

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 251.965 du 27 octobre 2021

A. 234.659/VI-22.161

En cause : **la société de droit néerlandais**
 LIGHTWELL B.V.,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Kris LEMMENS
 et Mathieu THOMAS, avocats,
 rue de la Régence 58/8
 1000 Bruxelles,

contre :

la société coopérative
 ORES ASSETS,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Marc UYTENDAELE, Anne FEYT
 et Nathan MOURAUX, avocats,
 rue de la Source, 68
 1060 Bruxelles

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 septembre 2021, la société de droit néerlandais Lightwell B.V. demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse le 31 août 2021 et notifiée à la partie requérante le 9 septembre 2021 d'écarter pour irrégularité l'offre de la partie requérante et d'attribuer à un ou plusieurs soumissionnaire(s) inconnu(s) le lot 1 de l'accord-cadre de fourniture de luminaires LED d'éclairage public et de projecteurs de mise en valeur LED d'éclairage public ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 octobre 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Mathieu Thomas, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Nathan Mouraux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

1. À une date indéterminée, le président du comité de direction F.G. et le directeur du département technique B.H. de la société exploitante SC ORES décident, en vertu de la délégation donnée par la partie adverse et des subdélégations effectuées par le président du comité de direction :

- « - d'approuver l'ensemble des conditions de l'accord-cadre en ce compris les critères de sélection, de régularité, d'exclusion et d'attribution, telles que reprises dans la fiche de stratégie ci-annexée ainsi que dans le cahier des charges version du 24/02/2021 ci-annexé;
- de lancer l'accord-cadre de fournitures de luminaires LED d'éclairage public et de projecteurs de mise en valeur LED d'éclairage public ».

Le montant total du marché est estimé à 25.005.099 euros.

2. Un avis de marché envoyé le 30 mars 2021 est publié le même jour au *Bulletin des adjudications* et le 2 avril 2021 au *Journal officiel de l'Union européenne*. Plusieurs rectificatifs sont publiés.

Le marché est divisé en cinq lots :

- Lot 1 : Luminaires routiers rectangulaires
- Lot 2 : Catalogue restreint
- Lot 3 : Luminaires pour grandes aires

- Lot 4 : Projecteur de mise en valeur (faible puissance)
- Lot 5 : Projecteur de mise en valeur (haute puissance)

Il est régi par le cahier spécial des charges WFLUMPROJLEDWA23, passé par procédure ouverte et prévu pour une durée de 2 ans, avec reconduction possible d'une année sur décision expresse de la partie adverse.

3. Sept soumissionnaires déposent une offre pour le lot 1 de l'accord-cadre, dont la requérante.

4. Par une première décision du 6 juillet 2021, le lot 1 de l'accord-cadre est attribué à la SA Signify et à la SA Schreder CE. Les offres des cinq autres soumissionnaires – dont celle de la requérante – sont écartées en raison de leur irrégularité substantielle.

La requérante introduit, contre cette décision, une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence ainsi qu'un recours en annulation. L'affaire est enrôlée sous le numéro de rôle A.234.167/VI-22.110.

5. Le 3 août 2021, la décision du 6 juillet 2021 est retirée, concernant le lot 1.

6. Le 31 août 2021, le président du comité de direction F.G. et le directeur du département technique B.H. de la société exploitante SC ORES décident, en vertu de la délégation donnée par la partie adverse et des subdélégations effectuées par le président du comité de direction :

« - de déclarer les offres du lot 1 des soumissionnaires suivants irrégulières pour les motifs exposés dans la fiche d'attribution :

- Lightwell BV
- Lug light factory Sp.Zo.o
- Novilum BV
- Vizulo Solutions SIA SARL
- Eclatec SAS

- d'attribuer – tel que précisé ci-avant [à la SA Signify et à la SA Schreder CE]
– le lot 1 de l'accord-cadre de fourniture LED d'éclairage public et de projecteurs de mise en valeur d'éclairage public selon la procédure ouverte ».

Il s'agit de l'acte attaqué, qui est communiqué à la requérante le 9 septembre 2021.

IV. Cinquième moyen

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un moyen, le cinquième de la requête, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de la violation de l'article 33 de la Constitution, des statuts de la partie adverse, notamment son article 13, du règlement relatif aux pouvoirs délégués et mandats adopté par le Conseil d'administration de la partie adverse le 18 juin 2020 et du règlement relatif aux pouvoirs délégués et mandats adoptés par le Conseil d'administration de la partie adverse le 23 juin 2021.

Dans les deuxième et troisième branches de son moyen, elle conteste la compétence de l'administrateur délégué de la SC ORES pour décider de lancer l'accord-cadre litigieux, d'en fixer les conditions et d'attribuer celui-ci. Se référant à l'article 13 des statuts de la partie adverse et au règlement relatif aux pouvoirs délégués et mandats adopté le 18 juin 2020 par le conseil d'administration de la partie adverse, elle fait valoir que toute opération qui dépasse une valeur capitalisée de 20.000.000 euros excède la notion de gestion journalière et que l'accord-cadre étant estimé à 25.005.099 euros (point 1.3 du cahier spécial des charges), il relevait de la compétence du conseil d'administration de la SC ORES et non d'un autre organe de cette société, en sorte que les décisions prises dans le cadre de ce marché par F.G., en qualité d'administrateur délégué ou de président du comité de direction de la SC ORES, et par B.H., en qualité de directeur du département technique de cette société, sont irrégulières.

2. Note d'observations

Se fondant sur la délégation spéciale relative à la matière des marchés publics octroyée le 22 janvier 2014 par son conseil d'administration, la partie adverse fait valoir que tous les « marchés publics inférieurs à 10.000.000 euros par secteur » relèvent de la gestion journalière, qu'« il y a 8 secteurs en ORES, ce qui porte le montant de délégation spécifique à 80.000.000 euros » et que l'administrateur délégué de la SC ORES était donc bien compétent pour décider de lancer l'accord-cadre litigieux, d'en fixer les conditions et d'attribuer celui-ci, dès lors que le montant de celui-ci « est très nettement inférieur à 10.000.000 euros par secteur, soit 80.000.000 euros », le fait que B.H., directeur du département technique, ait cosigné la décision motivée d'attribution n'ôtant rien au fait qu'elle a été prise par un auteur compétent.

3. Débats à l'audience

En termes de plaidoiries, la requérante renvoie à la note complémentaire qu'elle a adressée au Conseil d'État avant l'audience, dans laquelle elle explique, en substance, que le terme « secteur » qui figure dans la délégation de compétence du 22 janvier 2014 ne couvre pas les « secteurs géographiques » de la partie adverse, mais bien ses « secteurs d'activité ». Se référant aux articles 16 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et 17 du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, elle explique que la délégation précitée vise des marchés publics qui, comme c'est le cas du présent marché, sont passés dans le secteur d'activité « gestion des réseaux » (au sens des articles 1^{er}, 9°, et 7 des statuts de la partie adverse), pour lequel la partie adverse agit en sa qualité de gestionnaire de réseaux (GDR). Elle en déduit que le marché, qui s'inscrit dans le seul secteur d'activité « gestion de réseaux électricité » ne pouvait être lancé et attribué par l'administrateur délégué de la SC ORES qu'à la condition que son montant ne dépasse pas 10.000.000 euros, alors que le montant estimé de l'accord-cadre litigieux est de 25.005.099 euros (et de 16.645.500 euros pour le lot 1 seul) et qu'il est plus que probable qu'il ait été attribué pour un montant supérieur à 10.000.000 euros. Selon elle, à supposer même que le terme « secteur » s'entende comme « secteur géographique », la délégation du 22 janvier 2014 ne permet pas d'additionner les montants des huit secteurs géographiques couverts par le marché, celui-ci relevant du secteur géographique commun qui constitue un seul secteur, au sens de l'article 7 des statuts de la partie adverse. Elle renvoie à l'arrêt n° 245.246 du 29 juillet 2019, qui a jugé, dans une affaire qui avait également pour partie adverse la SCRL ORES Assets, que les marchés supérieurs à 10.000.000 euros sont de la compétence du conseil d'administration de la SC ORES. Elle conclut que l'administrateur délégué de cette société n'était pas compétent ni pour lancer le marché litigieux ni pour l'attribuer et que le grief pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, qui est d'ordre public, est sérieux.

La partie adverse renvoie, quant à elle, aux pièces qu'elle a adressées au Conseil d'État, à la suite de l'envoi de la note complémentaire de la requérante. Selon elle, ces pièces démontrent que le terme « secteur » dans la délégation du 22 janvier 2014 renvoie bien à ses huit « secteurs géographiques », la notion de « secteurs d'activité » n'ayant été introduite dans ses statuts qu'en juin 2020. Elle produit également un rapport de la CWaPE du 30 septembre 2021 « sur le coût de l'obligation de service public en matière d'éclairage communal » qui démontre, selon elle, que « l'éclairage public communal (qui est l'objet du marché litigieux) relève bien des 7 secteurs géographiques d'ORES et non du secteur commun dans la

mesure où les propriétaires de l'éclairage public sont les communes – et non ORES ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 16, § 1^{er}, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'article 17, § 1^{er}, du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz disposent 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 [...] à une filiale constituée conformément au paragraphe 2 ».

En vertu de l'article 13 de ses statuts, la SC ORES Assets, qui est gestionnaire de réseau, a délégué la gestion opérationnelle et journalière de ses activités à la société exploitante SC ORES, les modalités de cette gestion étant définies à l'annexe 6 de ses statuts.

Cette annexe contient les dispositions suivantes, concernant les missions de l'éclairage public qui sont confiées à la partie adverse :

« [...] »

5. Tous les travaux, fournitures et services pour les besoins d'ORES Assets ainsi que ceux relatifs à la construction et l'entretien de l'éclairage public, lorsque cette dernière mission est confiée à ORES Assets, sont exécutés par la société exploitante.

En cas de recours aux tiers, la société exploitante reste chargée de l'établissement des plans, cahiers de charges, devis, des demandes de prix, de l'établissement de tous les 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 d'ORES Assets.

Les marchés d'un montant global supérieur à une limite déterminée par le Conseil d'administration sont préalablement soumis à celui-ci pour accord.

6. Dans le cadre de la mission définie ci-dessus, la société exploitante exécute d'initiative :

a. les travaux nécessaires au fonctionnement et à l'entretien courant de toutes les installations de distribution, de l'éclairage public lorsque cette mission est confiée à ORES Assets, et de tout le matériel, les raccordements et extensions, le placement et l'enlèvement des compteurs et autres appareils [...] ».

Il ressort d'une décision du conseil d'administration de la partie adverse du 22 janvier 2014, dont un extrait certifié conforme 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.”

[...] ».

Plusieurs autres règlements relatifs aux pouvoirs délégués et mandats ont été successivement adoptés par le conseil d'administration de la partie adverse. Il apparaît cependant que ceux-ci ne visent pas spécialement la matière des marchés publics et n'ont pas *prima facie* pour objectif de revenir sur la délégation octroyée le 22 janvier 2014 par le conseil d'administration de la partie adverse aux organes de la société exploitante SC ORES.

Conformément au point I.4 du cahier spécial des charges, l'accord-cadre litigieux est conclu par la partie adverse, au nom et pour compte de laquelle agit la société exploitante SC ORES. Il a pour objet « la fourniture de luminaires LED d'éclairage public ainsi que la fourniture de projecteurs de mise en valeur LED d'éclairage public ». Le montant total du marché est estimé à 25.005.099 euros.

Il n'est pas contesté que le montant estimé de l'accord-cadre est supérieur à 10.000.000 euros. La partie adverse soutient, cependant, que, comme « il y a huit secteurs en ORES », le montant de la délégation spécifique s'élève à 80.000.000 euros.

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, l'argumentation développée par la partie adverse ne convainc pas.

Certes, au moment de l'octroi de la délégation du 22 janvier 2014, les « secteurs géographiques » étaient les seuls « secteurs » visés par les statuts de la partie adverse, ceux-ci distinguant, par ailleurs, au sein de chaque secteur, deux « activités », à savoir l'activité « gestion des réseaux » (électricité ou gaz) et l'activité « autres » (articles 1, 10° et 11°, et 7 des statuts de la partie adverse, dans leur version applicable à l'époque). Ceci étant, la modification des statuts de juin 2020 qui introduit la notion de « secteurs d'activité » à côté de celle de « secteurs géographiques » (articles 1, 8° et 9°, et 7 des statuts de la partie adverse, dans sa version actuelle) avait, suivant les termes de son auteur, « pour finalité de clarifier les notions de secteurs et d'activité », ce qui suppose qu'avant cette modification, il régnait déjà une certaine confusion entre ces deux notions.

Quoi qu'il en soit, même à considérer que la délégation octroyée le 22 janvier 2014 vise, par le terme « secteur », les secteurs géographiques de la partie adverse, l'examen des documents du marché ne permet pas d'identifier les secteurs qui seraient couverts par l'accord-cadre et, en particulier, si l'estimation du marché respecte le montant de 10.000.000 euros par secteur. Aucune information chiffrée relative à un éventuel découpage du marché par zone géographique ou à son importance financière par secteur n'est donnée.

Les délégations de pouvoirs doivent être précises et sont de stricte interprétation. Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, la délibération du 22 janvier 2014 n'autorise pas le cumul des secteurs et ne permet pas à l'administrateur délégué de la SC ORES de passer – tous secteurs confondus – des marchés de 80.000.000 euros. Pour relever de la gestion journalière au sens de la délibération du 22 janvier 2014, les marchés publics doivent être inférieurs à 10.000.000 euros par secteur. Il n'est pas établi qu'en l'espèce, cette limite ait été respectée, tandis que l'estimation totale de l'accord-cadre dépasse incontestablement ce montant.

Par ailleurs, la partie adverse ne prétend pas – ni *a fortiori* ne démontre – qu'il s'agirait 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 » (*cf.* délibération du 22 janvier 2014). Il n'apparaît pas d'évidence que l'accord-cadre litigieux, qui porte sur la fourniture de luminaires et de projecteurs de mise en valeur pour l'éclairage public est « destiné à répondre aux besoins de la vie quotidienne de la société ».

Prima facie, il apparaît donc que les décisions de lancer l'accord-cadre litigieux, d'en fixer les conditions et d'attribuer celui-ci sont irrégulières, la partie adverse restant en défaut de démontrer qu'elles pouvaient être adoptées, dans le cadre de la gestion journalière, conjointement par le président du comité de direction F.G. et le directeur du département technique B.H. de la société exploitante SC ORES.

Le cinquième moyen, qui a trait à la compétence de l'auteur de l'auteur de l'acte, 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

La requérante demande que les pièces qui sont qualifiées de confidentielles dans son inventaire le demeurent, l'offre et les autres éléments qui sont versés dans le dossier confidentiel étant protégés par le secret des affaires. Il s'agit des « pièces confidentielles » 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8 annexées à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour les pièces qu'elle dépose, à titre confidentiel, qui sont inventoriées séparément, en application de l'article 26 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. Elle explique que ces pièces contiennent des données confidentielles couvertes par le secret des affaires, telles que des plans, esquisses et éléments de décomposition des prix. Il s'agit des « pièces confidentielles » A, B, C et D du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, 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^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le lot 1 de l'accord-cadre de fourniture LED d'éclairage public et de projecteurs de mise en valeur LED d'éclairage public à la SA Signify et à la SA Schreder CE est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les « pièces confidentielles » 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8 annexées à la requête et les « pièces confidentielles » A, B, C et D du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 27 octobre 2021 par :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret