

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

n° 255.438 du 9 janvier 2023

A. 237.856/VI-22.464

En cause : **la société anonyme SOCIÉTÉ POUR LE DÉVELOPPEMENT DES RÉSEAUX D'ASSAINISSEMENT ET D'EAU POTABLE**,
en abrégé SODRAEP,
ayant élu domicile chez
M^{es} Maxime VANDERSTRAETEN et
Jens MOSSELMANS, avocats,
chaussée de La Hulpe 120
1000 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée SOCIÉTÉ WALLONNE DES EAUX, en abrégé S.W.D.E.,
ayant élu domicile chez
M^{es} Mathieu THOMAS et
Lea TREFON, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 décembre 2022, la société anonyme Société pour le Développement des Réseaux d'Assainissement et d'Eau potable, en abrégé Sodraep, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la SWDE du 16 novembre 2022 de retirer la SA Sodraep de son système de qualification [« Réseaux »] pour une durée de 3 ans à partir du 16 novembre 2022 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 décembre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 décembre 2022.

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^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Maxime Vanderstraeten et Antoine Georis, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Mathieu Thomas et Lea Trefon, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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. Faits utiles à l'examen de la demande

1. La partie adverse a, pour la passation de certains marchés publics, établi des systèmes de qualification.

La société requérante est qualifiée pour le système de qualification « Réseaux » de la partie adverse pour une première période de cinq ans du 1^{er} février 2013 au 31 janvier 2018 et pour une seconde période de cinq ans du 1^{er} février 2018 au 31 janvier 2023.

2. Dans le cadre de ce système de qualification, la partie adverse invite, le 4 novembre 2014, la requérante à soumissionner pour un marché public ayant pour objet le « Remplacement de la conduite DN350 par une conduite DN600 entre le puits de Spiennes et les réservoirs de Mons ». Le 23 septembre 2015, la requérante obtient ce marché pour un montant de 2.868.836,02 euros HTVA. L'ordre de débiter les travaux prend effet le 4 janvier 2016 avec un délai d'exécution initialement fixé à 300 jours ouvrables.

3. Au cours de l'exécution de ce marché, plusieurs courriers et procès-verbaux de manquements sont adressés à la société requérante. La partie adverse lui reproche différents manquements et malfaçons constatés par les surveillants en charge du chantier. La requérante répond à ces courriers et constats.

4. Par courriel du 30 août 2022, la partie adverse convoque la société requérante à une réunion prévue le 8 septembre 2022 afin de « discuter » des « différents problèmes rencontrés dans le cadre de l'exécution des travaux ».

5. Par courrier du 2 septembre 2022, la partie adverse précise qu'elle souhaite entendre les arguments de la requérante concernant les « nombreuses difficultés et incidents qui ont émaillé l'exécution du dossier en ce compris :

- Les manquements relevés dans les procès-verbaux de carence qui vous ont été notifiés
- La mauvaise gestion globale du dossier
- Les différentes et nombreuses plaintes des riverains
- L'application éventuelle de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ».

6. La réunion se tient le 8 septembre 2022. Un procès-verbal de cette réunion est établi et communiqué à la société requérante le 22 septembre 2022. Au cours de la réunion, sont reprochés à la société requérante la mauvaise gestion globale du dossier, le non-respect du délai d'exécution, le nombre élevé de plaintes émanant de riverains, des autorités communales, du Parlement wallon et de Natagora ainsi que plusieurs problèmes rencontrés lors de la réalisation des travaux. La requérante répond à ces différents griefs et présente ses excuses pour l'ensemble des préjudices subis. La partie adverse mentionne, à la fin de la réunion, « la possibilité d'une sanction sur la base de l'article 48 de l'AR du 14 janvier 2013 au motif que les problèmes rencontrés lors de l'exécution des travaux sont conséquents et ont perduré dans le temps ».

7. Le 16 novembre 2022, le comité de direction de la partie adverse prend la décision suivante :

« 6. MARCHES

6.1. MONS - REMPLACEMENT DE LA CONDUITE DN350 PAR UNE CONDUITE DN600 ENTRE LES Puits DE SPIENNES ET LES RESERVOIRS DE MONS - EXCLUSION DE LA FIRME SODRAEP SA DE TOUS LES MARCHES DE LA SWDE – ARTICLE 48 DE L'ARRETE ROYAL DU 14 JANVIER 2013 Etablissant les REGLES GENERALES D'EXECUTION

Décision

Vu l'attribution du marché "Remplacement de la conduite DN350 par une conduite DN600 entre les puits de Spiennes et les réservoirs de Mons" ;
Vu les manquements importants et nombreux dans le chef de celle-ci dans le cadre de ses obligations contractuelles ;
Vu la procédure sur pied de l'article 48 de l'AR du 14 janvier 2013 enclenchée par la SWDE à l'encontre de la SA SODRAEP ;

Vu la convocation et l'audition de la SA SODRAEP intervenue le 8 septembre 2022 ;
Vu le procès-verbal de cette audition communiqué le 22 septembre 2022 et l'absence de remarques de SODRAEP à cet égard ;
Vu le caractère non convaincant et sérieux des moyens de défense exposés par la SA SODRAEP pour justifier ces carences ;
Vu la persistance des lacunes de l'entreprise SODRAEP SA depuis la réunion du 8 septembre 2022 ;
Le Comité de direction décide de retirer l'entreprise SODRAEP SA de son système de qualification pour une durée de 3 ans à partir du 16 novembre 2022.
Par cette action, l'entreprise SODRAEP SA ne pourra soumissionner, sous peine d'exclusion, seule, en groupement ou par le biais de la sous-traitance dans le cadre de marché de la SWDE durant la période du 16 novembre 2022 au 16 novembre 2025 ;
En conséquence, tous les marchés non attribués à cette date et pour lesquels la firme SODRAEP SA a déposé une offre ne pourront lui être attribués dans la mesure où la décision d'exclure l'entreprise SODRAEP SA de tous nos marchés prend cours le 16 novembre 2022 et s'apparente à une cause d'exclusion durant cette période ;
Le Comité de direction charge le service achats de notifier la décision d'exclusion à la société SODRAEP Sa ».

Il s'agit de l'acte attaqué, qui est communiqué à la requérante par courriel du 21 novembre 2022. Il est précisé dans ce courriel qu'il s'agit d'« exclure la firme Soadrep de tous les marchés publics de la SWDE pour une durée de 3 ans ». L'annexe à ce courriel, qui paraît être la proposition de décision présentée, pour accord, au comité de direction, contient les éléments suivants :

« 1. Objet

MONS – Remplacement de la conduite DN350 par une conduite DN600 entre les puits de Spiennes et les réservoirs de Mons.
Exclusion de la firme Soadrep SA de tous les marchés de la SWDE – article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles d'exécution générale.

2. Résumé succinct du dossier

Dans le cadre du marché public "Remplacement de la conduite DN350 par une conduite DN600 entre les puits de Spiennes et les réservoirs de Mons", la SWDE a confié les travaux à l'entreprise Soadrep SA pour un montant de 2.868.836,02 € HTVA en date du 23 septembre 2015.

[...]

Au cours de l'exécution des travaux, des manquements et malfaçons ont été constatés par les surveillants en charge du chantier. Divers courriers de mise en demeure ont dès lors été adressés à l'adjudicataire et des PV de défauts d'exécution ont été officiellement adressés.

Les manquements constatés sont les suivants :

[...]

3. Exposé du problème

En vertu de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles d'exécution qui prévoit que l'adjudicataire défaillant peut être exclu par l'adjudicateur de la participation à ses marchés pour une période de maximum trois ans, en particulier lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou

continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché.

En pratique la décision d'exclusion ne peut être prise qu'après que l'intéressé ait été entendu afin d'exposer ses moyens de défense. Une telle décision doit, en toute, lui être notifiée et faire référence à l'article 48 susvisé.

En application de cette disposition, la SWDE a convoqué en date du 30 août 2022 la société Soadrep pour l'entendre en ses moyens et explications.

[...]

Lors de [la] réunion [du 8 septembre 2022], la SWDE a exposé la gestion catastrophique du dossier telle que mentionnée ci-dessus. L'entreprise Soadrep SA a fait valoir ses moyens de défense tels que relatés dans le PV de cette audition.

[...]

Par ailleurs, la firme Soadrep SA confirmait, à l'issue de cette réunion, mettre tout en œuvre pour remédier aux problèmes cités ci-dessus et s'engageait à livrer toutes les informations manquantes.

Quasi deux mois plus tard, les problématiques soulevées ne sont toujours pas résolues, à savoir :

[...]

4. Décision

[motifs de la décision attaquée énoncés *supra*] ».

IV. Compétence du Conseil d'État

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante soutient que le Conseil d'État est, sur la base des articles 15 et 24 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, compétent pour connaître de la présente demande qui est dirigée contre une décision motivée de retrait d'un système de qualification, visée spécifiquement à l'article 4, alinéa 1^{er}, de la même loi. Elle précise ce qui suit :

« [...] Il est vrai que Votre Conseil, par son arrêt n° 245.962, du 30 octobre 2019, SA EVM PRINT, s'est déclaré incompétent pour connaître d'une décision d'exclusion à la participation de marchés publics prise sur pied de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après, les « règles générales d'exécution »).

Cet arrêt précise que c'est “[a]u regard de ces dispositions et clauses du cahier spécial des charges, d'une part, et des données du cas d'espèce d'autre part, [que] cet acte apparaît être relatif à l'exécution du contrat conclu entre la partie adverse et la partie requérante”.

Les circonstances sont en l'espèce différentes puisque l'acte attaqué confirme lui-même qu'il s'agit d'une décision de retrait d'un système de qualification : “Le

Comité de direction décide de retirer l'entreprise Sodraep SA de son système de qualification pour une durée de 3 ans à partir du 16 novembre 2022".

Cette décision de retrait s'appuie sur les règles de qualification établies par la partie adverse. En effet, la description du système de qualification "réseaux" de la S.W.D.E. dispose qu'un retrait de qualification peut être décidé si l'entrepreneur "ne répond plus aux critères de sélection qualitative fixés par le présent document", dont les motifs d'exclusion font partie. L'exclusion de Sodraep des marchés publics de la S.W.D.E. constitue à cet égard un motif d'exclusion facultatif au sens de l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

[...] Par conséquent, il ne s'agit en l'espèce pas pour Votre Conseil de statuer sur l'existence ou l'étendue d'un droit subjectif, mais d'apprécier la légalité d'une décision de retrait d'un système de qualification d'une autorité administrative, pour lequel Votre Conseil est spécifiquement compétent en vertu de l'article 4, al. 1^{er}, 4^o, de la loi du 17 juin 2013 ».

2. Note d'observations

La partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État pour connaître du présent recours.

Elle fait valoir que l'acte attaqué a pour fondement l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, que cette disposition permet au pouvoir adjudicateur d'exclure l'adjudicataire défaillant de la participation à ses marchés « lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché » et que faisant application de cette disposition, la partie adverse décide, par l'acte attaqué, d'exclure la requérante de tous ses marchés à passer et en cours de passation et de retirer cette dernière de son système de qualification « Réseaux » pour lequel elle est qualifiée (ou d'autres systèmes de qualification), pour une durée de trois ans à partir du 16 novembre 2022. La partie adverse expose qu'il « serait, en effet, illogique d'exclure la partie requérante de tous [ses] marchés, mais de la maintenir dans les systèmes de qualification » puisque « [c]eux-ci peuvent en effet servir de moyens d'appel à la concurrence dispensant alors le pouvoir adjudicateur de publier un avis de marché distinct et ils permettent au pouvoir adjudicateur de sélectionner directement les participants aux marchés spécifiques parmi les candidats déjà qualifiés (art. 140 et 148 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics) ». Elle en déduit que « [l]e retrait de la partie requérante du système de qualification "Réseaux", qui découle de la décision prise sur la base de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 d'exclure la partie requérante de l'ensemble des marchés publics de la partie adverse pour une durée de trois ans, est donc bien pris sur la base de l'article 48 précité, et non sur la base des règles relatives au système de qualification ». La partie

adverse relève que l'acte attaqué ne mentionne d'ailleurs à aucun endroit qu'il se fonderait sur les règles de retrait du système de qualification.

La partie adverse ajoute que l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 « instaure un régime d'exclusion propre, distinct d'autres régimes d'exclusion ou de retrait prévus par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics [...] ou la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] », qu'« aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit que ce régime d'exclusion ne pourrait pas être utilisé de manière autonome, pour exclure une entreprise défaillante de ses marchés qui englobent les systèmes de qualification » et que « [l]'effectivité de la sanction de l'article 48 RGE serait d'ailleurs remise en cause, si l'adjudicataire défaillant pouvait continuer à participer à certains marchés (et en réalité ne pas être exclu de tous les marchés), au motif que, pour ceux-ci, une autre procédure d'exclusion est prévue ».

Elle en déduit que l'acte attaqué porte sur l'exécution d'un marché public conclu entre elle et la requérante, plus précisément sur les manquements imputables à cette dernière dans le cadre de cette exécution, et que le présent recours concerne, dès lors, une contestation qui a pour objet des droits civils, qui est exclusivement du ressort des juges de l'ordre judiciaire.

Elle se réfère à deux arrêts du Conseil d'État (n° 245.962 du 30 octobre 2019 et n° 250.131 du 17 mars 2021) qui confirment qu'un acte pris sur la base de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 a trait à l'exécution d'un marché public, que toute contestation relative à cet acte porte conséquemment sur l'exécution dudit marché et que le Conseil d'État n'est dès lors pas compétent pour connaître du recours dirigé contre un tel acte.

Elle ajoute que les illégalités soulevées dans les trois premiers moyens de la requête confirment l'incompétence du Conseil d'État à statuer sur le présent recours, ce qu'elle détaille.

À titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Conseil d'État s'estimerait compétent pour connaître du recours en tant qu'il est dirigé contre la décision de retirer la requérante du système de qualification « Réseaux », la partie adverse maintient que la juridiction administrative n'est en tout cas pas compétente pour juger de la légalité de la décision d'exclure la requérante de la participation à tous ses marchés, cette décision ne pouvant être contestée que devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

3. Débats à l'audience

À l'audience, la requérante expose que la jurisprudence citée par la partie adverse n'est pas applicable à la présente espèce, dès lors que l'acte qu'elle attaque dans le cadre du présent recours n'est pas une décision d'exclusion de la participation à un marché public, mais la décision de retrait d'un système de qualification prise à l'encontre d'une entreprise déjà sélectionnée en vue de participer à de futurs marchés publics. Elle fait valoir que, dans cette hypothèse, l'application de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne peut avoir d'effet immédiat et que la partie adverse doit appliquer les règles du système de qualification avant de décider du retrait de l'entreprise concernée. Elle rappelle le contenu de ces règles, en insistant sur le fait que, s'agissant d'un motif d'exclusion facultatif, la partie adverse n'est pas tenue de décider du retrait de la requérante de son système de qualification, qu'en tout cas, la partie adverse doit prendre position sur ce point et entendre la requérante à ce sujet et que la décision de retrait adoptée *in fine* doit être motivée en respectant les conditions auxquelles un tel retrait est subordonné. Elle estime qu'il ressort de la lecture de l'acte attaqué que la partie adverse a bien adopté à son encontre une décision de retrait de son système de qualification. Elle affirme encore que l'application de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne dispense pas l'adjudicateur de respecter les conditions imposées par la loi du 17 juin 2013 en cas de retrait d'un système de qualification.

La partie adverse maintient à l'audience que la décision attaquée se fonde, non pas sur les règles d'un système de qualification, mais sur l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, que cette disposition peut être mise en œuvre de manière autonome, indépendamment d'autres procédures d'exclusion ou de retrait prévues par la loi ou d'autres arrêtés royaux et que l'application de cette disposition justifie l'exclusion de la requérante de tous ses marchés et systèmes de qualification. Elle insiste sur le fait que l'exclusion de la requérante ne se limite pas au système de qualification « Réseaux ». Elle estime, par ailleurs, qu'il ne faut pas exagérer la portée de la décision qui qualifie un opérateur économique dans un système de qualification puisqu'à l'occasion de l'attribution des marchés publics couverts par ce système, l'adjudicateur doit vérifier que les candidats qualifiés satisfont toujours aux critères de sélection qualitative et ne se trouvent pas dans des cas d'exclusion.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'acte attaqué se donne pour fondement l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Ceci ressort clairement des pièces du dossier et des motifs de l'acte attaqué lui-même.

La partie adverse a décidé de faire application de l'article 48 précité à la suite des manquements et malfaçons qu'elle a mis en évidence et estimé pouvoir imputer à la société requérante, au regard des obligations qui incombent à cette dernière dans le cadre du marché public relatif au « Remplacement de la conduite DN350 par une conduite DN600 entre le puits de Spiennes et les réservoirs de Mons ». Plusieurs procès-verbaux de manquements ont été établis à cette occasion. Ceux-ci font notamment référence à l'article 44 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité, lequel énonce les hypothèses dans lesquelles « l'adjudicataire est considéré comme en défaut d'exécution du marché » et précise que les manquements constatés rendent l'adjudicataire notamment passible de la sanction prévue par l'article 48.

L'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tel que modifié par l'article 26 de l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant cet arrêté royal et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant 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, prévoit ce qui suit :

« Sans préjudice de la possibilité de prendre des mesures correctrices telles que visées à l'article 70 de la loi et des sanctions prévues dans le présent arrêté, l'adjudicataire défaillant peut être exclu par l'adjudicateur de la participation à ses marchés pour une période de trois ans, plus particulièrement lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché ou qu'il n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité.

L'intéressé est entendu préalablement afin d'exposer ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée.

La décision de suspension doit faire référence au présent article.

La période d'exclusion est de trois ans. Pour le calcul du délai de trois ans, l'article 69, alinéa 2, de la loi s'applique.

La sanction prévue dans la présente disposition s'applique sans préjudice de celles visées par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux. La sanction visée par la présente disposition doit être considérée comme une "sanction comparable" au sens de l'article 69, alinéa 2, 7^o, de la loi ».

Dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 2017 précité, il est précisé ce qui suit, concernant la modification apportée à l'article 48 :

« Art. 26. Cette disposition remplace l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Dans un premier temps, il convient de signaler que les opérateurs économiques doivent avoir la possibilité, sur la base de l'article 70 de la loi [du 17 juin 2016], de démontrer leur fiabilité, malgré la présence d'un motif d'exclusion obligatoire ou facultatif (sauf dans le cas visé à l'article 70, alinéa 4,

de la loi). Il en résulte que les opérateurs économiques ne peuvent pas être exclus de manière absolue des marchés publics, y compris dans le cadre de l'article dont question ici. Même si un adjudicateur décide, sur la base de l'article ici examiné, d'exclure un adjudicataire de la participation à de futurs marchés, il n'en reste pas moins que cet opérateur économique, en exécution de l'article 70 de la loi, doit avoir l'opportunité de prouver, dans une procédure de passation ultérieure, que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.

Pour de plus amples informations sur les mesures correctrices, il est renvoyé à l'exposé des motifs de la loi (plus précisément au commentaire de l'article 69 du projet de loi, disposition devenue finalement l'article 70 de la loi; DOC 54 1541/001, p. 124).

Afin d'être certain que l'adjudicataire comprend la portée de la suspension évoquée ci-dessus, il est désormais clair que la décision d'exclusion doit faire référence à la disposition dont question ici, d'autant plus que la décision d'exclusion peut même entraîner l'exclusion des marchés publics d'autres adjudicateurs.

Les précisions précitées concernant les mesures correctrices ne s'appliquent pas aux marchés relevant de la loi défense et sécurité. Il n'est en effet renvoyé qu'à l'article 70 de la loi au premier alinéa.

S'agissant de la durée de l'exclusion, les alinéas 1^{er} et 4 indiquent qu'il s'agit d'une exclusion pour une période de trois ans, dans le droit fil de ce que prévoit l'article 69, alinéa 2, de la loi. Il ne s'agit donc plus d'un délai à définir par l'adjudicateur. Ce délai de trois ans doit être calculé de la même manière que dans la disposition précitée (y compris pour les marchés relevant de la loi défense et sécurité).

Il est dorénavant précisé que la sanction d'exclusion ne peut être prise que lorsqu'une défaillance importante ou persistante de l'adjudicataire a été constatée lors de l'application d'une disposition essentielle au cours de l'exécution du marché. Cette disposition est ainsi alignée sur l'article 69, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi. La sanction peut également encore être prise lorsque l'adjudicataire n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité.

Enfin, il est encore précisé à la fin de l'alinéa 5 que l'exclusion dont question ici constitue une "sanction comparable" au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi. Cela signifie que la décision d'exclusion prononcée par un adjudicateur peut également s'étendre à d'autres marchés publics ou contrats de concession. A cet égard, l'exclusion a les mêmes effets qu'une mesure d'office. Pour cette raison aussi, il est indispensable de veiller à ce que l'exclusion, lorsqu'elle est imputable à une défaillance, ne puisse être prononcée qu'en cas de défaillance importante ou persistante constatée lors de l'application d'une disposition essentielle au cours de l'exécution du marché ».

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 instaure un régime d'exclusion propre, distinct des régimes d'exclusion prévus par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

En effet, la mesure prévue par l'article 48 précité ne permet pas à l'adjudicateur d'exclure, de manière absolue et irrémédiable, l'adjudicataire défaillant de tous les marchés « à passer ». D'une part, l'exclusion fondée sur cette disposition est considérée comme une « sanction comparable » au sens de l'article 96, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi du 17 juin 2016 et ne constitue, dès lors, qu'un « motif d'exclusion facultatif » pour la participation à de futurs marchés. Ceci signifie que,

dans l'hypothèse où l'article 96 est applicable, l'adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de tels motifs, sauf disposition contraire dans les documents du marché. D'autre part, lors de procédures de passation ultérieures, l'opérateur économique concerné doit, en application de l'article 70 de la même loi, toujours avoir l'opportunité de prouver qu'il a pris les mesures correctrices suffisantes pour démontrer sa fiabilité malgré le motif d'exclusion applicable, à savoir, dans l'hypothèse qui nous occupe, la sanction prise à son égard sur la base de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. La possibilité qui doit être laissée à l'adjudicataire défaillant de démontrer, pour sa participation à de futurs marchés, qu'il a pris les mesures correctrices suffisantes résulte de la modification apportée par l'arrêté royal du 22 juin 2017 à l'article 48 lui-même. Il est, en effet, désormais expressément prévu que si l'adjudicateur peut exclure l'adjudicataire défaillant de la participation à ses marchés pour une période de trois ans, c'est « sans préjudice de la possibilité de prendre des mesures correctrices telles que visées à l'article 70 de la loi [du 17 juin 2016] ».

Il suit de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la partie adverse, le retrait d'un système de qualification ne peut être considéré comme la conséquence nécessaire et immédiate d'une sanction prise sur la base de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Un système de qualification a pour but de qualifier *a priori* des opérateurs économiques qui seront ensuite invités à participer à des procédures de passation de marchés publics ultérieures. L'exclusion ou le retrait d'un tel système en raison de l'existence d'une sanction fondée sur l'article 48 est subordonné à la triple condition que (1) l'absence de motifs d'exclusion facultatifs conditionne l'accès à ce système et fasse l'objet d'une vérification, que (2) l'opérateur économique concerné ait l'opportunité de démontrer qu'il a pris les mesures correctrices visées à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 et que (3) ces mesures soient jugées insuffisantes par l'adjudicateur. Dès lors, la décision d'exclure ou de retirer un opérateur économique d'un système de qualification ne peut être considérée comme le « corolaire logique » de la sanction prise par l'adjudicateur sur pied de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 de l'exclure de la participation à ses marchés.

Certes, le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître du recours introduit contre une décision prise sur la base de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, dès lors que cette décision constitue l'une des mesures que l'adjudicateur peut prendre quand des manquements sont constatés dans l'exécution d'un marché, que cet acte apparaît être relatif à l'exécution du contrat conclu entre cet adjudicateur et la partie requérante et que la contestation que celle-ci élève porte sur cette exécution.

En revanche, une décision d'exclusion ou de retrait d'un système de qualification, qui, pour les raisons déjà exposées, ne peut être considérée comme un effet corrélatif de la sanction prise sur la base de l'article 48 précité, est *prima facie* un acte qui peut faire l'objet des recours visés aux articles 14 et 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, s'agissant d'une décision visée à l'article 4, alinéa 1^{er}, 4^o, et 7, § 2, de cette loi. Conformément à l'article 24 de la même loi, la section du contentieux administratif du Conseil d'État connaît de ces recours lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Il n'est pas contesté que, lors de la délibération du 16 novembre 2022, le comité de direction de la partie adverse a notamment décidé « de retirer [la requérante] de son système de qualification pour une durée de trois ans à partir du 16 novembre 2022 ». Comme l'a encore relevé la requérante à l'audience, le présent recours est uniquement dirigé contre cette décision. *Prima facie*, le Conseil d'État est compétent pour connaître d'un tel recours.

Pour le surplus, il ne peut – au stade de l'examen de la compétence juridictionnelle du Conseil d'État pour connaître du recours dirigé contre l'acte attaqué – être préjugé des limites du contrôle de légalité qui s'imposeront, le cas échéant, lors de l'examen des moyens de la requête.

V. Premier moyen

V.I. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 7 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, du principe général des droits de la défense, du principe général *audi alteram partem* et du devoir de minutie.

Elle reproche à la partie adverse de ne pas l'avoir avertie de son intention de la retirer de son système de qualification « Réseaux », alors que l'article 7, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 impose à l'autorité adjudicatrice de

communiquer son intention d'adopter une telle décision quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification.

Elle développe son argumentation comme il suit :

« 22. L'article 7, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 exige que "Préalablement au retrait de la qualification d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services, l'autorité adjudicatrice communique à celui-ci cette intention et les raisons la justifiant au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification, ainsi que de la possibilité de faire part de ses observations dans ce même délai".

Cette exigence est une application des principes des droits de la défense et *audi alteram partem*, qui consistent à permettre à l'administré de faire valoir ses observations au sujet d'une mesure grave qu'elle envisage de prendre à son égard.

Ces principes impliquent que l'administré doive être informé de la nature de la mesure projetée. L'administré doit également être informé des motifs qui inciteraient l'autorité à prendre une telle mesure.

23. La convocation adressée le 30 août 2022 à Sodraep ne fait aucune mention de l'intention de la S.W.D.E. de la retirer de son système de qualification "réseaux".

Il y est uniquement indiqué que "Suite aux différents problèmes rencontrés dans le cadre de l'exécution des travaux□, la S.W.D.E. invite Sodraep dans ses locaux "afin d'en discuter".

24. Le 2 septembre 2022, soit trois jours ouvrables avant l'audition, la S.W.D.E. mentionne laconiquement "l'application éventuelle de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013□ sans autre précision.

25. Ce faisant, la S.W.D.E. n'a pas expliqué la nature de la mesure projetée, à savoir le retrait de son système de qualification "Réseaux".

Cet élément n'a pas davantage été mentionné lors de l'audition elle-même, dont le procès-verbal fait uniquement état du fait que "[l]a SWDE a mentionné la possibilité d'une sanction sur base de l'article 48 de l'AR du 14 janvier 2013□.

La partie adverse a donc méconnu l'article 7, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013, puisqu'elle n'a pas communiqué à la requérante son intention de la retirer de son système de qualification, et ne lui a par la même occasion pas laissé la possibilité de présenter ses moyens de défense à ce sujet, dans un délai de quinze jours avant la date prévue pour prendre cette décision.

26. En mentionnant de façon très évasive les points de discussions, trois jours ouvrables avant l'audition, la partie adverse a par ailleurs méconnu le principe selon lequel l'audition doit présenter un caractère utile, c'est-à-dire permettre à l'intéressé, dans un délai raisonnable, de contredire les faits que la S.W.D.E. envisageait de prendre en considération.

27. La S.W.D.E. n'a pas davantage invité Sodraep à se faire assister d'un avocat alors même que, lors de l'audition du 8 septembre 2022, la S.W.D.E. était quant à elle assistée de son conseil, ce qu'elle n'avait pas annoncé.

Comme le mentionne le procès-verbal de la réunion, le conseil de la S.W.D.E. a même eu un rôle actif lors de cette audition, allant jusqu'à demander "si oui ou non il y a une reconnaissance des faits reprochés par la SWDE", dans la claire intention de susciter des reconnaissances préjudiciables de la part de Sodraep.

28. Enfin, la décision d'exclusion est intervenue le 16 novembre 2022, soit plus de deux mois après l'audition des représentants de Sodraep.

L'écoulement du temps imposait à la S.W.D.E. de procéder à une nouvelle audition, ou à tout le moins d'interroger Sodraep sur les changements de circonstances intervenus entretemps depuis l'audition du 8 septembre 2022.

Une telle démarche s'imposait non seulement en vertu des droits de la défense et du principe *audi alteram partem*, mais aussi en vertu du devoir de minutie, lequel requiert de l'autorité qu'elle prépare avec soin ses actes, ce qui implique qu'elle s'informe complètement avant de statuer.

29. Pour toutes ces raisons, les dispositions et principes généraux visés au moyen ont été méconnus et le moyen est sérieux ».

2. Note d'observations

La partie adverse répond que l'article 7, § 2, de la loi du 17 juin 2013 n'est pas pertinent en l'espèce, l'acte attaqué n'ayant pas été adopté sur la base de cette disposition ou des règles fixées par le système de qualification « Réseaux », mais sur pied de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Elle répète que « le fait que la partie requérante soit retirée du système de qualification "Réseaux" pour une durée de trois ans n'est que la conséquence de la décision de l'exclure de tous les marchés prise sur pied de l'article 48 RGE et lui donne un "effet utile" » et en déduit que « ce sont donc les règles de cette disposition qui devaient être – et ont été en l'espèce – respectées ».

V.II. Appréciation du Conseil d'État

Pour les raisons déjà exposées à l'occasion de l'examen de la compétence du Conseil d'État pour connaître du présent recours, la décision de retrait du système de qualification qui est l'acte attaqué dans le cadre de ce recours ne peut être considérée comme un effet corrélatif de la sanction infligée à la requérante sur la base de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

La légalité d'une telle décision s'apprécie au regard des dispositions qui régissent le retrait des systèmes de qualification, notamment l'article 7, § 2, alinéa 2, 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. Conformément à cette disposition, l'autorité adjudicatrice doit, au moins quinze jours à l'avance, prévenir l'opérateur économique qualifié de son intention de le retirer de son système de qualification pour lui permettre de faire part de ses observations dans ce délai.

Il n'est pas contesté qu'en l'espèce, cette disposition a été méconnue.

Le premier moyen est sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, la décision du 31 juillet 2018 de renouveler son système de qualification « Réseaux » ainsi que son annexe, afin de ne pas nuire au secret des affaires et maintenir une concurrence loyale entre les entreprises, « le nom de chacune des entreprises qualifiées se retrouv[ant] sur ces documents ainsi que les montants pour lesquels elles sont qualifiées ». Il s'agit des pièces 2 et 3 du dossier administratif.

Cette demande n'étant pas contestée, 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 suspension de l'exécution de la décision prise le 16 novembre 2022 par le comité de direction de la SCRL Société wallonne des eaux de retirer l'entreprise SA Soadrep de son système de qualification « Réseaux » pour une durée de trois ans à partir du 16 novembre 2022 est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 2 et 3 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 9 janvier 2023, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret