

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.368 du 15 juillet 2013

G./A.209.282/VI-19.998

En cause : **la société anonyme RECYCLAGE MOSAN,**
en abrégé RECYMO,

ayant élu domicile chez
Me Gaël TILMAN, avocat,
Quai de Rome, n° 1/12,
4000 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée de droit public
intercommunale de traitement des déchets liégeois,**
en abrégé INTRADEL,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
Rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

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

Vu la requête introduite le 27 juin 2013 par la société anonyme RECYCLAGE MOSAN, en abrégé RECYMO, tendant à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 13 juin 2013 par le conseil d'administration de la société coopérative à responsabilité limitée de droit public INTRADEL de ne pas la sélectionner pour participer au marché public de traitement des déchets inertes collectés dans les recyparcs Intradel" ainsi que de la décision d'attribution dudit marché;

Vu l'ordonnance du 28 juin 2013, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 12 juillet 2013 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M^{me} Diane DEOM, Conseiller d'Etat, Président
f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Gaël TILMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M. Christian AMELYNCK, Premier auditeur 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 cause se présentent comme suit :

1. En sa qualité de pouvoir adjudicateur, la S.C.R.L. INTRADEL, partie adverse, a décidé, le 28 février 2013, de lancer un marché public de services ayant pour objet le traitement des déchets inertes collectés dans les recyparcs dont elle a la charge. Un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications du 6 mars 2013. Ce marché est passé en adjudication publique et soumis à la publicité européenne. Il est scindé en sept lots équivalents d'une quantité annuelle présumée de 15.000 tonnes. La durée d'exécution est d'un an, renouvelable pour une durée maximale de quatre ans. Le marché en cause est notamment régi par un cahier spécial des charges portant le numéro 13/01/INT.

2. Le 12 mars 2013, la requérante, ainsi que deux de ses administrateurs et deux autres sociétés commerciales, sont condamnés par le tribunal correctionnel de Huy pour diverses infractions environnementales. Appel est interjeté le 20 mars 2013 par les trois sociétés. A l'audience, le conseil de la requérante précise que les deux personnes physiques ont également fait appel.

3. Lors de la séance d'ouverture des offres du 29 avril 2013, il est constaté que quatre entreprises, dont la requérante, ont remis offre pour un ou plusieurs lots. L'offre de la requérante porte sur un lot et précise notamment le procédé technique de traitement et les filières de valorisation et d'élimination qu'elle entend mettre en œuvre.

4. Reprenant les termes du rapport d'analyse des offres du 29 mai 2013, la partie adverse décide le 13 juin 2013 d'écarter l'offre de la requérante et d'attribuer respectivement quatre lots, deux lots et un lot aux trois autres soumissionnaires.

Cette décision précise notamment ce qui suit :

"Toutes les offres ont été considérées recevables et conformes à l'exception de l'offre de la société S.A. RECYMO. Cette société est exclue de la participation au présent marché en raison de l'existence d'une faute grave en matière professionnelle, dûment constatée conformément à l'article 69 §2 4° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics.

En synthèse, la SA RECYMO et ses gestionnaires ont été poursuivis et condamnés pour les infractions de type environnementales suivantes, à plusieurs reprises entre le 18/11/2003 et le 02/02/2012:

A. avoir géré des déchets en mettant en danger la santé humaine et en nuisant à l'environnement, article 6 bis du Décret de la RW du 27.06.1996 ;

B. avoir enfoui des ordures ménagères, des résidus d'incinération, des éléments contenant des métaux lourds, des débris pierreux, des déchets d'asbeste-ciment et des déchets végétaux et avoir procédé à des incinérations en plein air, en violation de l'article 7 du décret de la RW du 27.06.1996 ;

C. ne pas avoir respecté le permis d'environnement, article 11 du décret du 27.06.1996 relatif aux déchets et l'article 10 du décret du 11.03.1999 relatif au permis d'environnement.

Le jugement prononcé le 12 mars 2013 par le Tribunal correctionnel de Huy mentionne que la prévention C n'est pas contestée, que les préventions A, B et C sont établies et que la suspension du prononcé de la condamnation est sollicitée par les prévenus. Il condamne ceux-ci du chef des trois préventions à des peines d'emprisonnement, des amendes, des confiscations et à l'assainissement complet des sites. Même si le jugement fait l'objet d'un appel, les faits relatifs à la prévention C n'ayant pas été contestés, suffisent à justifier l'exclusion de la SA RECYMO du présent marché. Les autres faits, ne sont pas formellement reconnus mais le dossier répressif contient de nombreux éléments précis et concordants : témoignages, expertises, photos démontrant les fautes graves professionnelles.

Attribution des lots

En fonction de la localisation des sites de versage renseignés dans les différentes offres retenues, du nombre de lots soumissionnés et des éventuels rabais consentis, le pouvoir adjudicateur a déterminé la répartition des tonnages présumés, collectés dans chaque recyparcs, afin de minimiser le coût global de transport et de traitement.

Cette répartition donne les résultats suivants :
[...]"

Il s'agit de l'acte attaqué, d'une part en ce qu'il écarte l'offre de la requérante et d'autre part en tant qu'il attribue le marché.

5. La requérante a été informée par un courrier du 14 juin 2013 qu'elle avait été exclue de la participation au marché en cause "en raison de l'existence d'une faute grave en matière professionnelle, dûment constatée conformément à l'article 69, § 2, 4° 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]";

Considérant que la requérante sollicite la confidentialité de certaines pièces de son dossier, soit son offre, le jugement du 12 mars 2013, les conclusions qu'elle a déposées devant le tribunal correctionnel et l'acte d'appel; qu'à l'audience,

le conseil de la requérante ne maintient pas cette demande en ce qui concerne le jugement et l'acte d'appel;

Considérant qu'à ce stade de la procédure, la demande de confidentialité peut être reçue en ce qui concerne l'offre et les conclusions déposées devant le tribunal correctionnel, soit les pièces 4 et 10 du dossier de la requérante;

Considérant que la société requérante prend un premier moyen de la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en son article 15, 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, notamment en son article 69, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3 et de l'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle reproche à la partie adverse de l'avoir exclue du marché au motif de l'existence d'une faute grave en matière professionnelle, dûment constatée conformément à l'article 69, § 2, 4° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, en méconnaissance des dispositions invoquées au moyen; qu'elle constate que le pouvoir adjudicateur se base sur un jugement prononcé le 12 mars 2013 par le tribunal correctionnel de Huy pour établir une faute grave en matière professionnelle, dûment constatée, sans invoquer toutefois le premier paragraphe de l'article 69 précité, et ce à juste titre; qu'elle ajoute que ce jugement est frappé d'appel, notamment par elle-même, et que malgré cela, la partie adverse en tire trois éléments pour ne pas la sélectionner en raison, selon les termes de l'arrêté royal, de la commission d'une "faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier"; qu'elle développe ensuite le moyen en différents griefs :

- qu'elle reproche tout d'abord à la partie adverse de relever qu'elle n'aurait pas contesté la prévention C mise à sa charge; que, selon elle, cette assertion figurant dans le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Huy est erronée, comme en témoigne la lecture des conclusions qu'elle a déposées devant ce tribunal; qu'elle conteste reconnaître ou avoir reconnu une quelconque culpabilité quant à un éventuel non-respect du permis d'environnement;

- qu'elle critique également l'affirmation selon laquelle les préventions A, B et C sont établies et la suspension du prononcé de la condamnation est sollicitée par les prévenus; qu'elle fait valoir la présomption d'innocence et l'appel qu'elle a interjeté contre le jugement; qu'elle précise que seules les personnes physiques poursuivies ont sollicité la suspension du prononcé et souligne que pareille demande n'implique aucune reconnaissance de culpabilité;

- qu'elle constate encore que la partie adverse se réfère aux éléments du dossier répressif en des termes imprécis qui ne peuvent correspondre à l'exigence du législateur d'une faute "dument constatée" et ne permettent pas de lui imputer les faits reprochés; qu'elle estime que rien, dans la décision de la partie adverse, ne permet d'établir quelles seraient les constatations qui établiraient une faute professionnelle grave dans son chef; que, selon elle, soit la partie adverse se réfère au jugement pour rapporter la constatation de la faute, ce qui constitue une erreur manifeste d'appréciation puisque ce jugement est frappé d'appel, soit elle se réfère aux éléments du dossier répressif, mais sans identifier avec précision les éléments démontrant l'existence de fautes graves professionnelles;

- qu'enfin, elle s'étonne de la connaissance du dossier répressif par la partie adverse, qui n'était pas à la cause devant le tribunal correctionnel, et considère comme surprenant, sinon contraire aux règles de la procédure pénale, qu'elle ait pu accéder à ce dossier dans son ensemble ou dans certains de ses éléments;

- qu'elle conclut que les conditions d'application de l'article 69, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'étaient pas réunies; qu'elle soutient encore que la partie adverse a fait une application dévoyée de cette disposition dont la ratio legis consiste selon elle à permettre à un pouvoir adjudicateur d'écarter un soumissionnaire qui aurait failli gravement lors de l'exécution de marchés ou de contrats antérieurs, ce qui n'est pas son cas; qu'elle ajoute que si elle devait encourir une condamnation, elle se verrait retirer tous ses agréments et autorisations et la partie adverse pourrait mettre un terme au contrat qui les lierait, de sorte que l'éventualité d'une telle condamnation ne peut pas justifier son éviction du marché au stade de la sélection qualitative;

Considérant que l'article 69, § 2, 3° et 4°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit :

"§ 2. Peut être exclu de la participation au marché à quelque stade que ce soit de la procédure le prestataire de services :

[...]

3° qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant force de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;

4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier;

[...]"

Considérant que le pouvoir adjudicateur dispose ainsi de la faculté d'écarter les offres émanant d'une part, d'un soumissionnaire qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant force de chose jugée, et d'autre part, d'un soumissionnaire dont il peut établir de manière plausible et sérieuse qu'il a commis une faute professionnelle grave;

Considérant que l'acte attaqué indique que la société requérante et ses gestionnaires ont été poursuivis et condamnés pour des infractions de type environnemental; qu'il reprend des constatations énoncées dans le jugement prononcé le 12 mars 2013 par le tribunal correctionnel de Huy; qu'il prend en considération l'appel interjeté contre ce jugement par la requérante mais précise que les faits relatifs à la prévention C, que le jugement déclare n'avoir pas été contestés, suffisent à justifier l'exclusion de la requérante du marché; qu'il fait ensuite état, en termes généraux, du contenu du dossier répressif;

Considérant que les motifs de l'acte attaqué ne sont pas entachés d'inexactitude; que le jugement précité énonce bien que les préventions sont établies et qu'à l'audience, "les prévenus NOËL ne contestent pas la prévention C", soit le non respect du permis d'environnement, et qu'ils ont sollicité la suspension du prononcé; que, même à supposer que cette dernière affirmation n'emporte aucune reconnaissance de culpabilité, cette circonstance est indifférente dès lors que l'article 69, § 2, 4° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'exige pas que la faute professionnelle reprochée au soumissionnaire soit reconnue par ce dernier; qu'en outre, les conclusions déposées par la requérante étaient et restent inconnues de la partie adverse, de sorte qu'il ne peut lui être reproché de ne pas en tenir compte;

Considérant que les motifs de l'acte attaqué ne sont pas entachés d'imprécision; que la partie adverse s'est référée aux constats opérés par le tribunal correctionnel de Huy et à l'ensemble des préventions, contestées ou non, que ce jugement décrit de manière circonstanciée et déclare établies; qu'elle a tenu compte des éléments mentionnés dans le jugement quant aux préventions, quant au contenu du dossier répressif et quant au mode de défense des inculpés; que tant le jugement précité du 12 mars 2013 que le dossier répressif et les faits sur lesquels il porte sont par définition bien connus de la requérante; que la partie adverse a pu se procurer régulièrement une copie de ce jugement et que rien n'indique, par ailleurs, qu'elle aurait eu accès à l'ensemble du dossier répressif;

Considérant que le pouvoir adjudicateur peut établir par tout moyen licite l'existence de fautes professionnelles graves au sens de la disposition précitée; que, contrairement au 3° du même article, le 4° ne requiert pas qu'il s'agisse d'une faute établie définitivement par une décision juridictionnelle coulée en force de chose jugée; que le jugement précité du 12 mars 2013 déclare établies des préventions en relation directe avec l'activité professionnelle des prévenus, l'activité de la requérante et la nature du marché litigieux, et détaille les motifs et les éléments du dossier répressif ayant amené le tribunal à une telle conclusion; que, fût-il frappé d'appel, ce jugement n'en constitue pas moins l'appréciation d'une autorité judiciaire indépendante, qui s'est prononcée au terme d'une instruction contradictoire; qu'il

s'agit là d'un élément auquel il est permis de se référer, sans préjuger de l'arrêt à intervenir en degré d'appel; que la partie adverse n'a pas violé la présomption d'innocence puisqu'elle ne s'est pas prononcée sur la qualification pénale des faits ni sur leur imputabilité pénale à la requérante, mais bien sur l'existence de faits compromettant sa crédibilité professionnelle et justifiant que son offre soit écartée; qu'en se référant ainsi à des fautes professionnelles qui ont motivé une condamnation correctionnelle en premier ressort, la partie adverse n'a pas méconnu les dispositions et principes invoqués au moyen et n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation; que dans le cadre de la présente procédure, la requérante n'avance aucun élément concret de nature à démentir que des déchets ont été incinérés ou enfouis de manière illicite sur le site qu'elle gère; que, *prima facie*, l'existence de fautes professionnelles graves peut ainsi être considérée comme établie à suffisance de droit;

Considérant que la cause d'exclusion prévue par l'article 69, § 2, 4°, peut être mise en œuvre afin d'assurer la bonne exécution du marché en cause, et que son application ne se limite pas aux circonstances dans lesquelles un soumissionnaire a commis des manquements contractuels dans l'exécution d'un marché public précédemment attribué par le pouvoir adjudicateur concerné ni même plus largement dans l'exécution de marchés; que l'éventualité du retrait d'autorisations et agréments qui permettrait au pouvoir adjudicateur de résilier le marché le cas échéant ne permet pas d'écarter l'application de cette disposition, qui vise justement à prévenir l'attribution de marchés à des soumissionnaires dont le comportement professionnel peut faire craindre qu'une résiliation ne soit nécessaire ultérieurement;

Considérant qu'il résulte de ces éléments que le premier moyen n'apparaît pas sérieux;

Considérant que la requérante prend un second moyen de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation; qu'elle soutient que, son premier moyen étant fondé, son offre aurait dû être prise en considération et comparée aux autres;

Considérant qu'il résulte de l'examen du premier moyen que l'offre de la requérante pouvait être écartée; que le second moyen n'est pas sérieux,

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

Article 1^{er}.

Les pièces 4 et 10 du dossier de la requérante sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la contradiction des parties.

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 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le quinze juillet deux mille treize par :

M ^{me} DEOM,	conseiller d'Etat, président f.f.,
M. DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. DURIEUX.

D. DEOM.