

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

n° 251.896 du 20 octobre 2021

A. 234.643/VI-22.159

En cause :

**1. la société à responsabilité limitée MARCEL
BARATTUCCI, INGÉNIEUR
ARCHITECTE & ASSOCIÉS,**

**2. la société à responsabilité limitée
ARCHITECTURE ET CRÉATION,**

formant ensemble la société momentanée
St.Ar.Tech.,

ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} François VISEUR et Pacôme
NOUMAIR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
TOIT & MOI, IMMOBILIÈRE SOCIALE
DE LA REGION MONTAISE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Louis VANSNICK et Hugo
DE GENNES, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 septembre 2021, la société à responsabilité limitée Marcel Barattucci, ingénieur architecte & associés et la société à responsabilité limitée Architecture & Création demandent, d'une part, l'annulation et, d'autre part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision de date inconnue notifiée par un pli recommandé daté du 9 septembre 2021 et reçu le 13 septembre 2021, par laquelle la partie adverse :
 - exclut l'offre des requérantes sur base de l'article 69, 7° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
 - *a priori*, attribue le marché à un autre soumissionnaire;
- [...] dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public de services ayant pour objet des "services d'architecture dans le cadre de la démolition

respectueuse de l'environnement de 192 appartements, parkings enterrés et voiries situés à la cité du Coq à 7012 Jemappes »

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 octobre 2021

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

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

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} François Viseur et Pacôme Noumair, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et M^{es} Louis Vansnick et Hugo De Gennes, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits

Selon la relation qu'en donnent les requérantes, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1.1. Faits relatifs au marché litigieux

1. Par un avis de marché publié le 31 mars 2021 au Bulletin des Adjudications, l'Immobilière sociale Toit & Moi s.c.r.l. lance un marché public de services intitulé "Services d'architecture : démolition respectueuse de l'environnement de 192 appartements, parkings enterrés et voiries". L'objet du marché est décrit comme suit :

“ Le marché consiste à désigner un architecte ou une équipe d'auteurs de projet chargé(e) d'une mission complète d'architecture comprenant l'étude et le contrôle de la réalisation de la démolition / déconstruction des 2 tours à appartement situées cité du Coq à 7012 Jemappes ainsi que du parking et des voiries ; le tout dans le respect de l'environnement”.

Le marché est passé en procédure négociée directe et n'est donc pas soumis à publicité européenne.

2. En matière de motifs d'exclusion et de sélection qualitative, l'article 2.2.1. du cahier des charges, intitulé "Droit d'accès", précise ce qui suit :

“

2.2.1. Droit d'accès

La participation au présent marché est soumise au respect des conditions suivantes :

1. Le soumissionnaire atteste qu'il ne fait l'objet d'aucune condamnation pénale au sens de l'article 67, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou, en cas de condamnation pénale, qu'il a adopté des mesures de nature à démontrer leur fiabilité en dépit d'un motif d'exclusion obligatoire et ce, conformément à l'article 70 de la loi (mesures correctrices).
2. Le soumissionnaire atteste qu'il est en ordre de paiement de ses impôts et taxes et de ses cotisations sociales, conformément à l'article 68, § 1er, de la loi.
3. Le soumissionnaire transmettra un extrait de casier judiciaire
4. En outre, pour une période de 3 ans, l'accès au présent marché peut être refusé à tout prestataire, en application de l'article 69, 7°, de la loi, sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur passé par un adjudicateur, lorsque les défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou une autre sanction comparable.

Lorsqu'un(e) document ou attestation demandé(e) ci-dessus n'est pas délivré dans le pays concerné ou ne concerne pas tous les cas prévus, il/elle peut être remplacé(e) par une déclaration sous serment ou, dans les pays où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance (art. 72, § 2 – AR 18/04/2017).

Le soumissionnaire interrogé dispose au maximum d'un délai de douze jours de calendrier à compter de la date de la demande qui lui est adressée pour produire les documents requis.

En cas de groupement de personnes physiques et/ou morales, les documents devant être fournis concernent chacune d'entre elles individuellement (art. 64 – AR 18/04/2017).

”.

3. Les requérantes déposent une offre le 26 avril 2021 [...].

4. Par une lettre du 9 septembre 2021, envoyée le même jour par courrier recommandé et par courriel, la partie adverse notifie aux requérantes sa décision de les exclure du marché en cause.

L'extrait de décision motivée communiquée aux requérantes précise ce qui suit :

“

Motif extrait de la décision motivée :

- Considérant que « La Sambrienne » a pris la résolution, lors de son Conseil d'administration du 10 mars 2020, de mandater sa direction en vue de procéder à la résiliation unilatérale du marché « Centpoul, marché public d'architecture Avenue du centenaire à Montignies/Sambre et cité Pourveur à Gerpinnes » qu'elle avait passé avec le prestataire ST.AR.TECH., conformément à l'article 47, §2, 1° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ;
- Considérant que les faits reprochés au prestataire ST.AR.TECH sont à considérer comme des défaillances importantes dans le chef d'un architecte à savoir le non-respect des demandes du Pouvoir adjudicateur, le non-respect du budget et des échéances SWL, le non-respect des plans conformes à la réglementation en matière de logement adaptable/PMR. Démontrant un comportement qui méconnaît (ou fait fit) de ses obligations contractuelles envers un maître de l'ouvrage ce qui ne correspond pas au comportement du bon professionnel placé dans les mêmes conditions compte tenu des normes et usages de la profession
- Considérant que conformément à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, le soumissionnaire doit prouver d'initiative qu'il a pris les mesures nécessaires pour ne pas être exclu du marché et que ce dernier n'a pas transmis de document spécifiquement à cet effet dans son offre ;
- Considérant que conformément à l'article 69, 7° de la loi du 17 juin 2016, l'adjudicateur exclu du marché le soumissionnaire ST.AR.TECH. ;

”.

Il s'agit de l'acte attaqué.

1.2. L'exécution du marché de la Sambrienne

5. Pour justifier la décision litigieuse, la partie adverse se fonde sur une décision d'une autre société de logement public – La Sambrienne – de résilier un autre marché de services d'architecte attribué aux parties requérantes par une décision du 10 mars 2020.

Les requérantes joignent au présent recours les conclusions principales [...] qu'elles ont déposées dans le cadre du litige qui les oppose à la Sambrienne suite à la décision de celle-ci de résilier le marché portant sur la 2^e phase de la rénovation de la cité du centenaire à Montigny-sur-Sambre.

Elles joignent également un courrier du 5 février 2020 adressé par les requérantes à la Sambrienne préalablement à l'adoption de la décision litigieuse et qui reprend en détail la position des requérantes face au PV de manquement qui leur avait préalablement été adressé par la Sambrienne [...].

6. En substance, aucun des faits reprochés par la Sambrienne aux requérantes ne constitue une faute dans leur chef et encore moins une "défaillance importante ou persistante". Les parties requérantes s'en justifient dans leur courrier du 25 février 2020 ainsi que dans leurs conclusions dont le contenu doit être considéré comme intégralement reproduit ci-dessous pour les besoins de la présente cause.

7. Le marché de la Sambrienne constituait la phase 2 d'un projet dans le cadre duquel les requérantes ont obtenu de nombreux prix internationaux et ont été reconnus par leurs pairs pour la qualité et le caractère innovant du travail fourni [...].

Il a été résilié le 10 mars 2020, trois jours avant le début du confinement dû à la pandémie de COVID-19.

Dès le mois de juillet 2020, la Sambrienne a exigé le remboursement d'une partie substantielle des avances reçues par St.Ar.Tech dans le cadre de l'exécution du marché résilié.

Des pourparlers se sont tenus entre les requérantes et la Sambrienne pendant une année [...].

Faute d'accord, l'introduction d'une action en justice est devenue inéluctable. Il a un temps été envisagé par les parties d'introduire une requête conjointe mais pour des motifs d'ordre purement financier (les requérantes ne souhaitaient pas être contraintes de préfinancer une éventuelle expertise), St.Ar.Tech a laissé la Sambrienne les citer tout en veillant à introduire leur réclamation comme demande reconventionnelle dans le cadre de la procédure en cours.

8. En résumé, les requérantes contestent formellement et activement toute faute dans l'exécution du marché de la Sambrienne et *a fortiori* toute défaillance importante et persistante.

Il importe, à cet égard, de remarquer que La Sambrienne n'a pas jugé utile d'activer le mécanisme de l'article 48 de l'A.R. du 14 janvier 2013 qui lui permet d'exclure, pour une durée de trois ans, une entreprise de tous ses marchés.

Tout porte donc à croire que, malgré la résiliation – contestée – du marché, la Sambrienne ne considère pas que les faits reprochés à St.Ar.Tech soient suffisamment graves pour justifier l'exclusion des requérantes de ses marchés ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un premier moyen, « pris de l'excès voire du détournement de pouvoir, de la violation de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et en particulier de ses articles 66 et 69, de la violation du principe *Patere legem quam ipse fecisti* et de la violation du cahier spécial des charges, spécifiquement de son article 2.2.1. relatif au droit d'accès », « en ce que la partie adverse exclut les requérantes sur base du motif d'exclusion facultatif décrit à l'article 69, al. 1^{er}, 7° de la loi du 17 juin 2016 », « alors que le cahier spécial des charges limite la possibilité pour l'adjudicateur d'exclure un soumissionnaire sur base de cette disposition aux entreprises ayant connu des défaillances importantes ou persistantes dans l'exécution d'autres marchés ayant abouti à leur écartement en application de l'article 48 RGE, *quod non* en l'espèce ». Elles le développent comme suit :

« 13. L'article 2.2.1 du cahier spécial des charges relatif au droit d'accès détaille précise le motif d'exclusion repris à l'article 69, al. 1^{er}, 7° de la Loi du 17 juin 2016 comme suit :

“ 4. En outre, pour une période de 3 ans, l'accès au présent marché peut être refusé à tout prestataire, en application de l'article 69, 7°, de la loi, sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur passé par un adjudicateur, lorsque les défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou une autre sanction comparable”.

Il s'agit du seul motif d'exclusion facultatif quant auquel la partie adverse apporte des précisions.

Par rapport au prescrit de l'article 69, al. 1^{er}, 7°, le cahier des charges ajoute que le prestataire doit être “sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes...”.

14. Seul l'article 48 de l'A.R. du 14 janvier 2013 envisage l'“écartement” d'entreprises des marchés publics d'un adjudicateur suite à une mauvaise exécution d'un marché.

Néanmoins, l'activation de cette sanction vis-à-vis d'une entreprise suppose une audition de celle-ci afin qu'elle puisse présenter ses moyens de défense et doit se fonder notamment sur un manquement “important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché”.

15. En précisant que le motif d'exclusion repris à l'article 69, al. 1^{er}, 7° de la Loi s'appliquait vis-à-vis d'entreprises “sous le coup d'un écartement”, la partie adverse a expressément et volontairement limité, dans le cahier des charges du marché litigieux, les possibilités de recourir à ce motif d'exclusion facultatif.

Sinon, pourquoi reprendre ce motif en particulier dans son cahier spécial des charges et pas les autres motifs d'exclusion facultatifs de l'article 69 ? Pourquoi préciser que l'entreprise doit être “sous le coup d'un écartement” alors que l'article 48 de l'A.R. du 14 janvier 2013 précise bien que la sanction d'écartement de l'article 48 doit être considérée comme une “autre sanction comparable” au sens de l'article 69, al. 2 (lire 1^{er}), 7° de la Loi, si ce n'est pour en limiter la portée ?

16. Or, les requérantes n'ont jamais fait l'objet d'une sanction d'écartement, ni par la Sambrienne, ni par aucun autre adjudicateur.

En conséquence, la partie adverse ne pouvait pas l'exclure en application de l'article 69, al. 1^{er}, 7° de la Loi du 17 juin 2016.
Le moyen est sérieux ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 2.2.1. du cahier spécial des charges du marché litigieux, intitulé « Droit d'accès » énonce notamment la condition suivante :

« 4. En outre, pour une période de 3 ans, l'accès au présent marché peut être refusé à tout prestataire, en application de l'article 69, 7°, de la loi, sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur passé par un adjudicateur, lorsque les défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou une autre sanction comparable ».

Le terme « écartement » utilisé dans cette disposition ne correspond pas à celui par lequel est désignée la sanction organisée par l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, cette sanction étant celle de l'« exclusion ». Rien n'indique – contrairement à ce que soutiennent les requérantes – qu'en utilisant ce terme dans les documents du marché, la partie adverse aurait entendu limiter la mise en œuvre de la cause d'exclusion facultative visée à l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics à la seule hypothèse où un candidat ou soumissionnaire a fait l'objet d'une sanction d'exclusion au sens de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité. Si l'on peut, à la suite des requérantes, s'interroger sur l'utilité d'une référence à la seule cause d'exclusion visée à l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, précité, et sur le sens de l'usage du terme « écartement », ces interrogations ne suffisent pas à établir que la condition mentionnée à l'article 2.2.1. du cahier spécial des charges doit recevoir l'interprétation sur laquelle les requérantes fondent le premier moyen. Celui-ci ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

V. Troisième moyen

V.1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un troisième moyen, « pris de l'excès voire du détournement de pouvoirs, de la violation de la directive 2014/24 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, plus particulièrement en son article 57 ; de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et plus particulièrement de ses articles 4, 69, 7° et 70 ; du défaut de motivation, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la violation de l'article 4 de la Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ; des principes de

proportionnalité ; de transparence ; d'égalité et de non-discrimination ; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de fait ; de la violation du principe *Audi Alteram Partem* et de la violation du devoir de minutie », « en ce que, première branche, l'acte attaqué exclut la partie requérante du marché en cause sans lui avoir permis de présenter ses mesures correctrices et en ce que les documents du marché ne précisait pas de manière claire et univoque que les soumissionnaires devaient d'initiative présenter leurs mesures correctrices ou ne renvoyaient pas clairement vers une disposition légale qui imposerait concrètement une telle obligation », « alors que, comme la Cour de Justice de l'Union européenne l'a rappelé dans un arrêt récent, "la directive 2014/24 et les principes d'égalité et de transparence s'opposent à une pratique en vertu de laquelle un opérateur économique est tenu d'apporter spontanément, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, la preuve des mesures correctrices prises pour démontrer sa fiabilité malgré l'existence, à son égard, d'un motif d'exclusion facultatif visé à l'article 57, paragraphe 4, de cette directive, (...), dès lors qu'une telle obligation ne résulte ni de la réglementation nationale applicable ni des documents de marché. En revanche, l'article 57, paragraphe 6, de ladite directive, (...), ne s'oppose pas à une telle obligation lorsqu'elle est prévue de manière claire, précise et univoque dans la réglementation nationale applicable et qu'elle est portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au moyen des documents de marché" [...] » ; « et en ce que, deuxième branche, la partie adverse a adopté la décision litigieuse sur base d'une information parcellaire et biaisée, sans prendre la peine d'entendre ni d'interroger les requérantes », « alors que le devoir de minutie oblige l'adjudicateur à s'informer de façon complète et détaillée avant d'adopter une décision telle que l'exclusion d'une entreprise d'un marché » ; « et en ce que, troisième branche, la motivation de l'acte attaqué – qui repose sur une interprétation erronée de la réglementation - ne permet pas de vérifier que la partie adverse a effectué sa propre appréciation du comportement des parties requérantes en tenant compte du principe de proportionnalité », « alors que l'obligation de motivation formelle et matérielle impose au pouvoir adjudicateur d'effectuer sa propre appréciation, en ayant égard au principe de proportionnalité, des défaillances reprochées au soumissionnaire lorsqu'il décide d'exclure celui-ci sur base de l'article 69, 7° de la loi du 17 juin 2016 ». Elles le développent comme suit :

« Première branche

25. Le motif extrait de la décision motivée communiqué à la partie requérante précise ce qui suit :

“

- Considérant que « La Sambrienne » a pris la résolution, lors de son Conseil d'administration du 10 mars 2020, de mandater sa direction en vue de procéder à la résiliation unilatérale du marché « Centpoul, marché public d'architecture Avenue du centenaire à Montignies/Sambre et cité Pourveur à Gerpinnes » qu'elle avait passé avec le prestataire ST.AR.TECH., conformément à l'article 47, §2, 1° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ;
- Considérant que les faits reprochés au prestataire ST.AR.TECH sont à considérer comme des défaillances importantes dans le chef d'un architecte à savoir le non-respect des demandes du Pouvoir adjudicateur, le non-respect du budget et des échéances SWL, le non-respect des plans conformes à la réglementation en matière de logement adaptable/PMR. Démontrant un comportement qui méconnaît (ou fait fit) de ses obligations contractuelles envers un maître de l'ouvrage ce qui ne correspond pas au comportement du bon professionnel placé dans les mêmes conditions compte tenu des normes et usages de la profession
- Considérant que conformément à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, le soumissionnaire doit prouver d'initiative qu'il a pris les mesures nécessaires pour ne pas être exclu du marché et que ce dernier n'a pas transmis de document spécifiquement à cet effet dans son offre ;
- Considérant que conformément à l'article 69, 7° de la loi du 17 juin 2016, l'adjudicateur exclu du marché le soumissionnaire ST.AR.TECH. ;

”.

26. La partie adverse fonde donc sa décision d'exclure la partie requérante sur base d'une résolution d'une autre société de logement de service publics, la srl "La Sambrienne", de résilier un marché public "Centpoul, marché public d'architecture Avenue du centenaire à Montignies/Sambre et cité Pourveur à Gerpinnes" conclu avec les requérantes.

Les parties requérantes contestent formellement cette décision de "La Sambrienne" et un litige est par ailleurs pendant devant le Tribunal de Première Instance du Hainaut, Division Charleroi sur ce point [...].

27. Chacun des points mentionnés dans l'acte attaqué pour justifier que les "faits reprochés" constitueraient des défaillances importantes sont par ailleurs contestés par la partie requérante.

A cet effet, la partie requérante joint les dernières conclusions qu'elle a déposées devant le Tribunal de Première Instance de Hainaut à son dossier.

28. La Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion de s'exprimer à plusieurs reprises sur des thématiques similaires.

Dans un arrêt C-267/18 du 3 octobre 2019, la juridiction européenne a estimé "que l'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que la sous-traitance, par un opérateur économique, d'une partie des travaux dans le cadre d'un marché public antérieur, décidée sans le consentement du pouvoir adjudicateur et qui a donné lieu à la résiliation de ce marché, constitue une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché, au sens de ladite disposition, et est donc de nature à justifier l'exclusion de cet opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché public ultérieure si, après avoir procédé à sa propre évaluation de l'intégrité et de la fiabilité de l'opérateur économique visé par la résiliation du marché public antérieur, le pouvoir adjudicateur qui organise cette procédure de passation de marché ultérieure estime qu'une telle sous-traitance entraîne la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause. Avant de prononcer une telle exclusion, le pouvoir adjudicateur doit toutefois, conformément à l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 102 de ladite directive, laisser la possibilité à cet opérateur économique de présenter les mesures correctives qu'il a adoptées à la suite de la résiliation du marché public antérieur".

Dans un récent arrêt C-387/19 du 14 janvier 2021, la Cour de Justice a en outre considéré que la directive 2014/24 et les principes d'égalité et de transparence s'opposent "à une pratique en vertu de laquelle un opérateur économique est tenu d'apporter spontanément, lors de la présentation de sa demande de participation

ou de son offre, la preuve des mesures correctrices prises pour démontrer sa fiabilité malgré l'existence, à son égard, d'un motif d'exclusion facultatif visé à l'article 57, paragraphe 4, de cette directive, (...), dès lors qu'une telle obligation ne résulte ni de la réglementation nationale applicable ni des documents de marché. En revanche, l'article 57, paragraphe 6, de ladite directive, (...), ne s'oppose pas à une telle obligation lorsqu'elle est prévue de manière claire, précise et univoque dans la réglementation nationale applicable et qu'elle est portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au moyen des documents de marché".

Il résulte de ce qui précède que :

- Même si le soumissionnaire n'a pas informé le pouvoir adjudicateur qu'un marché public antérieur a fait l'objet d'une résiliation, le pouvoir adjudicateur doit lui laisser la possibilité de présenter ses mesures correctrices ;
- La seule exception à cette règle permise par le droit européen des marchés publics est lorsque l'obligation pour un soumissionnaire de présenter d'initiative ses mesures correctrices est prévu de manière claire, précise et univoque dans le cadre de la réglementation nationale applicable et qu'elle est portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au moyen des documents du marché ;

29. En l'espèce, il convient d'examiner si la réglementation belge relative aux marchés publics prévoit de « manière claire, précise et univoque » une obligation à charge d'un soumissionnaire de présenter d'initiative des mesures correctrices lorsqu'il conteste judiciairement les défaillances qui lui sont reprochées et la mesure d'office ayant été prise à son encontre suite auxdites défaillances dans le cadre d'un marché antérieur passé avec un autre adjudicateur.

Il importe ensuite de vérifier si, *in casu*, les documents du marché renvoyaient clairement à cette obligation.

30. Tout d'abord, il convient de rappeler que l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 relatives aux marchés publics précise ce qui suit :

“ Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 67 ou 69 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

A cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique (...)"

Le second alinéa de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 impose donc de prouver d'initiative :

- Qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité ou réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute ;
- Qu'il a clarifié totalement les faits ou circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête ;

- Qu'il a pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

A contrario, cette disposition ne vise pas l'hypothèse dans laquelle un opérateur économique ayant fait l'objet d'une mesure d'office (comme en l'espèce d'une résiliation) conteste le fondement de cette dernière. En effet, un opérateur économique contestant devant les juridictions judiciaires l'ensemble des motifs de la résiliation d'un marché ne verserait une indemnité du préjudice subi par la faute alléguée que s'il y était condamné par un tribunal et ne prendrait des "mesures concrètes de nature technique" que si les éléments qui lui sont reprochés et qu'il critique vertement étaient déclarés avérés par une décision judiciaire.

Il ne peut être dès lors considéré que l'article 70, second alinéa de la loi du 17 juin 2016 impose de manière "claire, précise et univoque" une obligation à la charge d'un opérateur économique de présenter d'initiative des mesures correctrices quand il conteste tant la résiliation du marché antérieur que les défaillances qui lui sont reprochés.

Il résulte de ce qui précède que cette disposition ne constitue donc pas une base légale suffisante pour que la partie adverse puisse exclure la partie requérante du marché public en cause.

31. En outre, même si par impossible Votre Conseil devait estimer que l'article 70, second alinéa de la loi du 17 juin 2016 imposait de manière "claire, précise et univoque" une telle obligation, il convient de constater que les documents du marché ne renvoyaient pas clairement à cette disposition.

En effet, le cahier spécial des charges précise en son article 2.2.1. ce qui suit :

“

2.2. Motifs d'exclusion et sélection qualitative

2.2.1. Droit d'accès

La participation au présent marché est soumise au respect des conditions suivantes :

1. Le soumissionnaire atteste qu'il ne fait l'objet d'aucune condamnation pénale au sens de l'article 67, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou, en cas de condamnation pénale, qu'il a adopté des mesures de nature à démontrer leur fiabilité en dépit d'un motif d'exclusion obligatoire et ce, conformément à l'article 70 de la loi (mesures correctrices).
2. Le soumissionnaire atteste qu'il est en ordre de paiement de ses impôts et taxes et de ses cotisations sociales, conformément à l'article 68, § 1er, de la loi.
3. Le soumissionnaire transmettra un extrait de casier judiciaire
4. En outre, pour une période de 3 ans, l'accès au présent marché peut être refusé à tout prestataire, en application de l'article 69, 7°, de la loi, sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur passé par un adjudicateur, lorsque les défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou une autre sanction comparable.

Lorsqu'un(e) document ou attestation demandé(e) ci-dessus n'est pas délivré dans le pays concerné ou ne concerne pas tous les cas prévus, il/elle peut être remplacé(e) par une déclaration sous serment ou, dans les pays où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance (art. 72, § 2 – AR 18/04/2017).

Le soumissionnaire interrogé dispose au maximum d'un délai de douze jours de calendrier à compter de la date de la demande qui lui est adressée pour produire les documents requis.

En cas de groupement de personnes physiques et/ou morales, les documents devant être fournis concernent chacune d'entre elles individuellement (art. 64 – AR 18/04/2017).

”.

Le point 4 de cet article 2.2.1. aborde le motif d'exclusion facultatif prévu par l'article 69, 7° de la loi du 17 juin 2016 mais ne renvoie pas de manière claire à l'article 70, second alinéa de la même loi, ni précise que le soumissionnaire doit présenter d'initiative ses mesures correctrices.

La seule hypothèse mentionnée par les documents du marché dans laquelle un soumissionnaire devait d'initiative présenter des mesures correctrices concernant une condamnation pénale dont il aurait fait l'objet au sens de l'article 67, § 1^{er} de la loi du 17 juin 2016. Les faits reprochés à la partie requérante dans le cadre de la résiliation du marché antérieur passé par "La Sambrienne" ne concernent manifestement pas une telle hypothèse.

Aucun autre passage du cahier spécial des charges ne renvoie de manière claire, précise et univoque à cette disposition.

Le cahier des charges se contente de préciser en page 13 que : "S'il y a lieu, le soumissionnaire joint en outre à son offre tous les documents et renseignements qu'il juge utiles à en préciser la teneur". Une telle indication n'est manifestement pas suffisante pour considérer que les documents du marché renvoyaient clairement à l'obligation de présenter d'initiative les mesures correctrices prises.

Par ailleurs, le formulaire d'offre (page 42 du cahier spécial des charges) précise ce qui suit : "En participant au présent marché, confirment ne se trouver dans aucune des situations visées aux articles 67 à 69 de la Loi du 17 juin 2016 et s'engage(nt) à produire à la demande du pouvoir adjudicateur les documents et preuves nécessaires".

Outre que cette mention ne suffit pas établir que le soumissionnaire aurait dû d'initiative présenter ses mesures correctrices, elle sous-entend même que le pouvoir adjudicateur pourra les interroger – postérieurement au dépôt de leur offre – sur le fait de savoir s'ils ne se trouvent pas dans une situation d'exclusion. Or, il ne l'a pas fait.

Le moyen est sérieux.

32. Il convient de rappeler que, dans l'arrêt Norré Behaegel précité, la Cour de Justice a considéré que "lorsqu'un État membre prévoit que la preuve des mesures correctrices ne peut être apportée que spontanément par l'opérateur économique lors de la présentation de la demande de participation ou de l'offre, sans possibilité, pour cet opérateur, d'apporter une telle preuve à un stade ultérieur de la procédure, les principes de transparence et d'égalité de traitement exigent, (...), que les opérateurs économiques soient ouvertement informés au préalable, de manière claire, précise et univoque, de l'existence d'une telle obligation, que cette information résulte directement des documents du marché ou d'un renvoi, dans ces documents, à la réglementation nationale pertinente".

Dès lors que la partie adverse n'a pas renvoyé clairement dans les documents du marché vers l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 elle ne pouvait valablement exclure la partie requérante sans lui laisser la possibilité de présenter ses mesures correctrices.

33. La partie requérante souhaite par ailleurs rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, il incombe aux juges nationaux d'interpréter le droit interne "dans toute la mesure du possible d'une manière qui permette d'en assurer la conformité au droit de l'Union", le cas échéant tel qu'interprété par les juridictions de l'Union. Le principe d'interprétation conforme exige des juridictions nationales qu'elles fassent "tout ce qui relève de leur compétence en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci", pour "apprécier dans quelle mesure celui-ci peut recevoir une application telle qu'il n'aboutit pas à un résultat contraire au droit de l'Union".

Dans le cas particulier des directives cette obligation d'interprétation conforme ne pèse sur le juge national qu'à dater de la fin du délai de transposition.

Le délai de transposition de la directive 2014/24 ayant expiré (celle-ci étant d'ailleurs transposée en droit belge), Votre Conseil est donc tenu d'appliquer ce principe d'interprétation conforme.

Comme l'écrit le Professeur F. DE QUADROS, "la méthode d'interprétation conforme gagne une interprétation particulière en ce qui concerne l'interprétation des directives par les États membres. Et, dans ce domaine, l'interprétation conforme signifie deux choses distinctes que, indépendamment de l'effet direct vertical reconnu à la directive, celle-ci doit toujours être interprétée et appliquée

par les organes des Etats membres dans un sens conforme au contenu de la directive, mais, également, que l'acte de transposition de la directive, même lorsqu'il la transpose de façon incorrecte ou insuffisante doit toujours être interprétée, par les organes nationaux d'interprétation et d'application du droit, dans un sens conforme à la directive que l'on prétend transposer". Dans l'affaire von Colson, la Cour de Justice a estimé qu'en "appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter une directive, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, alinéa 3 {article 249, alinéa 3 TFUE}".

Il en résulte que "le particulier a le droit d'exiger, devant les organes étatiques compétents, l'application de la directive, non pas dans le sens qui sera donné à celle-ci par l'acte de transposition, mais dans le sens qui résulte, effectivement de la lettre et de l'esprit de la directive".

Il en résulte que Votre Conseil est tenu d'interpréter l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 à la lumière de la jurisprudence de la Cour.

34. Subsidiairement, si Votre Conseil devait estimer que l'application de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de mesures correctrices résulterait en une interprétation *contra legem* de la réglementation belge, la partie requérante rappelle que dans l'arrêt Uniplex, la Cour a jugé que "si les dispositions nationales relatives aux délais de recours n'étaient pas susceptibles d'une interprétation conforme à la directive 89/665, la juridiction nationale serait tenue de les laisser inappliquées, en vue d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers (...)".

M. WATHELET écrit à ce sujet qu'"ainsi, la solution implicitement consacrée par l'arrêt Pfeiffer est désormais certaine : l'invocabilité d'exclusion propre à la primauté n'est appelée à jouer que si la technique d'interprétation conforme se révèle impossible à mettre en œuvre. La primauté n'interviendra, le cas échéant, qu'en second lieu".

Il en résulte que si l'application de la jurisprudence précitée de la Cour de Justice en matière de mesures correctrices ne pouvait résulter – *quod non* – qu'en une interprétation *contra legem* de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, cette dernière disposition devrait être écartée par Votre Conseil.

35. L'acte attaqué viole donc les dispositions et principes visés au moyen dès lors que :

- La réglementation belge des marchés publics n'impose pas de manière "claire, précise et univoque" à un opérateur économique, qui conteste judiciairement tant les faits considérés comme des défaillances importantes par un pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché antérieur que la mesure d'office qui en a découlé, de présenter d'initiative les mesures correctrices qu'il a prises ;
- Quand bien même – *quod non* – il devait être considéré que l'article 70, second alinéa prévoyait de manière "claire, précise et univoque" une telle obligation, force est de constater, qu'en l'espèce, les documents du marché ne renvoyaient pas clairement à cette disposition ;
- La partie adverse n'était dès lors pas fondée à exclure la partie requérante sans lui laisser la possibilité de présenter des mesures correctrices.

36. Il ressort de ce qui précède que le troisième moyen est sérieux en sa première branche.

Deuxième branche

37. Il ne ressort pas de l'acte litigieux et tout porte à croire qu'il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse a eu égard à l'ensemble des documents entourant la résiliation du marché de la Sambrienne.

Rien ne prouve à ce stade de l'examen du dossier que la partie adverse a ne serait-ce qu'été informée des contestations des requérantes face à la décision de La Sambrienne.

38. A cet égard, la partie adverse n'a pas jugé bon d'interroger les requérantes ni de recueillir leur version des faits.

En adoptant la décision litigieuse sur base d'un acte administratif seul sans en examiner le contexte ni sans recueillir la version des requérantes, la partie adverse a manqué à son devoir de minutie.

Même s'il ne s'applique sans doute pas directement à une telle situation, elle a méconnu également le principe *Audi alteram partem* : une audition des requérantes aurait à tout le moins pu lui permettre de fonder sa décision d'exclusion sur un dossier complet et pas sur une information biaisée fournie par un autre adjudicateur avec lequel les requérantes sont en procès.

Elle n'a en tout état de cause pas adopté sa décision suffisamment informée pour respecter son devoir de minutie.

39. Le moyen est également sérieux en sa seconde branche.

Troisième branche

40. Comme déjà expliqué à plusieurs reprises, la jurisprudence de la Cour de Justice des marchés publics ne permet d'exclure un soumissionnaire sans lui avoir laissé l'opportunité de présenter ses mesures correctrices que si le droit belge impose explicitement que lesdites mesures correctrices doivent être présentées d'initiative (i) et que les documents du marché renvoient clairement à cette obligation (ii).

Or, il a été démontré que ces conditions n'étaient pas remplies en l'espèce. La motivation manque donc en droit.

41. Par ailleurs, il convient de constater que la partie adverse s'est contentée de reprendre les motifs avancés – à tort – par la Sambrienne pour justifier la résiliation du marché octroyée à Startech.

La motivation de l'acte attaqué ne permet dès lors pas de vérifier si la partie adverse a procédé à sa propre évaluation du comportement de l'opérateur économique visé par la résiliation du marché public antérieur. La jurisprudence de la Cour de Justice impose pourtant une telle obligation à charge des pouvoirs adjudicateurs prenant une telle décision.

Il incombe au pouvoir adjudicateur prenant une décision d'exclusion d'un opérateur économique en raison de défaillances importantes ou persistantes ayant donné lieu à l'imposition d'une mesure d'office dans le cadre d'un marché antérieur d'avoir égard au principe de proportionnalité. En l'espèce, la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de vérifier que la partie adverse aurait pris sa décision en tenant compte dudit principe.

Il en résulte que la motivation de l'acte attaqué ne peut dès lors être considérée comme adéquate.

42. Le moyen doit être considéré comme sérieux en sa troisième branche.

43. Il ressort de ce qui précède que le troisième moyen est sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

En sa première branche, le moyen repose en substance sur un raisonnement aux termes duquel, d'une part, il serait de règle que le pouvoir

adjudicateur doit laisser au soumissionnaire la possibilité de présenter ses mesures correctrices, et ce même si ce dernier ne l'a pas informé de ce qu'un marché public antérieur a fait l'objet d'une résiliation et, d'autre part, il ne pourrait être fait exception à cette règle que si l'obligation de présentation spontanée des mesures correctrices par un soumissionnaire est prévue de manière claire, précise et univoque par la législation nationale applicable et si cette obligation a été portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au moyen des documents du marché.

À supposer, comme le soutiennent les requérantes, que l'exception ainsi mise en évidence ne serait pas rencontrée en l'espèce, il reste à examiner le grief selon lequel la partie adverse ne leur aurait pas permis de présenter leurs mesures correctrices.

Il doit, avant tout, être observé à ce sujet, que les requérantes ont bien eu, en déposant leur offre, la possibilité d'informer la partie adverse qu'un marché antérieur avait fait l'objet d'une résiliation, mais qu'elles se sont abstenues d'en faire part et ne font rien valoir qui expliquerait cette abstention, la seule circonstance que la mesure de résiliation fasse l'objet de contestations dans le cadre d'une procédure judiciaire ne paraissant, *prima facie*, pouvoir justifier cette abstention. Ensuite, à supposer que la partie adverse aurait été tenue de laisser aux requérantes la possibilité de présenter leurs mesures correctrices – en dépit de ce qu'elles s'étaient abstenues de le faire spontanément – le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi un manquement de la partie adverse aurait pu léser les requérantes, alors que celles-ci n'évoquent pas les mesures correctrices qu'elles auraient pu faire valoir si elles n'avaient pas – selon ce qu'elles soutiennent – été privées de cette possibilité, et laissent même entendre qu'en raison de la situation conflictuelle en laquelle elle se trouve avec le pouvoir adjudicateur qui a décidé de la résiliation d'un précédent marché, elles se trouveraient dans l'impossibilité de proposer de telles mesures.

Dans ces circonstances, le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

Dénonçant une méconnaissance du devoir de minutie et du principe *Audi alteram partem*, les requérantes reprochent à la partie adverse de ne pas avoir mené des investigations qui lui eurent notamment permis de recueillir leur version des faits et de fonder sa décision sur un dossier complet, et non une information biaisée.

Outre que le principe *Audi alteram partem* n'apparaît pas applicable en l'espèce (comme le reconnaissant d'ailleurs les requérantes), il doit être relevé qu'aucun des principes invoqués au moyen ne fait obligation au pouvoir adjudicateur de pallier par ses propres recherches la négligence d'un soumissionnaire.

Les requérantes ne peuvent raisonnablement reprocher à la partie adverse de ne pas avoir entrepris des recherches tendant à obtenir des informations qu'il leur incombait, pour l'essentiel, au premier chef de lui livrer et qu'elles se sont toutefois abstenues de lui fournir sans pourtant faire état de circonstances qui justifieraient cette négligence. En s'abstenant de déclarer spontanément qu'elles se trouvaient dans une situation susceptible de constituer une cause facultative d'exclusion et de fournir à cette occasion les informations qu'elles estimaient utiles, les requérantes se sont elles-mêmes privées d'une possibilité de faire utilement valoir leur point de vue.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

C. Quant à la troisième branche

À l'appui de leur moyen, les requérantes se réfèrent à l'arrêt *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA*, prononcé par la Cour de justice de l'Union européenne le 3 octobre 2019 dans l'affaire C-267/18. Il ressort de cet arrêt que, dans la mise en œuvre des causes facultatives d'exclusion, il appartient au pouvoir adjudicateur, et à lui seul, au stade de la sélection des soumissionnaires, d'apprécier si un candidat ou un soumissionnaire doit être exclu d'une procédure de passation de marché public. Le caractère facultatif du motif d'exclusion est destiné à permettre à ce pouvoir adjudicateur d'apprécier l'intégrité et la fiabilité de chacun des soumissionnaires. La Cour précise que « l'établissement d'une relation de confiance entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire suppose donc que ce pouvoir adjudicateur ne soit pas automatiquement lié par l'appréciation portée, dans le cadre d'un marché public antérieur, par un autre pouvoir adjudicateur, afin notamment qu'il soit en mesure d'accorder une attention particulière au principe de proportionnalité au moment d'appliquer les causes facultatives d'exclusion [...]. Ce principe exige en effet que le pouvoir adjudicateur examine et apprécie lui-même les faits ». Elle en conclut qu'« il incombe [...] au pouvoir adjudicateur de procéder à sa propre évaluation du comportement de l'opérateur économique visé par la résiliation d'un marché public antérieur. À cet égard, il doit examiner, de manière diligente et impartiale, sur la base de tous les éléments pertinents, notamment la décision de résiliation, et eu égard au principe de proportionnalité, si cet opérateur est, de son point de vue, responsable de défaillances importantes ou persistantes commises lors

de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre dudit marché, lesdites défaillances étant susceptibles de provoquer la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause ».

Au vu de ces conditions de mise en œuvre des causes facultatives d'exclusion, l'obligation de motiver formellement la décision d'exclure un candidat ou soumissionnaire doit notamment permettre à l'instance de recours de vérifier que le pouvoir adjudicateur a effectivement exercé son pouvoir d'appréciation à l'égard des faits constatés par un autre pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché antérieur.

En l'espèce, il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse a eu égard aux faits qui ont amené La Sambrienne à résilier un marché que celle-ci avait antérieurement attribué aux requérantes, qu'elle a qualifié ces faits de défaillances importantes, démontrant un comportement méconnaissant les obligations contractuelles, « ce qui ne correspond pas au comportement du bon professionnel placé dans les mêmes conditions compte tenu des normes et usages de la profession », et a eu égard au fait que les requérantes n'avaient pas prouvé d'initiative avoir pris les mesures nécessaires pour ne pas être exclues du marché. En rendant compte de ces éléments qui l'ont déterminée à exclure les requérantes, cette motivation atteste à suffisance l'effectivité de l'appréciation à laquelle la partie adverse a soumis les faits portés à sa connaissance à propos du marché antérieur résilié par La Sambrienne.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa troisième branche.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse des requérantes

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen, « pris de l'excès voire du détournement de pouvoirs, de la violation de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et plus particulièrement de ses articles 4, 69, 7° et 70, des principes de proportionnalité ; de transparence ; d'égalité et de non-discrimination ; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de fait », « en ce que les faits reprochés par la partie adverse à St.Ar.Tech ne constituent pas des défaillances importantes ou persistantes au sens de l'article 69, 7° de la Loi du 17 juin 2016 », « alors que seule des défaillances importantes ou persistantes du soumissionnaire peuvent justifier sa non-sélection sur base de cette disposition ». Elles le développent comme suit :

« 17. Le considérant 101, § 3 de la directive 2014/24 est libellé comme suit :

“ Lorsqu’ils appliquent des motifs facultatifs d’exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l’exclusion d’un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d’irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d’un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion”.

En l’espèce, les requérantes n’ont commis aucune irrégularité et *a fortiori* aucune irrégularité majeure dans l’exécution du marché de la Sambrienne. Elles n’ont pas non plus commis d’irrégularités répétées qui pourraient mettre en doute leur fiabilité ; au contraire, l’avant-dernier marché qu’elles ont exécuté pour la Sambrienne leur a rapporté une importante reconnaissance internationale et aucune critique de la part de la Sambrienne.

18. Dans la décision litigieuse, la partie adverse invoque quatre comportements prétendument fautifs de St.Ar.Tech dans le cadre de l’exécution du marché de la Sambrienne, comportements qui constitueraient des défaillances importantes dans le chef d’un architecte :

- Le prétendu refus d’obéir aux ordres de la Sambrienne ;
- Le non-respect du budget du marché ;
- Le non-respect des échéances de la SWL ;
- Le non-respect des plans conformes à la réglementation en matière de logement adaptable / PMR.

19. Tout d’abord, aucun de ces éléments, pris individuellement ou ensemble, ne constitue un manquement grave dans le chef des requérantes.

Ceux-ci ne sont pas démontrés par la Sambrienne et, *a fortiori*, par la partie adverse.

St.Ar.Tech a répondu au PV de manquement qui lui avaient été adressé par La Sambrienne, renversant la présomption de fondement des faits qui lui ont été reprochés.

20. Le refus d’obéir aux ordres invoqué par la partie adverse a été contesté à de nombreuses reprises par St.Ar.Tech, notamment dans la réponse au P.V. de carence n° 3 par lequel les architectes rappelaient à La Sambrienne qu’il était de leur devoir d’architecte d’attirer l’attention du maître d’ouvrage sur les règles de l’art et sur le respect du permis.

Dans leur réponse au PV de manquement n°3 [...], Startech précisait d’ailleurs que :

“ Par contre, il va également de soi qu’une fois votre attention attirée sur la violation des règles de l’art ou sur les risques courus à exécuter le marché conformément à certaines de vos demandes et pour autant que l’exécution du marché conformément à vos exigences ne constitue pas une violation des lois et règlements ou n’ait pas pour conséquences la mise en danger de personnes ou de biens, mes clients sont disposés à exécuter leur mission en conformité avec vos exigences

Si les réponses apportées jusqu’à aujourd’hui par mes clients à vos différentes demandes vous ont fait penser le contraire, il s’agit d’un malentendu”.

La faute n’est donc pas avérée et le fait, pour St.Ar.Tech, d’attirer l’attention de la Sambrienne sur les règles de l’art ne peut être considéré comme un manquement grave dans son chef.

21. En ce qui concerne le budget du marché, il est renvoyé aux points 33 et suivants des conclusions de St.Ar.Tech dans le cadre du dossier l’opposant à la Sambrienne.

En substance, il n'est pas possible d'affirmer que le budget serait dépassé à défaut d'avoir lancé un marché de travaux et, quoi qu'il en soit, si le budget s'était avéré effectivement trop élevé, ce serait uniquement de la faute des modifications exigées par la Sambrienne en cours d'exécution du marché qui a finalement été résilié.

22. En ce qui concerne le respect des plans conformes à la réglementation applicable aux logements adaptables / adaptés, il y a une importante divergence d'interprétation des textes applicables entre La Sambrienne et les requérantes.

Cette divergence d'interprétation est d'ailleurs au cœur de deux litiges pendants devant Votre Conseil introduits par le groupement Alliance dont font partie les requérantes, contre deux décisions d'attribution de marchés de La Sambrienne (G./A. 230.849/VI-21.769 et G/A 229.938/VI-21.684 [...]).

En substance, il y a une divergence entre St.Ar.Tech et la Sambrienne sur la façon de calculer les surfaces de logements adaptables, longuement débattue dans ces diverses procédures.

Tant que Votre Conseil ne se sera pas prononcé sur cette question, il paraît difficile à admettre qu'un autre pouvoir adjudicateur utilise ce reproche formulé par La Sambrienne contre les plans de St.Ar.Tech pour exclure St.Ar.Tech de ses marchés.

23. Finalement, le défaut par rapport aux échéances de la SWL est bien plus à rechercher dans le chef de la Sambrienne qui a tardé pendant de longs mois à réagir aux dossiers remis par les requérantes plutôt qu'à celles-ci qui ont toujours fait preuve de la plus grande diligence pour répondre aux demandes – parfois extravagantes – de la Sambrienne.

Sans rentrer dans les détails de ce qui explique les retards, le marché a été attribué à St.Ar.Tech par la Sambrienne pour réaliser la deuxième phase de la rénovation de la cité du centenaire selon les mêmes caractéristiques que la rénovation de la première phase qui avait valu des prix à St.Ar.Tech.

Or, dès le début de l'exécution du marché, la Sambrienne a demandé de nombreuses modifications à St.Ar.Tech par rapport au programme initial.

D'ailleurs, jusqu'au mois de novembre 2019, la Sambrienne n'a jamais reproché le moindre retard à St.Ar.Tech, sachant pertinemment que le décalage par rapport au planning était dû aux modifications demandées.

A nouveau, le manquement n'est pas avéré et il n'est en tout état de cause pas constitutif d'un manquement grave.

24. En aucun cas les prétendus manquements reprochés par la Sambrienne aux requérantes ne justifient à suffisance la décision litigieuse.

Le deuxième moyen est sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les requérantes reprochent à la partie adverse d'avoir considéré que les faits retenus par La Sambrienne pour justifier la résiliation d'un marché antérieur constituaient des « défaillances importantes ou persistantes » au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elles exposent, par ailleurs, les raisons pour lesquelles, à leur estime, les griefs retenus par La Sambrienne pour justifier la décision de résiliation prise à leur encontre ne sont pas fondés.

Ainsi que cela se déduit de la réponse à la troisième branche du troisième moyen, la mise en œuvre de la cause facultative d'exclusion visée à l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 précitée suppose que le pouvoir adjudicateur qui entend la mobiliser ait soumis à son pouvoir d'appréciation discrétionnaire les faits qui ont précédemment donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable, pour décider que ces faits doivent être considérés comme révélant des « défaillances importantes ou persistantes ».

En l'espèce, les requérantes dénoncent la qualification de « défaillances importantes ou persistantes », au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, précité, retenue par la partie adverse à l'égard des faits relatifs à la résiliation précédemment décidée par La Sambrienne, sans toutefois exposer en quoi cette qualification méconnaîtrait, en tant que telle, l'un des principes ou dispositions dont la violation est invoquée par le moyen. La seule argumentation développée à l'appui du moyen porte sur les griefs précédemment retenus par La Sambrienne, griefs dont les requérantes estiment que et exposent en quoi – selon elles – ils ne sont pas établis, à défaut d'une démonstration des faits qui lui ont alors été reprochés par ce pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché antérieur. Ces griefs retenus par La Sambrienne sont contestés dans le cadre d'une procédure en cours devant les juridictions de l'ordre judiciaire. *Prima facie*, il semble que la décision de résiliation prise par La Sambrienne est intervenue dans le cours de l'exécution d'un contrat et vise à sanctionner, dans le chef des requérantes, le manquement à des obligations résultant de ce contrat. Les requérantes n'ont, en tout cas, fait valoir aucun élément qui inciterait à analyser autrement la configuration du litige les opposant à La Sambrienne. Dans ces circonstances, le Conseil d'État ne peut connaître des critiques formulées à l'appui du moyen, en tant qu'elles portent sur les éléments de la contestation qui relèvent d'un litige sur l'exécution d'un contrat.

Le deuxième moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. Moyen nouveau

VII.1. Thèse des requérantes

À l'audience du 12 octobre 2021, les requérantes ont soulevé un moyen nouveau, pris de la violation des articles 4 ainsi que 66 et suivants de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65 à 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la violation du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, de l'avis de marché et du cahier spécial des charges, de l'excès de pouvoir et de la violation des principes

généraux d'égalité et de non-discrimination et la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. Après avoir rappelé que l'article 2.2.2. du cahier spécial des charges prévoit, au titre de critère de sélection qualitative, au point 3 (page 12/40), que le soumissionnaire doit apporter la preuve de sa capacité à la gestion d'un projet intégrant le réemploi et/ou la réutilisation et/ou le recyclage des matériaux ou de projet de construction circulaire et que trois modes alternatives de preuve sont proposés, à savoir une liste de trois missions similaires, une attestation de formation ou une attestation de participation à un projet de recherche en la matière, elles relèvent que, selon le rapport d'examen des offres, l'adjudicataire du marché a été sélectionné car il est agréé BREEAM (p. 3), alors qu'une telle agrégation ne relève d'aucune des trois modes de démonstration de la capacité dans la construction circulaire définis au cahier spécial des charges. Elles observent que, selon sa fiche Wikipedia, le « BRE Environmental Assessment Method (BREEAM) » est la méthode d'évaluation du comportement environnemental des bâtiments développée par le Building Research Establishment (en) (BRE), un organisme privé britannique de recherche en bâtiment et que le BRE entend « établir la norme de la meilleure méthode » (« *best practice* » en anglais) pour la conception, la construction et le fonctionnement de bâtiments écologiques et déclare sur son site s'être imposé comme l'une des méthodes de calcul les plus complètes et les plus reconnues du comportement environnemental des bâtiments. Selon elles, le BREEAM évalue donc le comportement des bâtiments et non les aspects liés à l'économie circulaire, que ce soit l'utilisation de matériaux de réemploi ou la démolition sélective. Un bâtiment pourra être labellisé BREEAM s'il correspond à certains standards d'efficacité énergétique dans la gestion du bâtiment lui-même. Il y a par ailleurs plusieurs agréments BREEAM dont certains seulement portent sur la construction/démolition d'un bâtiment. Un immeuble peut très bien être certifié BREEAM « *In use* » alors qu'il a été construit sans aucune considération pour l'environnement et encore moins pour l'économie circulaire. Tout en reconnaissant que certains aspects liés aux économies d'énergie durant le chantier peuvent entrer en ligne de compte dans le cadre de la certification BREEAM, elles observent que ces aspects comptent parmi d'autres dans la reconnaissance d'un projet comme répondant au label BREEAM et, ensuite, ils ne sont pas essentiels à tel point qu'un immeuble peut très bien être certifié BREEAM sans recourir à ces méthodes. Elles en concluent qu'en aucun cas le fait pour une personne d'être « agréé BREEAM », ne répond à l'exigence de sélection figurant au cahier des charges., de sorte que l'adjudicataire du marché n'aurait pas dû être sélectionné.

Elles notent, par ailleurs, qu'une visite sur le site de BREEAM permet de découvrir que ni Monsieur Rummel, ni R+ architecture ne sont repris sur le site de BREEAM comme « Assesseur » ou comme « Professionnel accrédité », qui sont

les deux niveaux d'expertise repris sur le site de BREEAM comme « agrément » délivré à des professionnels, et produisent, à l'appui de leurs affirmations, la liste complète issue du site internet de BREEAM. Elles déclarent ignorer sur quelle base la partie adverse a considéré que Monsieur Rummel était agréé BREEAM, tout en invitant le Conseil d'État à vérifier que ce qui est déposé par R+ à cet égard correspond bien à l'exigence de la partie adverse. L'adjudicataire du marché n'aurait pas dû être sélectionné et, en tout état de cause, la motivation de la décision litigieuse est insuffisante pour comprendre en quoi R+ Architecture répond au troisième critère de sélection. Elles relèvent également que, même si l'agrément BREEAM prise en considération par la partie adverse devait être celle d'un sous-traitant de l'attributaire du marché, cela ne signifierait pas pour autant que la détention de cette agrément permettrait de satisfaire à l'un des modes de démonstration de la capacité prévus par le cahier spécial des charges.

Elles font enfin valoir que ce nouveau moyen n'aurait pas pu être soulevé au niveau de la requête, qu'il est sérieux et justifie à lui seul la suspension de la décision litigieuse et qu'elles y ont intérêt dès lors que seules deux offres ont été remises.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité du moyen

Il n'apparaît pas que le moyen nouveau soulevé à l'audience aurait pu être formulé dans la requête.

Par ailleurs, la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de concession ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens. Toutefois, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente, de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, et sous réserve de ce qui sera constaté à propos de l'un des griefs formulés au titre du moyen nouveau, l'illégalité alléguée apparaît bien évidente et a pu être débattue en tous ses aspects à l'audience, la partie adverse n'ayant d'ailleurs élevé aucune contestation à cet égard. Le moyen nouveau est donc recevable de ce point de vue.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

Il ressort de l'offre de l'attributaire du marché que c'est le sous-traitant de ce soumissionnaire, à savoir la société Poly-Tech Engineering, qui est certificateur agréé BREEAM et figure d'ailleurs, à ce titre, sur la liste de certificateurs produite par les requérantes elles-mêmes. Est joint à l'offre un engagement de ce sous-traitant à mettre à disposition ses capacités particulières. Le moyen ne peut donc être déclaré sérieux en tant qu'il conteste que la certification BREEAM ait été prise en considération dans le chef du soumissionnaire qui ne pouvait s'en prévaloir.

La partie adverse soutient avec vraisemblance que, dans le cadre de leur formation, les certificateurs BREEAM sont amenés à se familiariser avec certains aspects de la durabilité d'un bâtiment qui sont relatifs à la circularité et au réemploi des matériaux. Le moyen ne peut donc être déclaré sérieux en tant qu'il laisse entendre que la certification BREEAM ne permettrait pas d'établir la capacité requise à l'aide d'un des modes de démonstration fixés par les documents du marché, à savoir l'attestation de formation suivie dans le domaine du réemploi des matériaux. Les requérantes émettent certes des doutes quant au fait que la détention de cette agrégation BREEAM permettrait de satisfaire à l'un des modes de démonstration de la capacité prévus par le cahier spécial des charges, mais n'étayent pas cette allégation par des éléments qui contrediraient de manière évidente l'argument ainsi mobilisé par la partie adverse. Les débats ne permettent pas de révéler une illégalité évidente de l'acte attaqué, sous cet aspect particulier.

Le moyen nouveau n'apparaît donc pas sérieux.

VIII. Confidentialité

Les requérantes demandent que soit maintenue la confidentialité de leur offre produite dans leur dossier de pièces (pièce A).

La partie adverse dépose à titre confidentielle l'offre de R+ ARCHITECTURE, attributaire du marché litigieux. Cette offre est identifiée comme étant la pièce 13 du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce A du dossier des requérantes et la pièce 13 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 20 octobre 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy