas raisonnable de tenir une réunion physique du Conseil d'administration de SPAQuE, telle qu'elle était prévue ce vendredi 27 mars 2020.

Néanmoins, afin d'assurer la continuité nécessaire dans l'action de l'entreprise, je vous propose de recourir, en application de l'article 15 des statuts de SPAQuE, à la procédure électronique.

Les points suivants doivent faire l'objet d'une décision :

1. [...]
2. Attribution du marché de services – réhabilitation Garocentre Magna Park à La Louvière (Doc. CA 27/03/20-02) (NB : malgré la situation actuelle, le marché peut être attribué sans délai, dès lors que l'ordre de commencer les travaux ne sera donné que lorsque les mesures de confinement seront levées) ;
3. [...]
4. [...]

Vous trouverez, en annexe, les documents qui s'y rapportent.

L'article 15 des statuts de SPAQuE impose, en cas de recours à une procédure écrite, que les décisions fassent l'objet d'un consentement unanime, c'est-à-dire de chacun des membres du Conseil.

Vous trouverez donc également, en pièce jointe, une proposition de décision relative à ces cinq points.

Si vous marquez votre accord sur cette procédure, je vous invite à bien vouloir compléter ce dernier document, à le scanner ou le photographier et à le renvoyer ensuite par mail à l'adresse [...] pour le mercredi 1^{er} avril au plus tard.

J'attire tout spécialement votre attention sur la nécessité de recevoir dans ce délai ce consentement écrit de la part de chaque administrateur, à défaut de quoi les décisions ne pourront être validées.

Par ailleurs, vous trouverez encore en annexe les documents relatifs aux points d'information suivants :
[...] ».

La proposition de décision jointe en annexe de ce courriel, relativement à l'attribution du marché litigieux, se présente comme suit :

« 2. Attribution du marché de services Réhabilitation du site « Garocentre – Magna Park » à La Louvière

Proposition de décision :

Au vu du dossier qui lui a été soumis, le Conseil d'administration décide d'attribuer le marché "Réhabilitation du site Garocentre – Magna Park" situé à La Louvière à la société AERTSSEN, qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse pour un montant, toutes tranches et options comprises, de 5.503.128€ HTVA, soit 6.658.785€ TVAC.

D'ACCORD(*)

PAS D'ACCORD(*)

[...]

*Biffer la mention inutile ».

Le « brouillon » du procès-verbal de la séance du 27 mars 2020, produit au dossier administratif, comporte les considérations suivantes :

« Au regard de la crise sanitaire que traverse la Belgique et des mesures adoptées par les Gouvernements fédéral et wallon dans ce cadre, le Conseil d'administration de SPAQuE a jugé qu'il n'apparaissait pas souhaitable de se réunir physiquement à la date prévue du 27 mars 2020.

Néanmoins, afin d'assurer la nécessaire continuité dans l'action de l'entreprise, il a décidé de recourir, en application de l'article 15 des statuts de SPAQuE, à la procédure électronique.

Le présent procès-verbal consigne les décisions prises par les administrateurs selon cette procédure et les informations communiquées par courriel au Conseil ».

Il convient tout d'abord de constater que les justifications données pour recourir à la procédure écrite électronique sont formulées de manière générale, au regard de la tenue de la séance du 27 mars, et non en particulier au regard de l'attribution du marché litigieux. Si les considérations émises permettent à l'évidence de cerner la situation exceptionnelle faisant obstacle à une réunion physique, à savoir la crise sanitaire liée à l'épidémie du COVID-19, la nécessité de prendre des décisions sur l'ensemble des points fixés à l'ordre du jour est justifiée par le seul motif qu'il faut « assurer la nécessaire continuité dans l'action de l'entreprise ».

La question qui se pose est de savoir si ce motif permet de justifier le recours à la procédure écrite électronique au regard de l'intérêt social et de l'urgence, visés à l'article 15, dernier alinéa, des statuts de la partie adverse. Si la nécessité de poursuivre ses activités – notamment en prenant des décisions liées à son objet social – semble inhérente à l'intérêt social de la partie adverse, aucun élément spécifique n'est apporté quant à l'urgence à statuer et, en particulier, à adopter la décision d'attribuer le marché litigieux, que ce soit dans le courriel du 24 mars 2020 adressé aux administrateurs, dans le « brouillon » du procès-verbal de la séance du 27 mars 2020 produit au dossier administratif, dans une quelconque autre pièce de ce dossier ou même dans les explications fournies par la partie adverse dans ses écrits de procédure.

La seule indication temporelle contenue dans le dossier, qui concerne le point de l'ordre du jour relatif au marché litigieux, tient dans la considération que « l'ordre de commencer les travaux ne sera donné que lorsque les mesures de confinement seront levées » (voir le mail précité du 24 mars 2020). Au moment de l'adoption de la décision litigieuse, rien ne laissait présager la date à laquelle lesdites mesures seraient levées. Or, si l'exécution du marché pouvait attendre un temps indéterminé, il est permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles la décision d'attribution devait être prise sans délai, dans l'urgence, suivant la procédure écrite électronique visée à l'article 15, dernier alinéa, des statuts de la partie adverse.

Les éléments mis en évidence par les parties requérantes, relatifs à la chronologie encadrant la procédure de marché et la durée de validité des offres, tendent également à confirmer l'absence d'urgence à prendre la décision litigieuse, alors que la partie adverse n'apporte, de son côté, aucun élément pour établir de manière suffisante et adéquate l'urgence à statuer.

Une telle démonstration était pourtant requise par l'article 15 des statuts de la partie adverse et le non-respect de cette disposition a pour conséquence que son conseil d'administration n'a *prima facie* pas valablement délibéré sur le point de l'ordre du jour de la séance du 27 mars 2020 ayant donné lieu à l'adoption de l'acte attaqué.

L'intérêt des parties requérantes à ce grief ne semble pas contestable. La procédure de décisions au sein d'un conseil d'administration est en principe collégiale et cet organe fonctionne comme une assemblée délibérante. La procédure écrite électronique réduisant le principe délibératif à sa plus simple expression, elle ne peut s'envisager que dans le respect strict des conditions auxquelles est subordonnée sa mise en œuvre. Vu l'ampleur du marché concerné et le faible écart de points, dans le classement final, entre les offres de la première société classée et des parties requérantes, l'intérêt de ces dernières à la tenue d'un débat « en présentiel » ou, à tout le moins, à un débat organisé dans le strict respect des conditions autorisant le cas échéant sa tenue par procédure écrite électronique paraît évident.

Dans cette mesure, le troisième moyen est sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VI. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que « leur offre, qui fera selon toute vraisemblance partie du dossier administratif, » soit déposée à titre confidentiel, de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises.

La partie adverse formule une demande identique en ce qui concerne les trois offres reçues dans le cadre du marché litigieux. Il s'agit des pièces 2, 3 et 4 du dossier administratif, communiquées par courriel le 11 mai 2020 et complétées par courriel le 20 mai 2020.

Aucune de ces demandes n'est contestée. Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision faisant l'objet du point 2 de l'ordre du jour de la séance du conseil d'administration de la Société Publique d'Aide à la Qualité de l'Environnement du 27 mars 2020, adoptée par procédure écrite électronique et attribuant le marché de services « réhabilitation du site Garocentre - Magna Park » situé à La Louvière à la société anonyme AERTSSEN.

Article 2.

Les pièces 2, 3 et 4 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Ainsi prononcé en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 8 juin 2020 par :

Florence Piret,
Katty Lauvau,

président f.f. de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty Lauvau

Florence Piret