

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

n° 260.372 du 2 juillet 2024

A. 242.049/VI-22.841

En cause : **la société anonyme LIXON**,
ayant élu domicile chez
M^e Cyrille DONY, avocat,
rue des Mélèzes 31
1410 Waterloo,

contre :

la société à responsabilité limitée
SCRL IMMOBILIÈRE SOCIALE ENTRE
SAMBRE ET HAINE,
ayant élu domicile chez
M^e Nathalie TISON, avocat,
rue Jules Destrée 72
7130 Binche.

Parties requérantes en intervention :

1. **la société anonyme BÉTONS ET MATÉRIAUX**
2. **la société anonyme**
LES ENTREPRISES GILLES MOURY,
formant ensemble la société momentanée **BEMAT-MOURY**
et ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Renaud SIMAR, Mathieu THOMAS et
Margaux DE GREEF, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 mai 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de l'IMMOBILIÈRE SOCIALE ENTRE SAMBRE ET HAINE du 30 avril 2024 d'attribuer le lot 1 "Bâtiment et coordination du lot 2" du marché public de travaux portant sur la rénovation énergétique de 201 logements sociaux et 30 annexes (réf. : PR20-24) » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 juin 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 juin 2024.

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

Par une requête introduite le 13 juin 2024, la SA Bétons et Matériaux et la SA Les Entreprises Gilles Moury, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

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

M^{me} Florence Piret, conseillère d'État, Présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Cyrille Dony, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Nathalie Tison, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Mathieu Thomas, avocat, comparaisant les parties requérantes en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Philippe Nicodème, auditeur adjoint 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les données de la cause relative à la présente demande de suspension se présentent comme il suit :

- « 1.
En date du 29 août 2023, la partie adverse publie un avis de marché au Bulletin des Adjudications, relativement à un marché de travaux pour la rénovation énergétique de 201 logements sociaux et 30 annexes sis à la Cité Péronnes Village, Rue Louis De Brouckere / Rue Omer Jauson / Rue Joseph Lavenne / Rue Emile Vinck / Rue Emile Zola / Rue Léon Beuze / Rue Adrien Hulin à Péronnes-Lez-Binche.

Ce marché est divisé en deux lots :

- lot 1 Bâtiment et coordination du lot 2,
- lot 2 Menuiseries extérieures et volets.

Le marché est passé par procédure ouverte selon le critère du meilleur rapport qualité/prix.

2.

Quatre entreprises ont remis une offre à savoir :

1. La SA CBD ;
2. La SA Etablissement Jean WUST ;
3. La SA LIXON ;
4. La SA BEMAT.

3.

La SA LIXON, partie requérante, est informée ne pas être sélectionnée pour le marché litigieux par un courrier du 14 mai 2024 libellé comme suit :

“ Madame, Monsieur,

Conformément à l'article 8 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, nous vous informons que le marché précité a été attribué par notre immobilière le 30 avril 2024 [lire : 28 mars 2024] à un autre soumissionnaire.

Veillez trouver ci-dessous les motifs de votre non-sélection :

‘ Il est demandé dans les critères de sélection qualitative une copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre devant atteindre le montant du marché.

Le soumissionnaire a fourni une attestation d'assurance RC avec une garantie de 5 millions d'€ or le montant de son offre est de 11.137.810,34€. Le soumissionnaire n'a pas fourni une attestation répondant complètement au minimum requis en termes d'assurance RC.

Conformément à l'article 73, §3 et §4 de la loi du 17 Juin 2018, le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification du respect des critères de sélection qualitative énumérés au cahier spécial des charges.

Il ressort de cette analyse que le critère ‘Assurance RC’ n’est pas rempli dans le chef du soumissionnaire en ce qu’il ne démontre pas avoir une assurance RC d'un montant équivalent au montant du marché.

Si le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de compléter ou d'expliquer les certificats reçus, il ne peut permettre une régularisation en autorisant un soumissionnaire à corriger son offre.’

Le pouvoir adjudicateur observera un délai d'attente de 15 jours de calendrier entre cette communication et la conclusion du marché, conformément à l'article 11 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. Ce délai prend cours le lendemain du jour de l'envoi de cette communication.

Conformément aux articles 15, 23 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, vous disposez d'un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de la présente communication, afin d'introduire éventuellement une demande de suspension auprès de la juridiction compétente. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'État, par une procédure d'extrême urgence.

En l'absence d'une information écrite à notre immobilière en ce sens, parvenue dans le délai accordé, la procédure sera poursuivie.

Conformément aux articles 14, 23 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, nous vous Informons que vous pouvez également introduire un recours en annulation contre cette décision auprès du Conseil d'État. Ce recours doit être introduit sous peine d'irrecevabilité dans les 60 jours à partir du jour suivant la date de la présente communication. Le recours est introduit par une demande datée qui doit être signée par vous ou par un avocat. La demande doit être envoyée soit par lettre recommandée adressée au greffe du Conseil d'État, rue de la Science. 33 à 1040 Bruxelles, soit par procédure électronique via le site <http://conseildEtat.be/?page=e-procedure&lang=fr>.

En cas de recours introduit, veuillez-nous en informer par e-mail ou tout autre moyen électronique.

Nous vous remercions pour votre marque d'intérêt et espérons pouvoir à nouveau faire appel à votre participation à une prochaine occasion.

Vous souhaitant bonne réception de la présente, je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de mes meilleurs sentiments" ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 13 juin 2024, la SA Bétons et Matériaux et la SA Les Entreprises Gilles Moury demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaires du lot 1 du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 4, 5 et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65 et 67 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4, 5 et 8 de la loi du 17 juin 2013 relative 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 articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de transparence, de concurrence et de minutie, du principe *Patere legem quam ipse fecisiti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

L'énoncé de la première branche du moyen unique est rédigé comme il suit :

« Première branche

En ce que la partie adverse a estimé ne pas pouvoir sélectionner l'offre de la requérante au motif que le niveau requis en termes d'assurance RC n'aurait pas été atteint□;

Que la partie adverse a ainsi considéré que seule l'assurance RC Exploitation est une assurance des risques professionnels□;

Alors qu'en l'espèce, les soumissionnaires devaient fournir une copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés afin de démontrer leur capacité économique et financière□; qu'à titre de niveau minimal d'exigence, le cahier spécial des charges a précisé que la garantie minimale par sinistre devait atteindre le montant du marché□; que le cahier spécial des charges évoque donc uniquement l'assurance des risques professionnels et ne vise pas spécifiquement l'assurance RC□;

Qu'afin de démontrer sa capacité économique et financière, la requérante a ainsi fourni une attestation mentionnant l'ensemble des assurances visant à couvrir les risques professionnels pouvant survenir dans le cadre du marché litigieux□;

Qu'en tenant compte de l'ensemble desdites assurances contractées par la requérante,□le montant couvert s'élève à plus de 180 millions d'euros, soit un montant très largement supérieur au montant de son offre (11.137.810,34 EUR)□;

Que la partie adverse ne peut donc désormais considérer que seule l'assurance RC Exploitation serait à prendre en considération pour apprécier le respect du niveau d'exigence fixé pour ce critère□;

Que, par voie de conséquence, l'offre de la requérante aurait dû être sélectionnée dans la mesure où le niveau minimal d'exigence a été atteint et même largement dépassé par la requérante□;

Qu'en tout état de cause, l'acte attaqué ne contient aucune motivation permettant de justifier pour quelle(s) raison(s) la partie adverse a estimé que seule l'assurance RC Exploitation devait être prise en considération dans le cadre du critère□de sélection en cause ; qu'à ce stade, la requérante n'est donc pas en mesure de comprendre, de vérifier et, le cas échéant, de contester les raisons de sa non-sélection dès lors que celles-ci n'ont pas été exposées par la partie adverse ».

La requérante résume les développements de la première branche du moyen unique en ces termes :

« Alors que l'offre de la requérante n'a pas été sélectionnée au motif qu'elle n'aurait pas atteint le niveau minimal d'exigence requis en termes d'assurance des risques professionnels, la requérante entend démontrer que□la partie adverse aurait dû sélectionner son offre (première branche) [...]

Premièrement, les soumissionnaires devaient fournir une copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés afin de démontrer leur capacité économique et financière. A titre de niveau minimal d'exigence, le

cahier spécial des charges a précisé que la garantie minimale par sinistre devait atteindre le montant du marché.

Afin de démontrer sa capacité économique et financière, la requérante a ainsi fourni une attestation mentionnant l'ensemble des assurances visant à couvrir les risques professionnels pouvant survenir dans le cadre du marché litigieux. En tenant compte de l'ensemble desdites assurances, le montant couvert s'élève à plus de 180 millions d'euros, soit un montant très largement supérieur au montant de son offre (11.137.810,34 EUR).

L'offre de la requérante aurait dès lors dû être sélectionnée dans la mesure où le niveau minimal d'exigence a été atteint et même largement dépassé ».

B. Note d'observations et requête en intervention

La réponse à la première branche du moyen unique fait l'objet de développements qui n'ont toutefois pas été résumés par les parties.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Parmi les critères de sélection qualitative, le point 3.2 du cahier spécial des charges prévoit notamment ce qui suit :

« Pour l'appréciation des capacités financière et technique du soumissionnaire, les références suivantes sont requises :

[...]

Une copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre devant atteindre le montant du présent marché ».

La décision de non-sélection de la requérante est motivée par le fait qu'elle « a fourni une attestation d'assurance RC avec une garantie de 5 millions d'€ or le montant de son offre est de 11.137.810,34€ » en sorte que « [l]e soumissionnaire n'a pas fourni une attestation répondant complètement au minimum requis en termes d'assurance RC » et que « le critère Assurance RC n'est pas rempli dans le chef du soumissionnaire en ce qu'il ne démontre pas avoir une assurance RC d'un montant équivalent au montant du marché ».

Dans la première branche du moyen unique, la partie requérante soutient que contrairement à ce qu'indiquent les motifs de l'acte attaqué, celle-ci n'a pas fourni une seule attestation d'assurance RC avec une garantie de 5.000.000 euros, mais plusieurs attestations d'assurances. Elle soutient que l'ensemble des assurances produites devaient être retenues au titre d'« assurance des risques professionnels » et que les attestations couvraient très largement le montant de son offre.

En particulier, la requérante a produit quatre attestations d'assurance :

- une première attestation relative à une assurance RC Exploitation et RC Après Livraison d'un montant de 5.000.000 euros, chacune, par sinistre, en dommages corporels, matériels et immatériels consécutifs ;
- une deuxième attestation relative à une assurance « tous risques chantiers » (TRC) d'un montant de 12.500.000 euros par chantier, à concurrence de la valeur des travaux assurés, en dommages matériels, la garantie couvrant aussi les dommages aux biens existants du maître de l'ouvrage, dus à l'exécution des travaux assurés, à concurrence d'un montant de 1.000.000 euros par événement ; à cette assurance, s'ajoute une assurance RC à l'égard des tiers à concurrence de 625.000 euros par sinistre en dommages matériels, corporels et immatériels en relation avec les travaux assurés, la couverture étant acquise après épuisement des polices de responsabilité civile des participants autres que le maître de l'ouvrage ;
- une troisième attestation d'assurance « accidents de travail » garantissant, conformément aux dispositions légales en la matière, les accidents du travail et du chemin du travail pouvant survenir à l'ensemble des membres du personnel ;
- une quatrième attestation d'assurance obligatoire RC décennale des entrepreneurs où la valeur assurée « par sinistre » est égale à la valeur de reconstruction limitée au minimum légal de 500.000 euros par logement (indice Abex 648), soit 201 logements x 796.296 euros ; cette assurance couvrant les dommages matériels et immatériels à l'ouvrage assuré en raison de vices portant atteinte à la solidité ou la stabilité de l'ouvrage.

Pour prouver leur capacité financière, les soumissionnaires doivent, conformément au point 3.2 précité du cahier spécial des charges, fournir une copie de l'« assurance des risques professionnels » et la mention « des montants assurés ». Le cahier impose, comme niveau minimal d'exigence, que « la garantie minimale par sinistre [doit] atteindre le montant du présent marché ».

Les termes « assurance des risques professionnels » sont aussi visés à l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui dispose que « [l]a preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par [...] la preuve d'une assurance des risques professionnels ». Selon le rapport au Roi, « [l'article 67] transpose l'article 58.3 de la directive 2014/24/UE, ainsi que de la première partie de l'annexe XII de la

directive précitée ». La notion d'« assurance des risques professionnels » n'est toutefois définie ni dans la loi du 17 juin 2016 ou dans les documents parlementaires ni dans l'arrêté royal du 18 avril 2017 ou dans le rapport au Roi ni dans la directive 2014/24/UE ou dans l'annexe XII de cette directive ni, en l'espèce, dans le cahier spécial des charges.

En l'absence de définition du critère de sélection dans les documents du marché, celui-ci doit, selon une jurisprudence bien établie, être interprété au regard de son sens usuel. Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, une assurance des risques professionnels permet de couvrir tous les risques juridiques liés à l'exercice d'une activité professionnelle. *Prima facie*, elle englobe l'ensemble des contrats d'assurance pouvant être souscrits par une entreprise en lien avec son activité.

La référence à une « assurance des risques professionnels » semble donc potentiellement viser tous les contrats d'assurance souscrits par les soumissionnaires pour couvrir les différents risques liés à l'exercice de leur activité. Cette lecture est renforcée par le fait que le cahier demande la « mention des montants assurés » (au pluriel).

Il importe peu que, dans les clauses concernant l'exécution du marché, le point 6 du cahier spécial des charges relatif aux « modalités complémentaires en matière d'assurance » identifie différentes assurances : assurance responsabilité en matière d'accident du travail et assurance responsabilité vis-à-vis des tiers (en se référant à l'article 24, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics), assurance tous risques chantier et assurance responsabilité civile décennale des entrepreneurs. Comme le relève la partie adverse elle-même, dans sa note d'observations, il y a lieu de distinguer la phase d'attribution du marché de celle de son exécution. Sauf les précisions qui seraient apportées à ce sujet dans les documents du marché – *quod non* en l'espèce –, les clauses relatives à l'exécution du marché ne peuvent *a priori* pas servir à interpréter, dans un sens ou dans un autre, les critères de sélection que le pouvoir adjudicateur a entendu imposer dans la phase d'attribution du marché.

Les parties intervenantes soutiennent, dans leur requête, qu'« à partir du moment où le cahier spécial des charges stipule que l'on doit mentionner les montants assurés avec une garantie minimale par sinistre, il ne peut s'agir que de l'assurance RC [s'agissant] de la seule couverture d'assurance où les montants assurés par sinistre peuvent être différents selon les compagnies ». Elles ajoutent que, comme la garantie minimale doit atteindre le montant du marché « par sinistre » et que toutes les attestations d'assurance produites par la requérante couvrent des

risques différents, « chaque police d'assurance fournie [par la requérante] devrait atteindre le montant du marché, ce qui n'est pas le cas ».

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, le raisonnement des parties intervenantes ne peut être suivi. Elles attachent une importance particulière aux termes « par sinistre » en postulant la rationalité de l'auteur du cahier spécial des charges. Un tel raisonnement se heurte toutefois au libellé particulièrement obscur du critère de sélection, lu dans son ensemble, alors que le principe de transparence impose que de tels critères soient suffisamment clairs, précis et non ambigus pour permettre aux opérateurs économiques bien informés et normalement diligents d'en connaître la juste portée et de savoir, à la seule lecture des critères de sélection, si le marché est susceptible de les concerner ou pas. Le raisonnement des parties intervenantes est par ailleurs contredit par la formule utilisée, dans l'avis de marché, où les termes « par sinistre » ne sont pas repris : il est, dans cet avis, mentionné comme critère de sélection, « la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels avec mention des montants assurés » et, comme niveau spécifique minimal exigé, une « garantie minimale égale au montant du marché ». La partie adverse indique elle-même, dans sa note d'observations, que « les soumissionnaires devaient déposer en annexe de leur offre la preuve d'une assurance risques professionnels pour un montant minimal équivalent au montant de leur offre », sans plus faire référence à une garantie minimale « par sinistre ».

Au vu de la formulation du critère de sélection litigieux, il convient *prima facie* de considérer que la motivation de la décision de non-sélection de la requérante – qui réduit le critère de sélection à la production d'une attestation d'assurance RC d'un certain type (sans même préciser lequel) – paraît, à tout le moins, insuffisante et inadéquate.

Dans cette mesure, le moyen unique, en sa première branche, est sérieux.

Le caractère sérieux de la première branche du moyen de la requête suffit à ordonner la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché litigieux aux parties intervenantes.

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 requérante demande que l'offre qu'elle dépose soit tenue confidentielle pour ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce 4 annexée à la requête.

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les offres des différents soumissionnaires. Il s'agit des pièces 9 à 12 du dossier administratif.

Ces demande et dépôt n'étant pas contestés, 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 requête en intervention introduite par la SA Bétons et Matériaux et la SA Les Entreprises Gilles Moury est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 28 mars 2024 par l'organe d'administration de la société de logement de service public SCRL Immobilière sociale entre Sambre et Haine d'attribuer, à la SA Bétons et Matériaux et à la SA Les Entreprises Gilles Moury, le lot 1 du marché portant sur la « rénovation énergétique de 201 logements sociaux et 30 annexes » (PR20-24) est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 9 à 12 du dossier administratif et la pièce 4 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 2 juillet 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseillère d'État, présidente f.f.,
greffière.

La greffière,

La Présidente,

Nathalie Roba

Florence Piret