

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.299 du 7 janvier 2011

G./A.198.576/VI-18.934

En cause : **1. la société anonyme LES ENTREPRISES
GILLES MOURY,
2. la société anonyme ETABLISSEMENTS
JEAN WUST,**
ayant formé une société momentanée MOURY-WUST,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 23 décembre 2010 par la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY et la société anonyme ETABLISSEMENTS JEAN WUST, ayant formé une société momentanée MOURY-WUST, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution "de la décision du Collège communal de la Ville de Charleroi du 30 novembre 2010 [par laquelle celui-ci] a décidé d'approuver les conclusions du rapport relatif à la sélection des soumissionnaires et à la vérification de la régularité des offres ainsi que les conclusions du rapport d'activités relatif à l'évaluation des offres des deux soumissionnaires finalisé le 29 novembre 2010 et, partant, a pris la décision «d'attribuer le marché de promotion de travaux à la Compagnie d'Entreprises C.F.E., avenue Hermann Debroux 42 à 1160 BRUXELLES au montant de 124.057.144,00 € HTVA»";

Vu l'ordonnance du 27 décembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 6 janvier 2011 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Marie VASTMANS, avocat, comparaisant pour les parties requérantes et Mes Philippe COENRAETS et Yves SCHNEIDER, avocats, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants :

1. La ville de Charleroi a décidé de mettre en concurrence un marché portant sur la conception, la construction et le financement d'un hôtel de Police pour la zone de police de Charleroi et d'une salle de répétition pour le centre chorégraphique "Charleroi Danses", pour une période de vingt-cinq années à compter de la mise à disposition du site de la caserne Defeld et du centre chorégraphique "Charleroi Danses", ainsi que de "la maintenance et l'entretien du bâtiment mis à disposition pendant une période de 25 ans";

La procédure choisie est celle de l'appel d'offres-concours général.

2. Le marché est régi par un cahier spécial des charges portant la référence CONC-CONS-FIN-HDB/2009 relatif à la "réalisation d'un partenariat public-privé contractuel sous la forme d'un marché de promotion, avec prestation de services supplémentaires".

Une première version du cahier spécial des charges a été publiée le 13 octobre 2009.

Selon les requérantes, une seconde version dudit cahier spécial des charges a été publiée le 1^{er} juin 2010, laquelle abroge et remplace notamment le Tome 1 intitulé "Les clauses administratives".

3. La ville de Charleroi a fait publier un avis de marché au Bulletin des Adjudications le 9 octobre 2009, rédigé dans les termes suivants :

- " Avis de marché
Travaux
Section I. Pouvoir adjudicateur
I.1) Nom, adresse et point(s) de contact : VILLE DE CHARLEROI, Place Charles II, 6000 Charleroi, Belgique
Point(s) de contact : Maison communale annexe de Gilly - place Destrée 1 - 6060 Charleroi (Gilly), à l'attention de Alain VANDERPUTTEN
Tél. (32-71) 86 39 72, fax (32-71) 86 39 66
E-mail : alain.vanderputten@charleroi.be
Adresse(s)
internet :
Adresse générale du pouvoir adjudicateur : <http://Ville de Charleroi - place Charles II - 6000 Charleroi>
Adresse auprès de laquelle des informations complémentaires peuvent être obtenues : point(s) de contact susmentionné(s).
I.2) Type de pouvoir adjudicateur et activité(s) principale(s) :
Ministère ou toute autre autorité nationale ou fédérale, y compris leurs subdivisions régionales ou locales.
- Aménagement et Développement urbains
Le pouvoir adjudicateur agit pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs : non.
Section II. Objet du marché
II.1) Description.
II.1.2) Type de marché et lieu d'exécution des travaux, de livraison de fournitures ou de prestation de services :
Travaux. Conception et exécution.
Lieu principal d'exécution :
Site de la Caserne Defeld - boulevard Mayence 67 - 6000 Charleroi
Code NUTS : BE322
II.1.3) L'avis implique : Un marché public.
II.1.5) Description succincte du marché ou de l'achat (des achats) :
Le présent marché concerne :
- la conception, la construction et le financement d'un hôtel de Police pour la Zone de Police de Charleroi et d'une salle de répétition pour le Centre Chorégraphique Charleroi Danses pour une période de 40 années à compter de la mise à disposition du site de la Caserne Defeld et du Centre Chorégraphique Charleroi Danses.
Ces bâtiments sont à construire sur la parcelle dénommée Caserne Defeld à 6000 Charleroi.
- La maintenance et l'entretien du bâtiment mis à disposition pendant une période de 25 ans.
II.1.6) Classification CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics) :
Objet principal : 45000000 - Travaux de construction
II.1.7) Marché couvert par l'accord sur les marchés publics (AMP) : oui.
II.1.8) Division en lots : non.
II.1.9) Des variantes seront prises en considération : non.
II.2) Quantité ou étendue globale.
II.2.1) Quantité ou étendue global :
Il s'agit d'un marché qui porte sur la conception, la construction et le financement d'un hôtel de police pour la zone de police de Charleroi et d'une salle de répétition pour le centre chorégraphique Charleroi Danses ainsi que la maintenance et l'entretien de l'ouvrage.
Valeur estimée hors TVA : 50 000 000 EUR
II.2.2) Options : non.
Section III. Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique
III.1) Conditions relatives au contrat.
III.1.1) Cautionnement et garanties exigés :
Le cautionnement est fixé à 5 % du montant initial du marché.
Par montant initial du marché, il s'entend le coût hors T.V.A. de la construction, à l'exclusion des frais de financement, de conception et d'étude.

Le cautionnement peut être constitué conformément aux modalités prévues à l'article 5 par. 3 du cahier général des charges.

L'adjudicataire doit constituer le cautionnement dans un délai de 30 jours calendrier, qui prend cours le jour suivant la notification de la décision d'attribution.

L'adjudicataire en apportera la preuve au pouvoir adjudicateur dans le même délai en produisant les documents nécessaires.

La mainlevée du cautionnement s'effectuera comme suit :

1. Une tranche de 50 % du montant du cautionnement, après la réception provisoire de la Construction.

2. Une tranche de 50 % du cautionnement, soit le solde, après la réception définitive de la Construction.

En cas de retard dans l'exécution et/ou en cas d'inexécution totale ou partielle du marché, le pouvoir adjudicateur pourra appeler le cautionnement les sommes après sommation et mise en demeure sous pli recommandé de l'adjudicataire.

III.1.2) Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent :

Païement du prix de la conception et de la construction :

La conception et la construction du bâtiment sont financées dans un premier temps par l'adjudicataire.

Le prix sera payé à concurrence de 15.000.000,00 euros lors de la mise à disposition, constatée par le procès-verbal de réception provisoire, puis par tranches égales pendant une période de 40 ans.

L'adjudicataire introduit ses déclarations de créance dans les 15 jours qui suivent la date du procès-verbal de la réception provisoire ou sa date anniversaire.

L'ordre de les payer est donné dans les 60 jours qui suivent la date du procès-verbal de la réception provisoire ou sa date anniversaire, sauf dans les cas où l'adjudicataire n'a pas observé le délai de 15 jours. Dans ces cas, le délai de 60 jours est prolongé à due concurrence.

Païement des prestations de maintenance et d'entretien :

Les prestations de services et d'entretien sont payées à l'expiration de l'année civile au cours de laquelle elles ont été exécutées.

Dans les 15 jours calendrier qui suivent l'année concernée, l'adjudicataire transmet sa déclaration de créance au pouvoir adjudicateur, qui procède au paiement dans les 50 jours suivants.

III.1.4) L'exécution du marché est soumise à d'autres conditions particulières : non.

III.2) Conditions de participation.

III.2.1) Situation propre des opérateurs économiques, y compris exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession : Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :

Est exclu tout soumissionnaire qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion suivants :

1. être en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de concordat judiciaire ou se trouver dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

2. avoir déposé une déclaration de faillite, avoir initié une procédure de liquidation ou avoir demandé un concordat judiciaire ou se trouver dans toute procédure analogue existant dans les législations ou réglementations nationales;

3. ne pas être en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, conformément aux dispositions de l'article 17 bis de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996;

4. ne pas être en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi;

5. avoir participé à une organisation criminelle telle que définie à l'article 324 bis du code pénal;

6. avoir commis un acte de corruption au sens de l'article 246 du code pénal;

7. avoir commis une fraude au sens de l'article 1^{er} de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvée par la loi du 14 février 2002;

8. avoir procédé à un blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 3 de la loi du 11 janvier 1993;

Pour établir qu'il ne se trouve dans aucun de ces cas d'exclusion, le soumissionnaire produit :

- une attestation du tribunal de commerce ou un document équivalent (points 1° et 2°);
- une attestation de l'ONSS conforme à l'article 17 bis de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 ou un document équivalent (point 3°);
- une attestation de l'administration des contributions directes et de l'administration de la TVA certifiant qu'il est en ordre d'impôt et de TVA ou d'un document équivalent (point 4);
- une déclaration sur l'honneur (points 5 à 8) en référence au modèle repris à l'annexe 8.

III.2.2) Capacité économique et financière :

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :

Le soumissionnaire doit disposer d'une capacité financière et économique suffisante pour réaliser le marché sans faire courir le moindre risque financier au Pouvoir adjudicateur.

La capacité du soumissionnaire est évaluée en application des critères suivants :

1. le soumissionnaire et, en cas de société momentanée, à tout le moins l'un des associés, doit avoir produit au cours du dernier exercice comptable connu un chiffre d'affaires minimal total de 50.000.000,00 euros pour les pouvoirs publics et/ou institutions sociales.
2. le soumissionnaire et, en cas de société momentanée, à tout le moins l'un des associés doit avoir produit au cours des 5 derniers exercices comptables connus un chiffre d'affaires minimal de 100.000.000,00 euros afférent à la réalisation de travaux de nature privée et/ou de projets immobiliers pour les pouvoirs publics et/ou les institutions sociales.
3. l'institution financière impliquée dans la soumission et qui se chargera du financement de la réalisation de la construction doit disposer d'un Rating minimal correspondant à la notation la plus élevée attribué par une agence de notation indépendante de renommée internationale.
4. le soumissionnaire et, en cas de société momentanée, à tout le moins l'un des associés, doit disposer de fonds propres minimaux d'un montant de 10.000.000,00 euros.

Conformément à l'article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les soumissionnaires pourront faire appel à la capacité économique et financière d'autres entités, indépendamment de la nature juridique de leurs liens avec ces entités, moyennant toutefois la production d'un engagement écrit inconditionnel de celles-ci attestant qu'elles mettront leurs moyens à disposition du soumissionnaire pendant l'exécution du marché.

III.2.3) Capacité technique :

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :

Vu la diversité des disciplines requises dans le présent cahier des charges, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer que le soumissionnaire dispose, par domaine, des nécessaires expériences et compétences techniques pertinentes.

Ci-après sont définis par discipline concernée - à savoir, Conception, Construction, Gestion de projet, Financement et Mise à disposition - les critères requis en matière de compétence technique auxquels il conviendra de satisfaire.

Conformément à l'article 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les soumissionnaires peuvent se prévaloir de la capacité technique d'autres entités, indépendamment de la nature juridique de leurs liens avec ces entités, moyennant toutefois la production d'un engagement écrit inconditionnel de celles-ci attestant qu'elles mettront leurs moyens à disposition du soumissionnaire pendant l'exécution du marché.

L'expérience acquise au sein d'une société momentanée (ou dans toute autre forme de consortium) ne sera prise en considération que s'il est démontré que la partie alléguant cette expérience était réellement chargée de l'exécution proprement dite.

1° CONCEPTION

Le concepteur proposé doit:

être inscrit au tableau de l'Ordre des Architectes.

Les soumissionnaires qui sont des ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat qui est partie à l'accord relatif à l'Espace économique européen, doivent exercer légalement les activités d'architecte dans le pays où ils sont établis. En cas d'attribution du marché et conformément à l'article 8 de la Loi du 26 juin 1963 créant un Ordre des Architectes, ces soumissionnaires devront, préalablement au commencement de l'exécution du marché, procéder à une déclaration de prestation de service sur le territoire national auprès du conseil national de l'Ordre des architectes et se faire inscrire préalablement au registre des prestations de service; être couvert par une assurance de la responsabilité professionnelle, y compris la responsabilité décennale, conformément aux exigences de l'arrêté royal du 25 avril 2007, et ce pour une couverture conforme aux risques et à l'ampleur de la construction;

au cours des 5 dernières années qui précèdent la séance d'ouverture des offres, avoir été responsable de la conception et du suivi d'au moins 2 travaux de construction :

d'un objet et d'une destination analogues ou de complexité similaire au présent marché;

dont la réception provisoire a déjà eu lieu ou est en cours.

2° CONSTRUCTION

Le ou les entrepreneurs proposés, qui sont chargés de l'exécution des travaux doivent, qu'ils soient adjudicataires, associés ou sous-traitants :

être agréés dans la catégorie D, classe 8;

au cours des 5 années, qui précèdent la séance d'ouverture des offres, avoir été responsables de la construction d'au moins 2 travaux:

dont la réception provisoire a déjà eu lieu ou est en cours.

3° GESTION DE PROJET

Le soumissionnaire et, s'il s'agit d'une société momentanée, l'un de ses associés, ou un sous-traitant du soumissionnaire, devra, au cours de ces 5 dernières années, avoir été impliqué dans la gestion de projet d'au moins 3 projets qui répondent aux conditions suivantes :

porter à la fois, d'une part, sur des travaux de construction et, d'autre part, sur l'établissement obligatoire d'un projet et/ou sur la responsabilité relative à des obligations d'entretien;

avoir déjà fait l'objet d'une réception provisoire.

Le soumissionnaire précisera :

1. son rôle dans la Gestion de projet inhérente aux références déposées;

2. les mesures qui seront prises lors de l'exécution du présent marché afin d'améliorer la qualité de la gestion de projet.

Partie 2

La capacité technique du prestataire de services est justifiée par la liste des principaux services comparables exécutés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires.

Ces références feront l'objet d'attestations de bonne exécution délivrées par les bénéficiaires de ces services, décrivant les services prestés, datées et signés par les bénéficiaires des services.

III.2.4) Marchés réservés : non.

Section IV. Procédure

IV.1) Type de procédure.

IV.1.1) Type de procédure : Ouverte.

IV.2) Critères d'attribution.

IV.2.1) Critères d'attribution : Offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères énoncés ci-dessous :

1 - Montant global de l'offre - Pondération : 40 %

2 - Qualité de l'avant-projet - Pondération : 35 %

3 - Qualité de la proposition de SLA (Service Level Agreement) - Pondération : 10 %

4 - Délai de mise à disposition - Pondération : 10 %
 5 - Qualité de la gestion de projet - Pondération : 5 %
 IV.2.2) Une enchère électronique sera effectuée : non.
 IV.3) Renseignements d'ordre administratif.
 IV.3.1) Numéro de référence attribué au dossier par le pouvoir adjudicateur :
 CONC-CONS-FIN-HDP/2009
 IV.3.3) Conditions d'obtention du cahier des charges et des documents complémentaires ou du document descriptif :
 Date limite pour la réception des demandes de documents ou pour l'accès aux documents : Date : 05/02/2010; heure : 16:00
 Documents payants : oui, prix : 36,60 EUR
 Conditions et mode de paiement : A payer sur le compte 091-0003637-77 Ville de Charleroi - place Charles II 6000 CHARLEROI
 IV.3.4) Date limite de réception des offres ou des demandes de participation : 10/02/2010; heure : 14:00
 IV.3.6) Langue(s) pouvant être utilisée(s) dans l'offre ou la demande de participation : Français
 IV.3.7) Délai minimal pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre : Durée : 120 jours.
 Section VI. Renseignements complémentaires
 VI.1) Il s'agit d'un marché périodique : non.
 VI.2) Le marché s'inscrit dans un projet et/ou un programme financé par des fonds de la Communauté Européennes : oui.
 Le projet s'inscrit dans le cadre de la circulaire du 19 avril 2007 par laquelle le Gouvernement wallon annonce un appel à projet visant le financement alternatif de certains bâtiments.
 VI.3) Autres informations :
 @Ref:00712086/2009047911
 VI.5) Date d'envoi du présent avis : 8/10/2009(Publication gratuite en exécution de l'article 15 de l'AR du 12 janvier 2006)".

4. La ville de Charleroi a fait publier un premier avis rectificatif au Bulletin des Adjudications, en date du 28 décembre 2009, dans les termes suivants :

" AVIS RECTIFICATIF

Bulletin des Adjudications n° 196 du 9 octobre 2009, page 28843, avis 19297
 Publication originale au JO : du 10/10/2009.

Nom et adresse du pouvoir adjudicateur :

Ville de Charleroi, Place Charles II, 6000 Charleroi.

Website : Ville de Charleroi - place Charles II - 6000 Charleroi.

Personne de contact : Alain Vanderputten.

Tél. (32-71) 86 39 72. Fax (32-71) 86 39 66.

E-mail : alain.vanderputten@charleroi.be.

Description :

Description/objet du marché :

Le présent marché concerne :

- la conception, la construction et le financement d'un hôtel de Police pour la Zone de Police de Charleroi et d'une salle de répétition pour le Centre Chorégraphique Charleroi Danses pour une période de 25 années à compter de la mise à disposition du site de la Caserne Defeld et du Centre Chorégraphique Charleroi Danses.
 Ces bâtiments sont à construire sur la parcelle dénommée Caserne Defeld, à 6000 Charleroi.

- La maintenance et l'entretien du bâtiment mis à disposition pendant une période de 25 ans.

Texte à modifier :

III.2.2. Sélection qualitative

Point 3° :

L'institution financière impliquée dans la soumission et qui se chargera du financement de la réalisation, de la construction doit disposer d'un Rating minimal de A (ou toute cotation analogue) attribuée par une agence de notation indépendante de renommée internationale.

IV.3.3. La date limite pour la réception des demandes de documents et cahier spécial des charges est reportée au 02/04/2010, à 16 heures.

IV.3.4. La date limite de réception des offres est reportée au 30/04/2010, à 14 heures.

Cahier Spécial des Charges :

N° Conc-Cons-Fin-HDP/2009 : un addendum sera annexé audit cahier spécial des charges et expédié aux candidats soumissionnaires.

Date d'envoi du présent avis : 24/12/2009".

5. La ville de Charleroi a fait publier un deuxième avis rectificatif au Bulletin des Adjudications, en date du 28 avril 2010, reportant la date de séance publique d'ouverture des offres au 30 juin 2010, dans les termes suivants :

" AVIS RECTIFICATIF

Bulletin des Adjudications n° 196 du 09/10/09, page 28843, avis 19297

Publication originale au JO : du 10/10/2010

Nom et adresse du pouvoir adjudicateur :

VILLE DE CHARLEROI, Place Charles II, 6000 Charleroi. Website : Ville de Charleroi - place Charles II - 6000 Charleroi.

Personne de contact : Alain VANDERPUTTEN.

Tél. (32-71) 86 39 72. Fax (32-71) 86 39 66.

E-mail : alain.vanderputten@charleroi.be.

Description :

Description/objet du marché :

Le présent marché concerne :

- la conception, la construction et le financement d'un hôtel de Police pour la Zone de Police de Charleroi et d'une salle de répétition pour le Centre Chorégraphique Charleroi Danses pour une période de 25 années à compter de la mise à disposition du site de la Caserne Defeld et du Centre Chorégraphique Charleroi Danses.

Ces bâtiments sont à construire sur la parcelle dénommée Caserne Defeld à 6000 Charleroi.

- La maintenance et l'entretien du bâtiment mis à disposition pendant une période de 25 ans.

Texte à modifier :

La date limite pour la réception des demandes de documents et cahier spécial des charges est reportée au 02/06/2010 à 16 :00.

La date de séance publique d'ouverture des offres est reportée au 30/06/2010 à 14:00.

Date d'envoi du présent avis : 27/04/2010".

6. La ville de Charleroi a fait publier un troisième avis rectificatif, en date du 16 juin 2010, reportant la date de séance publique d'ouverture des offres au 1^{er} septembre 2010, dans les termes suivants :

" AVIS RECTIFICATIF

Bulletin des Adjudications n° 196 du 09/10/09, page 28843, avis 19297

Publication originale au JO : du 10/10/2009

Nom et adresse du pouvoir adjudicateur :

VILLE DE CHARLEROI, Place Charles II, 6000 Charleroi.

Website : Ville de Charleroi - place Charles II - 6000 Charleroi.

Personne de contact : Alain VANDERPUTTEN.

Tél. (32-71) 86 39 72. Fax (32-71) 86 39 66.

E-mail : alain.vanderputten@charleroi.be.

Description :

Description/objet du marché :

Le présent marché concerne :

- la conception, la construction et le financement d'un hôtel de Police pour la Zone de Police de Charleroi et d'une salle de répétition pour le Centre Chorégraphique Charleroi Danses pour une période de 25 années à compter de la mise à disposition du site de la Caserne Defeld et du Centre Chorégraphique Charleroi Danses.

Ces bâtiments sont à construire sur la parcelle dénommée Caserne Defeld à 6000 Charleroi.

- La maintenance et l'entretien du bâtiment mis à disposition pendant une période de 25 ans.

Texte à modifier :

La date limite pour la réception des demandes de documents et du cahier spécial des charges est reportée au 1^{er} septembre 2010 à 14 : 00.

La date de séance publique d'ouverture des offres est reportée au 1^{er} septembre 2010 à 14 : 00.

Le second addendum annulant le précédent et complétant le cahier spécial des charges, sera annexé au dit cahier spécial des charges et expédié aux candidats soumissionnaires.

Date d'envoi du présent avis : 15/06/2010".

La date ultime pour déposer les offres a finalement été fixée au 1^{er} septembre 2010.

7. Les requérantes ont interrogé le pouvoir adjudicateur, notamment le 15 janvier, 12 février, 11 mars, 30 avril, 29 juin et 13 août 2010.

Par un courrier du 27 août 2010, elles ont demandé à la ville de Charleroi de reporter la date de dépôt des offres.

8. Quatre offres ont été remises à la ville de Charleroi. Elles émanaient de la société momentanée WUST-MOURY, de la société anonyme DEXIA BANQUE, de la société anonyme C.F.E. et de l'association KOECKELBERG S.A.-LOUIS DE WAELE S.A.-FRANKI S.A..

9. Le 28 octobre 2010, la commission désignée par le collège communal de la ville de Charleroi a rendu son rapport relatif à la sélection des soumissionnaires et à la vérification de la régularité des offres.

Ce rapport conclut que les sociétés WUST-MOURY et Association KOECKELBERG S.A. - LOUIS DE WAELE S.A. – FRANKI S.A. ne répondent pas à l'ensemble des critères relatifs à la capacité technique mentionnés dans le cahier spécial des charges.

La commission a rédigé un rapport complémentaire le 15 novembre 2010 qui constate que les informations manquantes ont été fournies dans les délais requis par les soumissionnaires.

La commission confirme la sélection des sociétés DEXIA BANQUE et C.F.E..

10. Le 30 novembre 2010, le collège communal de la ville de Charleroi a décidé d'approuver les conclusions du rapport relatif à la sélection des soumissionnaires et à la vérification de la régularité des offres ainsi que les conclusions du rapport d'activités relatif à l'évaluation des offres des deux soumissionnaires finalisé le 29 novembre 2010 et, partant, d'attribuer le marché de promotion de travaux à la Compagnie d'Entreprises C.F.E pour le montant de 124.057.144,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.).

Il s'agit de l'acte attaqué.

Les requérantes affirment qu'elles en ont pris connaissance par la notification par courrier recommandé daté du 10 décembre 2010 et réceptionné par elles le 14 décembre 2010;

Considérant, quant à la capacité et à la qualité pour agir des requérantes, que celles-ci déclarent avoir constitué entre elles une société momentanée sous l'appellation MOURY-WUST;

Considérant qu'une société momentanée n'a pas en droit belge de personnalité juridique propre; qu'il est requis dans ce cas que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, tous les membres de l'association momentanée agissent conjointement et régulièrement en justice;

Considérant que c'est sans l'établir à suffisance que, dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que la société anonyme BEMAT devrait être considérée comme soumissionnaire et que le recours aurait dû être introduit non seulement par les deux sociétés MOURY et WUST mais encore par la société anonyme BEMAT; qu'il n'apparaît pas que celle-ci aurait remis une offre en son nom et que les pièces de la procédure ne contiennent aucune convention la faisant apparaître comme partie de la société momentanée MOURY-WUST;

Considérant que la société anonyme ETABLISSEMENTS JEAN WUST a joint aux pièces de la procédure la copie de ses statuts et celle de la décision prise le 22 décembre 2010 par un administrateur délégué et un administrateur décidant

d'introduire le présent recours; que ceux-ci déclarent agir en vertu des pouvoirs de représentation dans les actions en justice que leur confère l'article 18 des statuts; qu'il se vérifie que cette disposition prévoit que la société est représentée en justice, tant en demandant qu'en défendant, par deux administrateurs agissant conjointement et qui n'auront en aucun cas à justifier d'une décision préalable du conseil d'administration; qu'elle a justifié ainsi sa qualité pour agir;

Considérant que la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY a joint aux pièces de la procédure la copie de ses statuts ainsi que celle de la décision prise le 22 décembre 2010 par deux de ses administrateurs d'introduire le présent recours; que ceux-ci déclarent agir en vertu des pouvoirs de représentation dans les actions en justice qui leur sont conférés par les articles 17 et 18 des statuts;

Considérant que l'article 17 des statuts de la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY prévoit ce qui suit :

" Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour accomplir tous les actes d'administration ou de disposition qui intéressent la société. Il a dans sa compétence, tous les actes qui ne sont pas expressément réservés par la loi ou par les présents statuts à l'assemblée générale";

que l'article 17bis prévoit notamment que :

" Le conseil d'administration peut déléguer la gestion journalière des affaires de la société ainsi que la représentation de cette gestion à un ou plusieurs administrateurs délégués ou à un plusieurs délégués non administrateurs. Il peut décider que les délégués à la gestion journalière formeront un comité de direction. [...]";

que l'article 18 prévoit ce qui suit :

" A défaut d'une délégation donnée par une délibération du conseil d'administration, tous les actes engageant la société et les pouvoirs ou procurations relatifs à ces actes, sont valablement signés par deux administrateurs, lesquels n'ont pas à justifier à l'égard des tiers, le conservateur des hypothèques et l'agent de la Caisse des Dépôts et consignations étant compris dans ce terme, d'une décision préalable au conseil d'administration.

[...];

Considérant que la décision d'introduire une demande en suspension d'extrême urgence auprès du Conseil d'Etat n'est pas un acte de gestion journalière et ne relève donc pas de la délégation prévue par l'article 17bis des statuts de la première requérante; qu'elle devait en principe être prise par le conseil d'administration;

Considérant que c'est en vain que la première requérante se prévaut du pouvoir conféré conjointement par l'article 18 de ses statuts à deux administrateurs pour la représenter dans "les actes" ou dans "les procurations" engageant la société,

autres que ceux de la gestion journalière; qu'un tel pouvoir ne s'identifie pas avec celui d'agir en justice; qu'il ne s'agit que d'une délégation de signature qui n'implique nullement une délégation du pouvoir de décider de l'introduction d'un pareil recours; que cette disposition statutaire ne vise de manière limitative que la représentation de la société dans les actes et les procurations; qu'une requête en suspension devant le Conseil d'Etat n'engage pas la société vis-à-vis de tiers; que l'article 18 précité ne peut être considéré comme constituant la clause statutaire prévue par l'article 522, § 2, du Code des sociétés; que la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY n'établit dès lors pas que les deux administrateurs qui ont signé la décision d'introduire le présent recours avaient qualité pour agir; que, par voie de conséquence, la requête introduite au nom de la société momentanée MOURY-WUST n'est, *prima facie*, pas recevable;

Considérant, quant à l'intérêt à agir des requérantes, que celles-ci ont déposé une offre dans le cadre de la procédure d'appel d'offres-concours général lancée par la partie adverse ayant pour objet "la conception, la construction et le financement d'un hôtel de Police pour la Zone de Police de Charleroi et d'une salle de répétition pour le Centre Chorégraphique «Charleroi Danses» pour une période de 25 années à compter de la mise à disposition du site de la Caserne Defeld et du Centre Chorégraphique «Charleroi Danses» [ainsi que] la maintenance et l'entretien du bâtiment mis à disposition pendant une période de 25 ans", que l'acte attaqué a pour objet l'attribution dudit marché à un autre soumissionnaire, que, *prima facie*, elles justifient d'un intérêt à le contester en critiquant l'appréciation de la partie adverse aux termes de laquelle elle a écarté leur offre au stade de la sélection qualitative;

Considérant qu'à l'audience, le conseil des requérantes a déclaré que, agissant en extrême urgence, dans le doute sur le point de savoir si le marché considéré était régi par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, tel qu'il était en vigueur avant son abrogation par l'article 4 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 précitée, ou par les dispositions introduites dans cette loi par la loi du 23 décembre 2009 précitée, elles avaient décidé non seulement d'introduire la présente requête mais encore de saisir, le même jour, le Président du tribunal de première instance de Charleroi d'une demande de même objet fondée sur l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993; que le conseil des requérantes a précisé que, dans le cas où il serait décidé que le marché n'est pas régi par la loi du 24 décembre 1993 modifiée par la loi du 23 décembre 2009, elle demanderait à ce qu'il soit acté qu'elle se désiste de la présente demande;

Considérant que les requérantes ont délibérément choisi d'introduire la présente requête en se fondant sur l'application de la loi du 24 décembre 1993 modifiée par la loi du 23 décembre 2009; que la demande de désistement qu'elles formulent à l'audience, en la faisant dépendre du cas où il serait décidé que cette loi ainsi modifiée n'est pas applicable à l'espèce, requiert l'examen de la requête quant à son objet; que la demande de désistement ne peut dès lors être accueillie;

Considérant que l'avis de marché relatif au présent marché a été publié au Bulletin des Adjudications le 9 octobre 2009; qu'un premier avis rectificatif, publié le 28 décembre 2009, a apporté une précision relative à la sélection qualitative; que, pour le surplus, cet avis rectificatif n'a eu pour objet, comme celui du 28 avril 2010 et celui du 16 juin 2010, ainsi qu'il ressort des termes mêmes de la requête, que de reporter la date de la séance d'ouverture des offres, respectivement au 30 avril 2010, au 30 juin 2010 puis au 1^{er} septembre 2010 et d'adapter en conséquence la date limite prévue pour la réception des demandes de documents et du cahier spécial des charges;

Considérant qu'il apparaît, *prima facie*, que le marché considéré a été annoncé, pour l'essentiel, le 9 octobre 2009, soit avant le 25 février 2010;

Considérant que c'est le 25 février 2010 qu'est entrée en vigueur la loi du 23 décembre 2009, en application de l'article 7, alinéa 1^{er}, de cette loi et de l'article 76 de l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993;

Considérant que, en application de l'article 7, alinéa 2, de la loi du 23 décembre 2009, le marché considéré demeure soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis, soit, en l'espèce, à la date du 9 octobre 2009; que, dès lors, *prima facie*, les modifications apportées à la loi du 24 décembre 1993 par la loi du 23 décembre 2009 ne lui sont pas applicables;

Considérant que, ainsi que les requérantes le mentionnent dans leur requête, l'acte attaqué leur a été notifié par un courrier recommandé de la partie adverse daté du 10 décembre 2010, précisant expressément que :

" Les règles relatives à la motivation, l'information, le standstill et les voies de recours sont contenues dans le livre IIbis, articles 65/14 et 65/15, insérés sous le titre 2 «Marchés atteignant les seuils européens», chapitre 5 «Des procédures de recours» abrogeant l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993";

que cette notification reproduit, *in extenso*, les articles 65/14 et 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 et conclut que les voies de recours peuvent être exercées devant le Conseil d'Etat qui a "la compétence de suspendre ou d'annuler un acte. Toute requête doit être introduite auprès du Conseil d'Etat par lettre recommandée dans les 60 jours

après la notification de la décision contestée. Les formes de la requête en suspension sont décrites dans l'arrêté royal du 05 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat. Les formes de la requête en annulation sont décrites dans l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat. La requête, ainsi que toute correspondance, doivent être adressées au Conseil d'Etat, rue de la Science 33 à 1040 Bruxelles";

Considérant que par ces renseignements, inexacts quant à l'application du livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993 au présent recours, les requérantes ont sans doute été induites en erreur par la partie adverse; que cela ne leur permet pas, pour autant, de se réclamer utilement des dispositions introduites par la loi du 23 décembre 2009;

Considérant que, *prima facie*, c'est en commettant une erreur de droit que les requérantes entendent justifier le choix de la procédure en suspension d'extrême urgence par l'imminence de la notification de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de quinze jours prévu par l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et qu'elles se réclament des articles 65/15 et 65/24 de la même loi qui imposent de saisir le Conseil d'Etat par le biais d'une telle procédure;

Considérant que les requérantes ne disposaient, sur le fondement de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, tel qu'alors applicable, que de la faculté d'introduire un recours en référé devant le Conseil d'Etat en respectant les conditions de l'article 17, § 1^{er} et § 2, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 et, s'agissant d'agir en extrême urgence, l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat;

Considérant qu'aux termes de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que, convaincues, mais à tort, de pouvoir se réclamer de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, tel qu'introduit par la loi du 23 décembre 2009, les requérantes font valoir ce qui suit :

" V. MISE EN BALANCE DES INTERETS

22. L'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services prévoit que «l'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et

des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages».

L'instance de recours se voit donc conférer la compétence de prendre en compte la balance des intérêts pour suspendre l'exécution de la décision d'attribution.

Les travaux parlementaires précisent que «cet article, en son alinéa 3, confère à l'instance de recours la compétence de prendre en compte la balance des intérêts pour accorder les mesures provisoires ou la suspension de l'exécution. Cette possibilité est acceptée depuis longtemps par les juridictions civiles. La jurisprudence est par contre assez divisée sur le pouvoir d'appréciation laissé au Conseil d'Etat en la matière, ce dernier ayant déjà rappelé que son rôle consiste à contrôler la légalité de l'action administrative, ce qui exclut des considérations d'opportunité (CE, n° 158 316 du 4 mai 2006, SPRL ADVISERS). Le présent projet apporte donc une clarification à cet égard et constitue la contrepartie logique de l'abandon de l'exigence d'un préjudice grave et difficilement réparable. Par ailleurs, l'intérêt de l'autorité adjudicatrice ne peut, à l'évidence, toujours se confondre avec l'intérêt public ici visé. Il pourrait en effet théoriquement arriver que l'intérêt de l'autorité adjudicatrice s'écarte de l'intérêt public, notamment s'il s'agissait de poursuivre un marché anormalement onéreux alors qu'un soumissionnaire irrégulièrement évincé, ayant déposé une offre régulière plus intéressante, aurait pu effectuer la prestation, la livraison ou les travaux envisagés. Des motifs tels que le souci de ne pas perdre les crédits budgétaires par un ajournement de la procédure sont d'autres circonstances que l'on ne peut qualifier d'"intérêt public". Il convient également de souligner que l'"intérêt public" diffère des "raisons impérieuses d'intérêt général" visées à l'article 85» (Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., Session 2009-2010, n° 2276/001, p.32).

23. En l'espèce, pour les motifs développés dans le cadre des moyens, il convient de constater que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne sélectionnant pas l'offre des parties requérantes et en sélectionnant les offres de la SA CFE et de la SA DEXIA BANQUE.

L'acte attaqué est donc entaché d'une «double» irrégularité.

Force est de constater que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué n'aurait pour effet que de postposer de quelques semaines, tout au plus, l'exécution du marché litigieux. Or, la partie adverse elle-même a longuement tergiversé au cours de la mise en œuvre du marché en cause, se voyant contrainte de remplacer le Cahier spécial des charges initial par le document intitulé «Addendum n° 2», abrogeant et remplaçant notamment les «Clauses administratives» du premier Cahier spécial des charges. Ensuite, elle a reporté à trois reprises la date d'ouverture des offres pour la postposer au final de 7 mois.

Dans ces circonstances, la partie requérante n'aperçoit pas quelles seraient les éventuelles conséquences négatives de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué dans le chef de la partie adverse, sauf pour elle à devoir remédier aux irrégularités soulevées dans le cadre du présent recours. Par contre, les avantages que la partie requérante pourrait tirer de la suspension par votre Conseil de l'exécution de la décision d'attribuer le marché en cause à la SA CFE sont évidentes puisqu'elle récupérerait alors une chance très sérieuse de se voir attribuer le marché.";

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que, se méprenant quant à la législation applicable, les requérantes restent en défaut d'établir que l'exécution de la décision attaquée les expose à un risque de préjudice grave, difficilement réparable;

qu'ainsi, faute de satisfaire à l'une des exigences de l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, la requête ne peut être accueillie;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête est, prima facie, irrecevable et mal fondée;

Considérant cependant que, compte tenu des informations erronées communiquées aux requérantes par la partie adverse dans la notification du 10 décembre 2010, il y a lieu de mettre les dépens à sa charge,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de désistement est rejetée.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

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

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept janvier deux mille onze par :

M. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.