

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.234 du 24 octobre 2013

G./A.210.394/VI-20.068

En cause : **1. la société anonyme GILLION CONSTRUCT,**
2. la société privée à responsabilité limitée
SYNTAXE-BUREAU D'ARCHITECTES,

ayant élu domicile chez
Me Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
Fonds du logement de la Région de Bruxelles-Capitale,

ayant élu domicile chez
Me Joël van YPERSELE, avocat,
rue du Prince Royal, n° 85,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 8 octobre 2013, la société anonyme GILLION CONSTRUCT et la société privée à responsabilité limitée SYNTAXE-BUREAU D'ARCHITECTE sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la "décision du 24 septembre 2013 de la partie adverse de les exclure de l'accès au marché public P0028 – DELTA de services et travaux portant sur la construction d'un ensemble de logements situé à 1190 Bruxelles, rue du Delta, 78-90", et de la "décision concomitante d'attribuer ce marché au soumissionnaire ATELIER 55 – KUMPEN".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 octobre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 21 octobre 2013 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Dominique LAGASSE, Geoffrey NINANE et Martin BRUYNS, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Mes Véronique BRUSSELMANS et Joël van YPERSELE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit :

" 1. Le 22 novembre 2012, le Conseil d'Administration de la partie adverse décide d'initier, par appel d'offres, un marché public de services et de travaux pour la conception et la réalisation d'un complexe immobilier comprenant si possible au moins 53 logements, affectés pour les 2/3 au secteur de l'aide locative, et 1/3 aux opérations de construction rénovation-vente, sur un terrain situé à 1190 Forest, Rue du Delta 78-90.

2. Le 6 décembre 2012, est publié au bulletin des adjudications, un avis de marché relatif au marché précité, ainsi que le 11 décembre 2012 au journal officiel de l'Union européenne [...].

Le marché portant à la fois sur la réalisation de travaux, et sur la prestation de services, il a été prévu, conformément à l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, que :

- La première phase du marché considéré a trait à l'obtention des autorisations administratives nécessaires en vue de la réalisation des ouvrages commandés;
- La deuxième phase du marché a trait à la réalisation de l'ouvrage, pour autant que les autorisations nécessaires aient été obtenues;
- Et dans ce cadre, sous peine de nullité de leur offre, les soumissionnaires doivent obligatoirement être constitués de deux parties, d'une part, le prestataire de services chargé de la conception de l'ouvrage à réaliser, et d'autre part, l'entrepreneur de travaux qui est chargé, principalement, de l'exécution des travaux.

La valeur estimée du marché pour la réalisation complète de l'ouvrage, honoraires et travaux compris, s'élève à 8.900.000 €.

2. Le 27 février 2013, un avis rectificatif de l'avis de marché initial, est publié au bulletin des adjudications [...].

Le même avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne le 2 mars 2013.

3. Le 29 avril 2013, est adopté, le Procès-verbal d'ouverture des offres [...].

Neuf offres ont été introduites auprès de la partie adverse, dont celle des requérantes

4. Le 26 juin 2013, la partie adverse a interrogé l'ensemble des soumissionnaires quant à leur accord de maintenir les termes et conditions de leur offre jusqu'au 30 septembre, permettant de prolonger la validité des offres dont le délai expirait le 27 août 2013 [...].

Tous les soumissionnaires, à l'instar des requérantes ont confirmé le maintien de leur offre initiale.

5. Le 24 septembre 2013, la partie adverse notifie aux requérantes la décision de les exclure du marché, [prise le 19 septembre 2013 par son conseil d'administration] [...].

Il s'agit de la première décision attaquée, motivée comme suit :

«Par ailleurs conformément à l'article 17, § 2 du 8 janvier 1996, peut être exclu du marché le soumissionnaire qui en matière professionnelle a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier.

Le 8 décembre 2005, le pouvoir adjudicateur a attribué un marché de travaux pour la construction d'un immeuble de logements sis à Forest, rue Marconi, à GILLION CONSTRUCT.

Les travaux confiés à GILLION CONSTRUCT ont été livrés avec de nombreux jours de retard et sont affectés de nombreux vices, malfaçons et moins-values.

Cet entrepreneur ne répondant pas adéquatement aux appels en garantie du Fonds, celui-ci s'est vu contraint d'engager deux procédures judiciaires à l'encontre de GILLION CONSTRUCT : la première en référé, afin de faire constater par voie d'expertise judiciaire certaines malfaçons présentant un risque immédiat et grave pour les habitants, une seconde, au fond, pour obtenir une réparation des dommages subis par le pouvoir adjudicateur.

Par Ordonnance du 11 janvier 2011, le Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles a ordonné une expertise judiciaire pour les malfaçons nécessitant une intervention urgente.

Le 9 mai 2011, le Tribunal de Commerce désigne un expert pour l'affaire au fond.

Il se déduit du rapport d'expertise judiciaire de l'ingénieur Pascal CLAEYS, désigné ensuite des ordonnances et jugements précités, qu'il existe un risque de condamnation de GILLION CONSTRUCT.

Le pouvoir adjudicateur constate que, bien que GILLION CONSTRUCT réponde à la condition de l'agrément fixée par le cahier spécial des charges, elle ne fait pas la démonstration de son savoir-faire technique, indépendamment de son niveau d'agrément. En outre, le fait d'avoir manqué à ses obligations de garanties les plus élémentaires constitue une faute grave en matière

professionnelle, justifiant son exclusion du marché sur base de l'article 17, § 2, 4° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996».

6. Le 24 septembre 2013, la partie adverse, [...] [notifie] la décision d'attribuer le marché considéré au soumissionnaire ATELIER 55-KUMPEN [prise également le 19 septembre 2013] [...].

Il s'agit de la seconde décision attaquée".

IV. PREMIER MOYEN – QUATRIEME BRANCHE

IV. 1. Thèses des parties

Les requérantes soulèvent un premier moyen, pris de la "violation du principe général d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 1^{er} et 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 16 à 20ter, en particulier de l'article 17, § 2, 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, des articles 1^{er} et 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général du droit de la motivation matérielle de tout acte administratif, de la contradiction dans les motifs, du principe général de l'examen sérieux des dossiers et de l'erreur manifeste d'appréciation", en ce que le "24 septembre 2013, la partie adverse a écrit aux requérantes pour leur faire savoir que leur soumission a été exclue de l'accès au marché en raison de l'existence d'une «faute grave» reprochée à la requérante. Cette décision repose sur les motifs suivants :

« (...) conformément à l'article 17, § 2 (de l'arrêté royal) du 8 janvier 1996, peut être exclu du marché le soumissionnaire qui en matière professionnelle a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier.

Le 8 décembre 2005, (la partie adverse) a attribué un marché de travaux pour la construction d'un immeuble de logements sis à Forest, rue Marconi, à (la première requérante).

Les travaux confiés (à la première requérante) ont été livrés avec de nombreux jours de retard et sont affectés de nombreux vices, malfaçons et moins-values.

Cet entrepreneur ne répondant pas adéquatement aux appels en garantie (de la partie adverse), (celle-ci) s'est vu(e) contraint(e) d'engager deux procédures judiciaires à l'encontre de (la requérante) : la première en référé, afin de faire constater par voie d'expertise judiciaire certaines malfaçons présentant un risque immédiat et grave pour les habitants, une seconde, au fond, pour obtenir réparation des dommages subis par le pouvoir adjudicateur.

Par ordonnance du 11 janvier 2011, la Présidente du Tribunal de commerce de Bruxelles a ordonné une expertise judiciaire pour les malfaçons nécessitant une intervention urgente.

Le 9 mai 2011, le Tribunal de commerce désigne un expert pour l'affaire au fond.

Il se déduit du rapport d'expertise judiciaire de l'ingénieur Pascal Claeys, désigné ensuite des ordonnance et jugement précités, qu'il existe un risque de condamnation de (la première requérante).

Le pouvoir adjudicateur constate que, bien que (la première requérante) réponde à la condition de l'agrégation fixée par le cahier spécial des charges, elle ne fait pas la

démonstration de son savoir-faire technique, indépendamment de son niveau d'agrération. En outre, le fait d'avoir manqué à ses obligations de garantie les plus élémentaires constitue une faute grave en matière professionnelle, justifiant son exclusion du marché sur base de l'article 17, § 2, 4^o de l'arrêté royal du 8 janvier 1996». [...]"

alors qu'une "décision d'exclusion d'un candidat, prise en vertu de l'article 17, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, doit, pour être formellement et adéquatement motivée, permettre de comprendre quels éléments concrets ont été retenus par l'autorité, tant pour considérer qu'une faute grave est imputable au candidat que pour exercer la faculté laissée au pouvoir adjudicateur de l'exclure. Or, l'acte attaqué n'indique pas quels griefs précis à l'encontre de la première requérante auraient été reconnus par l'expert judiciaire Claeys comme constitutifs d'une faute ni dans quelle mesure de tels griefs – à supposer qu'ils existent - seraient suffisamment graves pour que la partie adverse exerce la faculté d'exclure les requérantes du marché. Le procès-verbal de comparaison des offres, auquel la partie adverse se réfère pourtant pour justifier sa décision attaquée d'exclusion, ne contient à cet égard aucun motif qui justifierait l'existence d'une faute grave dans le chef de la première requérante".

Ce qui est ainsi formulé au titre de quatrième branche du moyen fait l'objet des développements suivants :

- " 23. Une décision d'exclusion d'un candidat, prise en vertu de l'article 17, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, doit, pour être formellement et adéquatement motivée, «permettre de comprendre quels éléments concrets ont été retenus par l'autorité tant pour considérer qu'une faute grave est imputable au candidat que pour exercer la faculté laissée au pouvoir adjudicateur de l'exclure» (C.E., 1^{er} mars 2013, n° 222.704, Coface services Belgium).

Or, l'acte attaqué n'indique pas quels griefs précis permettraient de conclure en l'existence d'une faute grave dans le chef de la première requérante.

On rappelle par ailleurs que l'article 17, § 2, 4^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 contient un critère d'exclusion facultatif, et qu'il n'oblige donc pas le pouvoir adjudicateur qui constaterait l'existence d'une faute grave dans le chef d'un soumissionnaire – quod non en l'espèce – à l'exclure du marché. Or, la partie adverse n'expose pas les raisons pour lesquelles les griefs qu'elle formule à l'encontre de la première requérante justifieraient sa décision de l'exclure du marché.

Par conséquent, la décision n'est pas adéquatement motivée au sens des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs".

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " d. Quatrième branche

Les requérantes considèrent, en se référant à la jurisprudence de Votre Conseil, que pour qu'une décision d'exclusion du droit d'accès à un marché public puisse être considérée comme formellement et adéquatement motivée au sens des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, celle-ci doit «permettre de comprendre quels éléments

concrets ont été retenus par l'autorité tant pour considérer qu'une faute grave est imputable au candidat que pour exercer la faculté laissée au pouvoir adjudicateur de l'exclure».

Or, d'après les requérantes, la décision attaquée d'une part, n'indique pas les griefs sur lesquels la partie adverse se fonde pour établir l'existence d'une faute grave, et d'autre part, n'expose pas les raisons pour lesquels les griefs ainsi formulés lui permettent de justifier sa décision d'exclusion du droit d'accès au marché.

Force est cependant d'admettre que la décision d'exclusion contient de façon explicite les griefs sur lesquels la partie adverse se fonde pour établir l'existence d'une faute grave puisqu'elle indique que «les travaux confiés à la S.A. GILLION ont été livrés avec de nombreux jours de retard et sont affectés de nombreux vices, malfaçons et moins-values». Or, ces manquements constituent autant de défaut d'exécution dans le chef de l'entrepreneur au sens de l'article 46 du Cahier Général des Charges précités en ce qui concerne la première branche du premier moyen au développement duquel il est renvoyé pour le surplus.

En outre, la décision d'exclusion expose que la première requérante a manqué à ses obligations de garantie en ne répondant pas adéquatement aux appels en garantie, ce qui justifie son exclusion du droit d'accès au marché.

Rien ne permet dès lors raisonnablement d'apercevoir en quoi la décision attaquée ne serait pas formellement motivée alors qu'elle permet à son destinataire de comprendre les éléments concrets sur lesquels elle fonde l'exclusion du droit d'accès au marché.

La décision attaquée est motivée en la forme.

Partant le moyen, en cette branche n'est pas sérieux".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

La première décision attaquée, qui exclut les requérantes, est motivée comme suit :

- " Par ailleurs, conformément à l'article 17, § 2, 4^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, peut être exclu du marché, le soumissionnaire qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier.

Le 8 décembre 2005, le pouvoir adjudicateur a attribué un marché de travaux pour la construction d'un immeuble de logements sis à Forest, rue Marconi, à GILLION CONSTRUCT.

Les travaux confiés à GILLION CONSTRUCT ont été livrés avec de nombreux jours de retard et sont affectés de nombreux vices, malfaçons et moins-values.

Cet entrepreneur ne répondant pas adéquatement aux appels en garantie du Fonds, celui-ci s'est vu contraint d'engager deux procédures judiciaires à l'encontre de GILLION CONSTRUCT : la première en référé, afin de faire constater par voie d'expertise judiciaire certaines malfaçons présentant un risque immédiat et grave pour les habitants, une seconde, au fond, pour obtenir une réparation des dommages subis par le pouvoir adjudicateur.

Par Ordonnance du 11 janvier 2011, la Présidente du Tribunal de Commerce de Bruxelles a ordonné une expertise judiciaire pour les malfaçons nécessitant une intervention urgente.

Le 9 mai 2011, le Tribunal de Commerce désigne un expert pour l'affaire au fond.

Il se déduit du rapport d'expertise judiciaire de l'ingénieur Pascal CLAEYS, désigné ensuite des ordonnance et jugement précités, qu'il existe un risque de condamnation de GILLION CONSTRUCT.

Le pouvoir adjudicateur constate que, bien que GILLION CONSTRUCT réunisse la condition de l'agrément fixée par le cahier spécial des charges, elle ne fait pas la démonstration de son savoir-faire technique, indépendamment de son niveau d'agrément. En outre, le fait d'avoir manqué à ses obligations de garantie les plus élémentaires constitue une faute grave en matière professionnelle, justifiant son exclusion du marché sur base de l'article 17, § 2, 4° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996".

Il n'est pas contesté que cette décision d'exclusion a été prise sur le fondement de la disposition spécifique, contenue à l'article 17, § 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, laquelle disposition, telle qu'applicable en l'espèce, était rédigée en ces termes :

" § 2. Sans préjudice des dispositions relatives à l'agrément d'entrepreneur de travaux, peut être exclu de la participation au marché à quelque stade que ce soit de la procédure l'entrepreneur :

[...]

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

Une décision d'exclusion d'un candidat, prise en vertu de cette disposition, doit, pour être formellement et adéquatement motivée, permettre de comprendre quels éléments concrets ont été retenus par l'autorité tant pour considérer qu'une faute grave est imputable à ce candidat que pour exercer la faculté laissée au pouvoir adjudicateur de l'exclure. Cette exigence de motivation est d'autant plus importante que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant pour qualifier les faits dont il a connaissance au regard de la notion de "faute grave", au sens de la disposition précitée, que pour choisir d'exclure le candidat concerné, en conséquence de cette faute. En outre, la constatation de l'existence d'une "faute grave" impose au pouvoir adjudicateur d'effectuer une appréciation concrète et individualisée de l'attitude du candidat, appréciation dont les termes doivent apparaître à la lecture de la décision d'exclusion.

En l'espèce, la décision d'exclusion des requérantes semble fondée sur deux reproches, étant, d'une part, que les travaux confiés à la première requérante dans le cadre d'un précédent marché ont été livrés avec de nombreux jours de retard et sont

affectés de nombreux vices, malfaçons et moins-values, et, d'autre part, que la première requérante a manqué à ses obligations de garantie, en ne répondant pas adéquatement aux appels en garantie.

Si les indications fournies à propos du premier de ces reproches paraissent suffisantes, particulièrement dans le contexte des procédures judiciaires en cours, il n'en va pas de même à l'égard du second, formulé en des termes tels qu'ils ne font apparaître aucun grief précis formulé à l'égard de la première des requérantes, de sorte qu'il n'est pas possible pour celles-ci de comprendre précisément en quoi, dans le cadre du marché précédent, la première d'entre elles n'a pas répondu adéquatement aux appels en garantie qui lui étaient adressés.

Par ailleurs, il n'est pas permis, à la lecture de l'extrait précité de la première décision attaquée, de déterminer si les deux reproches ont pu, chacun de façon autonome et distincte, justifier la constatation que la première des requérantes avait commis une faute professionnelle grave, ou si c'est leur cumul qui a amené la partie adverse à poser un tel constat.

Enfin, aucun élément ne permet d'identifier les raisons pour lesquelles, face à ce qu'elle semble avoir tenu pour être une faute grave, la partie adverse a choisi d'exclure les requérantes, alors qu'elle n'y était pas tenue, la disposition précitée de l'article 17, § 2, 4^o, lui réservant une faculté à cet égard.

Dans ces circonstances, la motivation de la décision d'exclusion des requérantes ne peut, "prima facie", être tenue pour adéquate.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux en sa quatrième branche.

V. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution des décisions attaquées l'emporteraient sur ses avantages.

La suspension de l'exécution de la décision d'exclusion des requérantes entraîne la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché public litigieux.

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

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution des décisions du 19 septembre 2013 du Fonds du logement de la Région de Bruxelles-Capitale d'exclure les sociétés GILLION CONSTRUCT et SYNTAXE-BUREAU D'ARCHITECTES de l'accès au marché public P0028 – DELTA de services et travaux portant sur la construction d'un ensemble de logements situé à 1190 Bruxelles, rue du Delta, 78-90, ainsi que d'attribuer ce marché à la société momentanée ATELIER 55 – KUMPEN.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-quatre octobre deux mille treize par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.