

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 217.306 du 18 janvier 2012

G./A.202.890/VI-19.373

En cause : **la société anonyme Philippe ROUSSEAUX,**

ayant élu domicile chez
Me Charles BULLMAN, avocat,
boulevard Mayence, n° 17,
6000 Charleroi,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
intercommunale IGRETEC,**

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une requête unique introduite le 16 décembre 2011, la société anonyme Philippe ROUSSEAUX demande l'annulation et tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision de la SCRL IGRETEC (ci-après IGRETEC), notifiée par lettre recommandée à la poste du 1^{er} décembre 2011, réceptionnée le 5 décembre, par laquelle IGRETEC :

- écarte la soumission de la S.A. Philippe ROUSSEAUX pour présomption d'incapacité ; et
- décide de ne pas attribuer le marché ; et finalement,
- décide de procéder par procédure négociée sans publicité conformément à l'article 17, § 2, 1^o de la loi du 24 décembre 1993 auprès des entreprises TRAVEXPLOIT et J. PIRLOT, ainsi qu'auprès de la S.A. MICHAUX sous réserve de la production, par celle-ci des documents relatifs au PSS."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 19 décembre 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 11 janvier 2012 à 14 heures.

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

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me François VISEUR, loco Me Charles BULLMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La requérante, qui est une société de travaux publics et routiers, précise que :

" La présente procédure ne peut être comprise qu'en perspective avec les diverses procédures actuellement en cours entre la partie adverse, la requérante et deux communes du sud de Charleroi : Montigny-le-Tilleul et Ham-sur-Heure-Nalinnes."

III. 2. Elle expose ces éléments comme suit :

" 3. Le marché sous rubrique s'inscrit dans la suite de divers marchés de construction de collecteurs (égouts) financés par la SPGE et pour lesquels IGRETEC est désigné pouvoir adjudicateur délégué.

La S.A. Ph. ROUSSEAUX s'est vue adjuger, entre autres, les marchés portant sur la construction de ces collecteurs au travers des communes d'Ham-sur-Heure (lot 1 et 2) et de Montigny-le-Tilleul.

4. La construction du collecteur à Montigny-le-Tilleul s'est déroulée parfaitement et le marché a été réceptionné définitivement courant 2008.

5. Les suites de la construction du collecteur à Ham-sur-Heure se sont avérées plus problématiques.

En effet, les marchés en question prévoyaient que la requérante doive construire le collecteur (par le creusement d'une tranchée en voirie) et remettre la route en pristin état, en refaisant la totalité de la couche de roulement (le «tarmac») pour des raisons esthétiques mais sans modifier la structure de ladite voirie en dehors de la tranchée creusée pour placer le collecteur.

Certains problèmes de faïençage ont été détectés sur les voiries traversées par le collecteur ainsi que des tassements. Les problèmes ont été détectés en dehors de la tranchée ainsi que, parfois, au droit de celle-ci.

La partie adverse, la commune d'Ham-sur-Heure et la requérante se rejettent la responsabilité. En substance, la partie adverse estime que la requérante est responsable en tant que gardienne du chantier et la requérante, qui constate que les dégâts n'apparaissent pas au droit des tranchées qu'elle a creusées, dénonce un problème de portance des voiries, qu'elle avait dénoncé in illo tempore au pouvoir adjudicateur sans réaction de sa part.

Suite au refus de la commune d'Ham-sur-Heure de procéder à l'état des lieux des voiries, et donc du refus du pouvoir adjudicateur d'accorder la réception provisoire du lot 2 du marché de Ham-sur-Heure, une requête en référé a été déposée devant le tribunal de première instance de Charleroi en décembre 2010 par la requérante pour qu'une expertise soit réalisée et, le cas échéant, la réception provisoire accordée (...).

Lorsque les travaux du lot 1 du même marché ont été terminés, les parties se sont entendues pour élargir la mission de l'expert aux voiries concernées par ce second marché, qui présentaient également des dégâts. Le montant des travaux concernés représente moins de 5 % du montant total des chantiers, mais IGRETEC refuse alors également d'accorder la réception provisoire.

Le P.V. de comparution volontaire est acté par le président du tribunal à l'audience du 24 mai 2011 (...).

L'expertise, confiée à l'expert Maréchal, est toujours en cours.

Depuis, des mesures d'office de réparation ont été ordonnées sur le lot 2, qui a été réceptionné provisoirement. La réception provisoire partielle du lot 1 est en passe d'être accordée également à la requérante.

6. Entre temps, des problèmes similaires sont apparus sur une des voiries traversées par le collecteur à Montigny-le-Tilleul, à savoir la rue de Leernes, à Landelies. A la demande de cette commune, une nouvelle comparution volontaire a été convenue entre parties pour désigner un expert.

Cette fois, c'est l'expert COOLS qui a été désigné (...).

L'expertise est également toujours en cours.

7. Dès lors que les travaux concernés sont totalement réceptionnés, IGRETEC a décidé de passer un nouveau marché public portant sur la réparation de la rue de Leernes à Landelies [sur le territoire de la commune de Montigny-le-Tilleul].

Il s'agit du marché litigieux."

III. 3. Pour ce qui concerne ce marché, objet du présent recours, l'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 29 juin 2011. Le mode de passation prévu est une adjudication. La décision attaquée a été prise le 1^{er} décembre 2011.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. La requête

Le premier moyen est pris de la "violation de l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, de la violation de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, plus particulièrement en son article 110, de la violation de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de fait, de l'excès, voire du détournement de pouvoir, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (art. 2 et 3) et de la violation du principe de bonne administration du respect de l'égalité entre les soumissionnaires."

La partie requérante soutient qu'aucune base légale à l'écartement de son offre n'existe. Selon elle, la partie adverse se contente de justifier son refus sur la base d'un article de doctrine.

Elle fait valoir que les trois parties sont dans l'expectative face aux dégâts qui apparaissent et qu'elles souhaitent toutes l'intervention d'un expert afin de déceler l'origine de ceux-ci.

A l'audience, elle fait état du rapport de l'expert COOLS qui relève des responsabilités à charge de la requérante mais aussi de l'adjudicateur.

Elle observe, par ailleurs, qu'une capacité différente de celle exigée dans le cadre des trois marchés invoqués par la partie adverse pour renverser la présomption de capacité dont elle jouit, est fixée. Or, il s'agit d'autres marchés de nature différente. Elle souligne que son agrération est largement supérieure aux compétences exigées pour le marché litigieux.

Enfin, elle fait valoir qu'elle est en train d'exécuter un marché de nature très similaire aux marchés litigieux, qui lui a été adjugé le 29 avril 2011, bien après que les litiges actuels aient commencé.

IV. 2. La décision du Conseil d'Etat

L'article 17, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fourniture et de services et aux concessions de travaux publics,

arrêté auquel se réfère le cahier spécial des charges du marché litigieux en son point 5, permet à l'adjudicateur, sans préjudice des dispositions relatives à l'agrément d'entrepreneurs de travaux, d'exclure de la participation au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, l'entrepreneur qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont le pouvoir adjudicateur pourra justifier.

En l'espèce, il existe, ainsi qu'en attestent les expertises connues, un risque de condamnation de la requérante. En se fondant sur les conclusions de l'expert, provisoires mais claires, attribuant une part de responsabilité à la requérante pour l'exécution d'un premier marché public et en excluant la requérante de l'attribution du seul marché public ayant pour objet la réparation des manquements dans l'exécution du premier marché, la partie adverse ne s'est pas fondée sur des faits inexacts et n'a pas pris une décision disproportionnée.

Pour le surplus, il faut noter que la requérante ne conteste pas que l'agrément dont elle dispose ne lui procure qu'une présomption réfragable de savoir-faire technique et d'aptitude économique ni que des "problèmes" sont apparus sur des chantiers où elle a été active. La circonstance que des expertises judiciaires sont en cours, et demandées par la requérante et la partie adverse, est de nature à renverser la présomption lorsque les conclusions provisoires de ces expertises tendent à établir un début de responsabilité dans l'exécution des marchés par la requérante. Les arguments relatifs aux classes requises pour le marché litigieux et ceux tirés de la comparaison avec les autres marchés publics auxquels la requérante participe ne sont pas pertinents. En effet, d'une part, l'agrément demandé aux entrepreneurs doit être relative au marché public objet de la procédure et non à des marchés antérieurs et, d'autre part, le contexte connu des parties et ressortant clairement de l'objet du marché déterminé dans le cahier spécial des charges permet à suffisance de comprendre les motifs de la non-sélection de la requérante. Enfin, dans une procédure "ouverte", le contrôle de la régularité de l'offre et celui du caractère "sélectionnable" du soumissionnaire se déroulent concomitamment. Il n'est dès lors pas incohérent de la part de la partie adverse d'avoir demandé à la requérante des explications sur ses prix.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

V. SECOND MOYEN

V. 1. La requête

Le deuxième moyen est pris de la "violation de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de

travaux, de fourniture et de services, de la violation de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 [précité], plus particulièrement en son article 110, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'excès, voire du détournement de pouvoir, de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (art. 2 et 3) et de la violation du principe de bonne administration du respect de l'égalité entre les soumissionnaires et de la violation du principe Audi alteram partem.

La requérante expose notamment ce qui suit :

" Cette procédure prévoit la possibilité pour un maître d'ouvrage insatisfait de déposer une plainte auprès de la Commission d'agrément. S'en suit une procédure au cours de laquelle l'entrepreneur a la possibilité d'organiser sérieusement sa défense et d'être entendu.

Or, en l'espèce, la société IGRETEC, malgré les trois chantiers litigieux, n'a jamais déposé de plainte contre la société anonyme Philippe ROUSSEAUX, alors même que le litige a démarré il y a plus d'un an."

V. 2. La décision du Conseil d'Etat

Dès lors que la partie requérante a pu régulièrement ne pas être sélectionnée, elle n'a aucun intérêt au moyen tel qu'elle le présente puisque ne peuvent être admis à la procédure négociée que les entreprises ayant satisfait à la sélection qualitative du "premier tour".

L'argumentation relative au non-respect du principe général Audi alteram partem ne porte pas directement sur la procédure de "second tour" mais se rattache au premier moyen. Le principe général Audi alteram partem, qui n'est pas d'ordre public, n'est pas applicable en matière de marchés publics. Même s'il fallait admettre que le principe général s'applique, force est de constater que l'audition de la requérante n'aurait eu aucune utilité pour l'autorité adjudicatrice dans la mesure où l'acte attaqué se fonde sur des rapports d'expertises connus de la requérante.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit janvier deux mille douze par :

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.