CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.538 du 2 septembre 2013

G./A.209.602/VI-20.026

En cause : **la société anonyme EURO DB**,
anciennement dénommée COFACE SERVICES BELGIUM

ayant élu domicile chez
Me Jean-Louis LODOMEZ, avocat,
place du Champ de Mars, n° 5/11,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des chances,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société de droit luxembourgeois INFOBASE EUROPE,

ayant élu domicile chez
Mes Jens DEBIEVRE, Sofie VERLINDEN et
Mehdi MELLAH, avocats,
avenue du Port, n° 86c, bte 113,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e^ CHAMBRE,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 29 juillet 2013, la société anonyme EURO DB (anciennement dénommée COFACE SERVICES BELGIUM) sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" - la décision de sélection qui a vraisemblablement été rendue le 9 juillet 2013, par le directeur de la direction des achats (DSA) de la Police Fédérale, Monsieur Christian GELDHOF, dans le «dossier n° DGS/DSA R3 2012 R3 061 relatif à un marché mixte pluriannuel de services relatif à la connexion et la consultation d'une banque de données juridique-économique au profit de la police intégrée» («cahier spécial des charges n° DGS/DSA 2012 R3 061 du 18 juillet 2011») dont un extrait contenant uniquement les «motifs de sa non sélection» lui a été communiqué par la

POLICE FEDERALE dans un courrier daté du 9 juillet 2013 mais qui n'a été envoyé que le 15 juillet 2013.
- et pour autant que de besoin, la suspension de l'exécution du marché précité, conformément à l'article 65/13 de la loi sur les marchés publics du 24/12/1993".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 juillet 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 août 2013 à 10 heures 30.

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

La société de droit luxembourgeois INFOBASE EUROPE a, par une requête introduite le 23 août 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Jean-Louis LODOMEZ, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Alain VERRIEST loco Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Sofie VERLINDEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. a. Les sociétés EURO DB (anciennement dénommée COFACE SERVICES BELGIUM) et INFOBASE EUROPE exercent, toutes deux, des activités de production et d'exploitation de bases de données d'informations légales, économiques et financières.

III. 1. b. Selon ses dires, non contestés quant à ce, la requérante est, à la fin des années nonante, devenue membre d'un groupe français nommé "ORT", actif dans le même secteur.

III. 1. c. L'intervenante avait, quant à elle, repris l'activité d'une société HELP qui avait conçu une base de données dénommée "INFOBASE".

III. 1. d. En vertu d'une convention, conclue le 11 septembre 1990 et qui a été exécutée jusqu'au 26 novembre 1992, ORT avait acquis des données "INFOBASE".

III. 1. e. Déclarant profiter, pour avoir ainsi rejoint ce groupe à la fin des années nonante, de la disponibilité des bases de données d'ORT, la requérante reconnaît que des données, en l'état en 1992, susceptibles d'avoir une origine "INFOBASE" eu égard à la convention du 11 septembre 1990 évoquée, ont pu se retrouver dans ses bases de données.

III. 1. f. Cette situation est à l'origine d'un contentieux qui s'est traduit par plusieurs actions mues devant les juridictions de l'ordre judiciaire, lesquelles ont rendu diverses décisions. Parmi celles-ci, doivent être relevés des arrêts rendus par la cour d'appel de Bruxelles les 2 avril et 11 septembre 2009, qui condamnent la requérante au paiement de dommages et intérêts en faveur de l'intervenante.

C'est dans ce contexte particulier que doivent être examinés les faits relatifs au marché litigieux, dont la passation a donné lieu à l'adoption de l'acte attaqué par le présent recours.

III. 2. Le 18 juillet 2011, la partie adverse a adopté un cahier spécial des charges portant la référence DGS/DSA 2012 R3 061, relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un "marché mixte pluriannuel de services relatif à la connexion et la consultation d'une banque de données juridique-économique au profit de la police intégrée".

Les candidats ont été invités à faire parvenir leur offre avant la séance d'ouverture des offres, laquelle était prévue le 12 septembre 2011 à 11 heures au siège de la direction des achats de la police fédérale.

Au cours de la période précédant la passation du marché litigieux, les prestations qui en constituent l'objet étaient assurées par la requérante dans le cadre d'un marché référencé DMA 2007 R3 004 "relatif à un marché pluriannuel de services relatif à la connexion et la consultation d'une banque de données juridique économique au profit de la police intégrée", dont l'exécution devait prendre fin le 31 décembre 2011.

III. 3. Deux offres ont été déposées, respectivement par la société COFACE SERVICES BELGIUM et la société INFOBASE EUROPE.

III. 4. Par un courrier recommandé du 14 septembre 2011, la partie adverse a invité la partie requérante à fournir des explications au sujet de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 11 septembre 2009 la condamnant au paiement de dommages et intérêts en raison de l'exploitation d'une base de données hors cadre de licence.

La partie requérante a répondu à ce courrier en date du 28 septembre 2011.

III. 5. Par un courriel du 18 octobre 2011, la partie adverse a invité la partie requérante à participer, le 19 octobre 2011, à une séance d'information afin d'y fournir des explications concernant l'utilisation de sa base de données. A la demande de la partie requérante, cette séance d'information a été postposée au 21 octobre 2011.

III. 6. Par un courriel du 1er décembre 2011, la partie adverse a invité la partie requérante à lui communiquer trois documents nécessaires dans le cadre de la sélection qualitative, à savoir un extrait récent du casier judiciaire, une attestation récente de paiement de la T.V.A., une attestation récente de paiement des impôts.

La partie requérante a répondu à ces demandes dans le courant du mois de décembre 2011.

III. 7. Par un courrier du 19 décembre 2011, la partie adverse a sollicité de la partie requérante la prolongation, pour un délai de trois mois, du contrat n° DMA 2007 R3 004.

Par un courrier du 3 mai 2012, la partie adverse a renouvelé cette demande et a sollicité une nouvelle prolongation du contrat jusqu'au 30 juin 2012.

III. 8. Un rapport, établi par les services de la partie adverse le 24 avril 2012 et signé le 29 mai 2012, propose d'attribuer le marché litigieux à la requérante.

III. 9. Saisie d'une demande d'avis portant sur la proposition d'attribution du marché litigieux à la requérante, l'Inspection des finances a considéré, le 12 juin 2012, que la condamnation de celle-ci pour usage sans droit de données constituait une faute grave objectivement constatée justifiant son exclusion dans le cadre du marché litigieux.

III. 10. Par un courriel du 8 janvier 2013, la partie adverse a confirmé "la suppression de tous les accès à [la base de données de la partie requérante], en ce compris les accès des zones de police" au motif que "le contrat cadre […] n'existe plus depuis le 31-12-2012".

III. 11. Par télécopie et par courrier recommandé du 28 janvier 2013, la partie adverse a informé la partie requérante de ce qu'elle n'avait pas été sélectionnée dans le cadre du marché litigieux.

III.12. Par une requête introduite le 11 février 2013, la partie requérante a sollicité, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de cette décision. Par un arrêt n° 222.704 du 1er mars 2013, le Conseil d'Etat a ordonné la suspension de l'exécution, d'une part, de la décision de non sélection de l'offre de la partie requérante et, d'autre part, de la décision d'attribuer le marché litigieux à la société INFOBASE EUROPE.

III.13. Le 17 mai 2013, la partie adverse a décidé de retirer sa décision du 28 janvier 2013.

III.14. Le 9 juillet 2013, la partie adverse a pris la décision de ne pas sélectionner la partie requérante dans le cadre du marché litigieux et d'attribuer celui-ci à la société INFOBASE EUROPE.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 23 août 2013, la société INFOBASE EUROPE demande à intervenir dans la présente procédure en référé d'extrême urgence.

Cette société étant l'attributaire du marché contesté, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE QUANT A L'OBJET

Le premier objet de la requête doit être interprété comme portant non seulement sur la décision de non-sélection qualitative de la requérante, mais également sur la décision d'attribution du marché litigieux à l'intervenante. Il s'agit, en effet, d'un même acte qui comporte deux chefs de décisions, dont seul le premier a été notifié à la requérante.

Par ailleurs, aux termes de sa requête, la requérante sollicite "pour autant que de besoin", la suspension de l'exécution du marché concerné, conformément à l'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il n'est pas contesté que le marché litigieux était soumis à la publicité européenne.

L'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993 précitée est libellé comme suit :

" La suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation de l'article 65/11.
L'autorité adjudicatrice informe l'adjudicataire sans délai de cette suspension et lui ordonne, selon le cas, de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché.
Lorsqu'après la suspension de plein droit de l'exécution du marché, aucune demande d'annulation de la décision d'attribution ou de déclaration d'absence d'effets du marché n'est introduite dans les délais applicables prévus à l'article 65/23, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché sont levées de plein droit.".

Si le contrat avait été conclu en violation de l'article 65/11 – ce qui ne semble pas être le cas, selon les affirmations du conseil de la partie adverse – la suspension de son exécution interviendrait par l'effet de la loi à la suite de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché public contestée. Il n'appartient donc pas au Conseil d'Etat de statuer, en application de l'article 65/13 précité, sur une demande de suspension du contrat éventuellement conclu.

Il s'ensuit que, dans la mesure où elle tend à la suspension de l'exécution du marché litigieux, la requête est irrecevable.

VI. PREMIER MOYEN – DEUXIEME BRANCHE

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la "violation des articles 69 § 2 et 110 §1er de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et aux concessions de travaux publics, de l'article 14, § 6 du Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics, du principe de proportionnalité, de la liberté de commerce et d'industrie, du principe général de bonne administration

et de l'interdiction de l'erreur manifeste d'appréciation". En sa deuxième branche, elle le formule comme suit :

" En ce que (Deuxième branche), par l'acte querellé, la PARTIE ADVERSE a écarté la REQUERANTE de la sélection sur le fondement des articles 69 § 2, 4° et 110 § 1 de l'AR du 8/01/1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et aux concessions de travaux publics et de l'article 14, § 6 du Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics :

«compte tenu de ses silences tant dans l'exécution du marché actuel que dans la procédure d'attribution en cours».

Alors que, la faute imputée à la REQUERANTE est inexistante et/ou ne permet pas à la PARTIE ADVERSE de justifier l'écartement de la REQUERANTE du marché litigieux.

Que la PARTIE ADVERSE retient en effet à tort que la REQUERANTE aurait commis une faute grave à caractère professionnel – quod non est - dès lors qu'en «vertu du cahier spécial des charges, la simple participation à la procédure vaut déclaration implicite sur l'honneur que le soumissionnaire ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné au point 5.3.1. du cahier spécial des charge» et qu'elle aurait:

- «omis d'avertir le pouvoir adjudicateur, lors du dépôt de son offre, que la propriété des données proposées dans le cadre de son applicatif était sujette à caution et que de nombreux recours quant à la portée de celle-ci étaient diligentés contre lui et in fine que plusieurs arrêts le condamnant avaient été prononcés»;
- «méconnu d'aviser le pouvoir adjudicateur "dès la première manifestation d'un tiers – in casu INFOBASE – contre l'adjudicateur" - in casu [EURO DB] – et ce, en violation de l'article 14 § 6 du cahier général des charges».

Que l'AR du 8/1/1996 dispose que :

- «le pouvoir adjudicateur procède à la sélection qualitative des soumissionnaires, sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de chaque prestataire de services, ainsi que des renseignements et documents nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique, requis en vertu des articles 69 à 73ter du présent arrêté» [Art. 68, alinéa 1er];
- «le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles des références citées aux 1°, 2° et 3° qu'il a choisies ainsi que les autres références probantes qu'il entend obtenir» [art. 70, alinéa 4].

Il appartenait donc à la PARTIE ADVERSE de «requérir» les informations et documents nécessaires à cet effet dès lors que si «les règles de sélection qualitative au sens strict, permettant d'apprécier la capacité économique, financière et technique, sont précisées dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Ces dispositions déterminent les références et preuves pouvant être demandées par le pouvoir adjudicateur, mais elles n'en fixent pas le niveau. Il appartient dès lors au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans l'avis de marché les références qu'il entend obtenir, voire même les niveaux à atteindre par les entreprises pour être prises en considération lors de la sélection. Dans le régime classique, c'est dans cet avis que les candidats ou soumissionnaires intéressés doivent pouvoir prendre connaissance des références et preuves demandées. Il ne suffit donc pas de renvoyer aux dispositions du cahier spécial des charges ou à d'autres documents disponibles auprès du pouvoir adjudicateur.» [Circulaire du Premier Ministre du 10/02/1998 relative aux «Marchés publics – Sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services»].

Que le Cahier Spécial des charges établi par la PARTIE ADVERSE pour l'attribution du marché litigieux stipule quant à lui que «le pouvoir adjudicateur examinera les critères d'exclusion suivant :

- le fait que le fournisseur ne se trouve pas dans l'une des situations de l'article 69, paragraphe 1 [existence d'une condamnation passée en force de chose jugée pour participation à une organisation criminelle, fraude, corruption et/ou

blanchiment] et paragraphe 2, 1° [état de faillite, de liquidation, de cessation d'activité ou de réorganisation judiciaire], 2° [a fait aveu de faillite ou fait l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire] et 3° [existence d'une condamnation passée en force de chose jugée pour une délit affectant sa moralité professionnelle] ;

- le fait qu'il est satisfait aux exigences de l'article 69 paragraphe 2, 5° [absence d'arriéré de paiement de ses cotisations ONSS], 6° [absence d'arriéré de paiement auprès de l'administration fiscale] de l'AR du 8 janvier 1996;
- le fait qu'il est satisfait aux exigences de l'article 69 bis paragraphe 1 et 2 [existence d'un certificat émanant de l'autorité compétente attestant que l'adjudicataire est en ordre de cotisation sociale pour les travailleurs qu'il emploie], de l'AR du 8 janvier 1996.

Conformément à la circulaire du 23 avril 2007 relative à la simplification administrative, les soumissionnaires NE doivent PAS envoyer la preuve de leur conformité».

Qu'il n'est pas contesté que ni les arrêts des 2/4 et 11/9/2009, ni la contrefaçon qu'ils constatent ni aucune autre décision et/ou document quelconque ne démontrent qu'EURO DB se trouverait dans l'une des situations visées par ces dispositions du Cahier Spécial des charges et/ou l'avis de marché.

EURO DB n'avait donc pas à avertir la PARTIE ADVERSE de l'existence de ces arrêts lors du dépôt de son offre et aucune faute ne peut lui être imputée pour avoir «omis» de communiquer ceux-ci à cette occasion.

Que l'article 14, § 6 alinéa 1er du Cahier Général des charges ne peut permettre à la PARTIE ADVERSE de remédier à ce silence du Cahier Spécial des charges établi par elle et instituer une obligation de dévoiler des documents et/ou informations dans le cadre de la soumission au marché litigieux alors qu'il n'y est fait aucune référence dans le Cahier spécial des charges et encore moins dans l'avis de marché.

Qu'au demeurant, cette disposition prévoit que «dès la première manifestation de la revendication d'un tiers contre l'adjudicataire ou le pouvoir adjudicateur, ceux-ci doivent s'informer l'un l'autre et prendre toute mesure dépendant d'eux pour faire cesser le trouble et se prêter assistance mutuelle, notamment en se communiquant les éléments de preuve ou les documents utiles qu'ils peuvent détenir ou obtenir».

L'économie de cette disposition suppose donc qu'il existe un trouble ou un risque de trouble dans l'exécution du marché public visé comme en témoigne l'obligation corrélative pesant sur les parties de «prendre toute mesure dépendant d'eux pour faire cesser le trouble».

Or, la poursuite de l'exécution paisible des marchés précédents attribués par la PARTIE ADVERSE à EURO DB [DMA 2002 R3 622 et DMA 2007 R3 004] témoigne à suffisance de ce que les revendications d'INFOBASE n'ont jamais troublé l'exécution de ces marchés et pour cause : ces revendications portent sur des données antérieures au 26/11/1992, particulièrement anciennes donc, comme l'a rappelé EURO DB dans le courrier qu'elle a adressé à la PARTIE ADVERSE le 28/9/2011 [Pièce n° 8].

Ce risque est d'autant plus faible – pour ne pas dire totalement inexistant - s'agissant de l'attribution du marché litigieux que la Cour d'appel a, depuis lors, définitivement décidé qu'il «n'est pas établi» que la contrefaçon se soit poursuivie au-delà de la date d'entrée en vigueur de l'ordre de cessation prononcé le 15/11/2006 [Pièce n° 4].

Que ces circonstances et l'absence totale de plainte formulée par la PARTIE ADVERSE quant à l'existence de troubles liés à cette contrefaçon dans le cadre de l'exécution des marchés précédents témoignent au contraire du professionnalisme d'EURO DB qui :

- estimait être propriétaire des données fournies à l'époque par INFOBASE [Pièce n°2] en exécution d'une convention conclue antérieurement par son nouvel actionnaire;
- a pris soin de mettre à exécution l'injonction en sens inverse prononcée par le Président du Tribunal de 1ère Instance de Nivelles le 15/11/2006 sans attendre l'issue de l'appel qu'elle avait pourtant interjeté [Pièce n° 4];

- s'est assurée, pendant toute cette période, que cette condamnation n'impacte pas l'usage consenti à ses clients sur sa base de donnée et que ces derniers ne subissent aucun trouble ni aucune gêne quelconque dans cette usage;
- a intégralement et définitivement indemnisé INFOBASE pour le dommage que cette dernière a subit [Pièce n° 3].

Qu'en tout état de cause, et à supposer même quod non, qu'EURO DB ait manqué à son obligation d'informer la PARTIE ADVERSE des revendications d'INFOBASE dans le cadre de précédents marchés et/ou de l'attribution du marché litigieux, l'article 14 § 6 du Cahier général des charges ne permet pas la résolution des contrats relatifs à ces marchés et encore moins d'exclure la REQUERANTE de la procédure d'attribution d'un marché ultérieur.
L'alinéa 2 de cette disposition stipule uniquement que «l'adjudicataire qui n'a pas respecté les droits d'un tiers ou ne les a pas signalés au pouvoir adjudicateur, est garant vis-à-vis de celui-ci de tout recours exercé contre lui par ce tiers».
Force est donc d'admettre que :

- cette disposition ne permet en aucun cas la mise à l'écart et/ou n'implique l'existence d'une faute grave justifiant cette mise à l'écart en pareille circonstance;
- il en va d'autant en l'espèce que la PARTIE ADVERSE n'a jamais invoqué et n'a même jamais été mise en position d'avoir à invoquer la garantie instituée par cette disposition et pour cause; le litige qui oppose la REQUERANTE à INFOBASE n'a eu aucun impact sur l'exécution des marchés antérieurs et n'est pas susceptible d'avoir un quelconque impact sur le marché litigieux.

Surabondamment, la REQUERANTE a fait l'objet de la plus totale objectivité et transparence en répondant au courrier d'interpellation que lui a adressé le pouvoir d'adjudicateur, suite à une dénonciation mensongère ou à tout le moins fallacieuse faite par INFOBASE, en communiquant également les arrêts que celle-ci avait sciemment omis de communiquer ou n'avait pas pu communiquer.
D'où il suit que les actes attaqués sont entachés d'une erreur manifeste d'appréciation".

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute le moyen en ces termes :

" II.A.2. Réfutation du premier moyen

16.
La décision attaquée énonce ce qui suit : (…).

17.
Aux termes de l'article 69, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, un soumissionnaire peut être exclu de la participation au marché, et ce à quelque stade que ce soit de la procédure, lorsqu'«en matière professionnelle, [il] a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier».

Constitue une «faute grave professionnelle» la faute que ne commettrait pas un professionnel normalement diligent et soucieux et qui est de nature à ébranler la confiance qui lui est accordée par l'autorité (M.-A. FLAMME, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, T. 1A, CNC, Bruxelles, 1996-1997, p. 612).

La Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle cette faute consiste en «tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur économique en cause», va dans le même sens.

Pour la Cour, la faute grave en matière professionnelle est donc constituée de deux éléments :

- Un comportement fautif;

- Qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur économique en cause.

18.
Se référant toujours à la jurisprudence de la Cour de justice, le pouvoir adjudicateur a considéré que le comportement fautif était celui «qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité».

19.
La preuve de cette faute peut être rapportée par tout moyen de preuve dont le pouvoir adjudicateur peut justifier. Il peut prendre semblable décision dès qu'il peut établir de manière plausible les faits qu'il reproche au soumissionnaire en cause (P. THIEL, Mémento 2013 des marchés publics et des PPP, Kluwer, Waterloo, 2012, p. 281; C.E., arrêt n° 185.933 du 28 août 2008, NV DSV; C.E., arrêt n° 188.712 du 11 décembre 2008, NV ETABLISSEMENTEN VAN WESEMAEL; C.E., arrêt n° 217.306 du 18 janvier 2012, SA ROUSSEAUX).

20.
En l'espèce, la partie adverse a pris connaissance des deux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles, datant respectivement des 2 avril 2009 et 11 septembre 2009, aux termes desquels la partie requérante est reconnue coupable de contrefaçons et d'usage sans droit de données commercialisées dans le cadre de l'exercice de ses activités professionnelles. Ces décisions sont longuement motivées et décrivent de manière très précise les faits reprochés à la partie requérante ainsi que les circonstances dans lesquelles ces faits ont été commis.

Votre Conseil prendra connaissance avec intérêt du contenu des deux arrêts précités…

A la lecture de ces deux décisions de justice, la partie adverse a dès lors pu apprécier la gravité des faits reprochés à la partie requérante et leur impact sur la nécessaire relation de confiance qui doit exister dans le cadre de l'exercice de ses activités professionnelles. Par voie de conséquence, elle a pu, sans commettre aucune erreur manifeste d'appréciation, considérer qu'une condamnation civile pour usage sans droit de données commercialisées démontre à suffisance l'existence d'une faute dans le chef de la partie requérante.

21.
Ce comportement fautif est en outre de nature à remettre en cause la crédibilité professionnelle de la partie requérante dès lors que les condamnations que celle-ci a passées sous silence ont précisément le même objet que le marché litigieux. Partant, son honorabilité professionnelle peut légitimement être remise en cause, sans pour autant commettre une erreur manifeste d'appréciation.

22.
Constatant que la partie requérante avait négligé de lui signaler les arrêts la condamnant pour contrefaçon, et appréciant cette négligence au regard du marché dont question, c'est à bon droit par la partie adverse a estimé que la partie requérante s'était rendue auteur d'un comportement fautif en matière professionnelle, affectant la moralité de la partie requérante et compromettant toute collaboration professionnelle avec cette dernière.

Les arguments développés par la partie requérante dans son courrier du 28 septembre 2011 à l'attention de la partie adverse ainsi que ceux développés dans le cadre de sa requête en suspension n'enlèvent rien au fait qu'une faute professionnelle grave a été reconnue dans son chef et ne sont pas de nature à remettre en cause une vérité judiciaire.

La partie adverse dispose à ce titre d'une preuve suffisante des faits reprochés à la partie requérante puisqu'elle résulte de décisions de justice prononcées par la Cour d'appel de Bruxelles et non contestées.

23.
Il est en outre vivement recommandé au pouvoir adjudicateur, en vertu du principe de bonne gestion, d'écarter un candidat ou un soumissionnaire se trouvant dans une telle situation d'exclusion et, partant, de ne pas se lier avec lui, sauf à titre tout à fait exceptionnel qu'il devra contracter avec lui (H. JOUANT, Commentaires par article – article 17 – AR 8 janvier 1996 – Exclusion générale et exclusion par marché, Mercatus, Kluwer)

Dans un arrêt du 4 juillet 2008, le Tribunal de l'Union européenne a ainsi considéré que «le pouvoir adjudicateur, s'il constate, par tout moyen qu'il peut justifier, l'existence d'une faute grave en matière professionnelle commise par un soumissionnaire, doit exclure ce dernier de la procédure de passation de marché. Il en découle une obligation, pour le pouvoir adjudicateur, dès lors que celui-ci est informé, au cours de la procédure, d'une prétendue faute grave en matière professionnelle commise par un soumissionnaire, de vérifier cette information et, si cette faute grave est établie à suffisance de droit, d'exclure le soumissionnaire en question de la procédure. À défaut de précisions à cet égard dans les réglementations pertinentes, il y a lieu de constater que le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'appréciation de la gravité de la faute pouvant être retenue contre le soumissionnaire» (TUE, arrêt du 4 juillet 2008, T-333/07, ENTRANCE SERVICES, pt. 59).

Le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques reprend cette approche et insiste sur le fait que «même si le pouvoir adjudicateur n'est pas a priori obligé d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation au marché, il faut néanmoins tenir compte du principe de bonne gestion. Ce principe implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie pas à un tel candidat ou soumissionnaire. Ce n'est qu'exceptionnellement, par exemple si une entreprise en difficulté détient un monopole pour la fourniture de produits destinés à compléter une installation, que le pouvoir adjudicateur pourrait justifier une décision d'admission à l'accès au marché».

La circonstance que la partie adverse ait poursuivi l'exécution d'un contrat antérieur avec la partie requérante, tout en étant informée de la condamnation dont celle-ci avait fait l'objet, ne saurait suffire à prétendre que la partie adverse ne s'est pas émue de cette circonstance avant de prendre la décision litigieuse. En réalité, la partie adverse a été contrainte, par des raisons opérationnelles (notamment des enquêtes judiciaires en cours en matière de criminalité économique) de poursuivre l'exécution de ce contrat. Elle n'a pu encore changer de cocontractant en raison des lenteurs inhérentes à l'administration, d'une part, mais également en raison des actes judiciaires divers posés par la partie requérante, d'autre part.

24.
Contrairement à ce que prétend la partie requérante, il lui revenait de signaler au pouvoir adjudicateur qu'elle se trouvait dans l'une des causes d'exclusion visées à l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 de par l'existence des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles. En effet, le régime des causes d'exclusion ne peut être assimilé à celui de la sélection qualitative, et la partie requérante se méprend manifestement lorsqu'elle fait référence aux articles 68 et 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 pour tenter de soutenir sa thèse.

L'examen des conditions d'accès au marché (ou causes d'exclusion) visées à l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 se distingue de la sélection

qualitative proprement dite. A ce titre, J. NOËL écrit que «les critères de sélection eux-mêmes se subdivisent en deux catégories :

- les causes d'exclusion référées à la situation personnelle des soumissionnaires et candidats, d'une part;
- les critères de sélection qualitative proprement dits, d'autre part.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent d'abord examiner la situation des soumissionnaires et des candidats sur base des causes d'exclusion qu'ils ont fixées d'une manière telle qu'ils ne peuvent vérifier ensuite que l'aptitude des entreprises non exclues» (J. NOËL et consorts, Les marchés publics. Droits belge et européen. Principes et applications, Gerpinnes, Quorum, 2000, p. 315). Dans le même sens, la partie adverse se réfère à Votre jurisprudence aux termes de laquelle «la sélection qualitative des soumissionnaires repose sur différents éléments : d'une part, les causes d'exclusion prévues à l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, et qui, dès lors qu'elles sont établies dans le chef d'un soumissionnaire, suffisent à l'écarter de la participation au marché; d'autre part, la capacité financière et économique de l'entrepreneur prévue à l'article 18 dudit arrêté royal du 8 janvier 1996, et sa capacité technique prévue à l'article 19 du même arrêté royal; que l'opération de sélection qualitative exige du pouvoir adjudicateur que, après avoir constaté que le soumissionnaire ne se trouve pas dans un cas d'exclusion prévu à l'article 17 précité, il apprécie encore à la fois sa capacité financière et économique et sa capacité technique» (C.E., arrêt n° 114.071 du 20 décembre 2002, SA ABATIR). Cette jurisprudence relative à la sélection qualitative d'un entrepreneur de travaux est applicable mutatis mutandis à la sélection qualitative d'un prestataire de services.

S'il est exact que, pour l'appréciation de la capacité financière, économique et technique d'un soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans les documents du marché les références qu'il requiert, tel n'est pas le cas de l'appréciation des causes d'exclusion. Pour l'appréciation de ces causes d'exclusion, le pouvoir adjudicateur a présumé que les soumissionnaires, par le simple fait de participer à la procédure d'attribution du marché, ne rentraient pas dans les cas visés à l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Il revenait à ces soumissionnaires, le cas échéant, de renverser cette présomption.

A défaut pour elle de ce faire, la partie requérante s'est rendue auteur d'une fausse déclaration, certes implicite.

25.
Ensuite, la partie requérante tente de faire valoir que la partie adverse violerait la foi due aux décisions de justice lorsqu'elle indique dans sa décision que le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 2 avril 2009 met à mal les affirmations contenues dans le courrier de la requérante du 28 septembre 2011.

La partie adverse n'aperçoit pas l'intérêt de la partie requérante à soulever un tel grief dès lors que les arrêts de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, respectivement prononcés les 1er février 2011 et 4 mars 2013, ne sont pas de nature à anéantir la condamnation de la partie requérante pour contrefaçon. Partant, il est incontestablement établi que la partie requérante se trouve dans la situation visée à l'article 69, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a fait usage de sa faculté d'appréciation en décidant de l'écarter de la procédure d'attribution du marché.

26.
A ce titre, la partie adverse rappelle que, lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'une faculté d'appréciation comme le prévoit l'article 69, § 2, de l'arrêté royal précité, seule l'erreur manifeste d'appréciation est condamnable par Votre Conseil. Pour autant que de besoin, la partie adverse rappelle que l'erreur manifeste d'appréciation est celle que n'aurait pas commise un pouvoir adjudicateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

Il ne peut être raisonnablement contesté que tout pouvoir adjudicateur normalement prudent et diligent, confronté aux arrêts visant la partie requérante et la condamnant pour contrefaçon, aurait écarté ce soumissionnaire dont l'honorabilité professionnelle est douteuse, et ce sans qu'il ne soit nécessaire de s'interroger sur la durée exacte des faits pour lesquels le soumissionnaire a été condamné, sur leur ancienneté ou sur une quelconque indemnisation.

27.
Dans ces circonstances, la partie adverse n'avait en réalité d'autre choix que d'écarter l'offre de la partie requérante en raison de l'existence d'une cause d'exclusion dans son chef, sauf pour elle à méconnaître les principes de bonne administration et de bonne gestion. La partie adverse n'a dès lors commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

La non-sélection de la partie requérante ne s'avère pas davantage disproportionnée par rapport aux faits reprochés en raison de leur nature et gravité et du fait qu'ils ont été commis précisément dans le cadre de l'exercice des activités de la partie requérante, telles que visées par le marché en cause.

Le premier moyen n'est dès lors manifestement pas sérieux, dans aucune de ses quatre branches".

Dans sa requête en intervention, l'intervenante réfute la deuxième branche du premier moyen en ces termes :

" 6.26. La Partie requérante invoque la violation des articles 69 §2, 4° et 110 § 1 de l'AR du 8 janvier 1996 et de l'article 14, §6 du Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics.
6.27. La Partie requérante reproche à la Partie adverse d'avoir écarté la Partie requérante de la sélection, compte tenu de ses silences tant dans l'exécution du Marché que dans la procédure d'attribution en cours. Selon la Partie requérante, la faute imputée à elle est inexistante et/ou ne permet pas à la Partie adverse de justifier l'écartement de la Partie requérante du Marché. En outre, la Partie requérante est d'opinion elle n'avait pas du avertir la Partie adverse de l'existence de ces arrêts lors du dépôt de son offre et aucune faute ne peut lui être imputée pour avoir «omis» de communiquer ceux-ci à cette occasion.
6.28. En ce qui concerne l'existence de la faute grave en matière professionnelle dans le sens de l'article 69 § 2, 4° de l'AR du 8 janvier 1996, nous nous référons à l'argumentation telle que développée dans la première branche du présent moyen, dans laquelle il est démontré de manière incontestable que la Partie requérante s'est rendue coupable d'une telle faute et que la Partie adverse a décidé à juste titre qu'il était question d'une faute professionnelle grave dans le chef de la Partie requérante.
6.29. Puis, en ce qui concerne les silences de la part de la Partie requérante, tant dans l'exécution du Marché que dans la procédure d'attribution, concernant les nombreuses procédures en cours et les arrêts prononcés par les cours le condamnant au sujet du droit de réutilisation des données, la Partie requérante persiste qu'elle n'était pas obligée d'informer la Partie adverse de ces incidences et que, par conséquent, aucune faute ne peut l'être imputée pour avoir omis de communiquer ceux-ci à l'occasion de la sélection.
6.30. Premièrement, la Partie requérante ne saurait nier que les incidents précités, c'est-à-dire les procédures judiciaires en cours ainsi que les arrêts prononcés concernant le droit de réutilisation des données telles que proposées par la Partie requérante dans son application, ont une importance considérable pour le marché en cours ainsi que pour la procédure d'attribution. En effet, les incidents se rapportent exactement à l'objet des deux marchés.

A tout le moins, on pourrait attendre de la Partie requérante qu'elle informe son donneur d'ordre ou son donneur d'ordre potentiel, in casu la Partie adverse, de ces incidents vu le lien étroit entre ceux-ci et l'objet des marchés et vu qu'ils pourraient empêcher ou impacter la bonne exécution des deux marchés. Indépendamment de l'existence d'une obligation formelle pour la Partie requérante d'informer le pouvoir adjudicateur de tels faits, il est évident qu'un prestataire responsable et professionnel informerait son donneur d'ordre des faits qui pourraient avoir un impact sur le marché concerné. La Partie requérante a pourtant considéré que ce n'était pas nécessaire d'avertir la Partie adverse.
Le fait que la Partie requérante a négligé d'informer la Partie adverse et à ce jour persiste à dire qu'elle n'était pas obligé de le faire, démontre d'autant plus le manque de compétence professionnelle dans le chef de la Partie requérante. Un opérateur économique professionnel, placé dans les mêmes circonstances, aurait sans aucun doute informé son donneur d'ordre.
6.31. L'article 69 § 2, 4° de l'AR du 8 janvier 1996 stipule expressément (nous soulignons):

«Peut être exclu de la participation au marché à quelque stade que ce soit de la procédure le prestataire de services :
4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier;»

6.32. En outre, la Cour de Justice de l'Union Européenne a jugé dans son arrêt du 31 décembre 2012 (tel que cité par la Partie requérante dans sa requête, p 19/42) que la notion de faute en matière professionnelle couvre par ailleurs «tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur en cause».
6.33. Ceci implique que le pouvoir adjudicateur peut évaluer la compétence professionnelle d'un candidat par tout moyen et prendre en considération plusieurs éléments afin d'apprécier s'il y est question, oui ou non, d'une faute grave en matière professionnelle.
6.34. En l'espèce, la Partie adverse a pu juger, à juste titre, que le défaut dans le chef de la Partie requérante de l'informer, affectait sa crédibilité professionnelle et que, par conséquent, il y a en effet une faute grave en matière professionnelle dans le chef de la Partie requérante. Il suit de ce qui précède que l'acte attaqué n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la Partie adverse.
6.35. Il ressort de ce qui précède que la deuxième branche du premier moyen n'est pas sérieuse".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Aux termes de sa deuxième branche, le moyen fait, en substance, grief à l'acte attaqué d'avoir évincé la requérante, au motif qu'elle aurait commis une faute professionnelle grave, en ne communiquant pas à la partie adverse les informations ou documents relatifs aux démêlés judiciaires qu'elle a (ou a eus) avec l'intervenante. En d'autres termes, il reproche la qualification de "faute professionnelle grave", retenue en l'espèce, et pour cette raison.

La décision de ne pas sélectionner la requérante est motivée comme suit :

" 2.2.1. Vérification du droit d'accès
En vertu du cahier spécial des charges, la simple participation à la procédure vaut déclaration implicite sur l'honneur que le soumissionnaire ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion mentionné au point 5.3.1. du cahier spécial des charges (circulaire du 23 avril 2007, M.B., 27 avril 2007, 2e éd.).

2.2.2. Que par son arrêt 222.704 du 1er mars 2013, le Conseil d'Etat a rappelé que «la décision d'exclusion d'un candidat […] doit, pour être formellement et adéquatement motivée, permettre de comprendre quels éléments concrets ont été retenus par l'autorité tant pour considérer qu'une faute grave est imputable à ce candidat que pour exercer la faculté laissée au pouvoir adjudicateur de l'exclure. Cette exigence de motivation est d'autant plus importante que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation tant pour qualifier les faits dont il a connaissance au regard de la notion de "faute grave" […] que pour choisir d'exclure le candidat concerné en conséquence de cette faute. En outre, la constatation de l'existence d'une faute grave impose au pouvoir adjudicateur d'effectuer une appréciation concrète et individualisée de l'attitude du candidat, appréciation dont les termes doivent apparaître à la lecture de la décision d'exclusion».

2.2.3. Que pour répondre à l'obligation de motivation formelle in concreto mise à sa charge, la police fédérale a, par courrier recommandé du 14 septembre 2011, interrogé Coface Services Belgium quant à la nature et la portée de deux arrêts prononcés par la Cour d'appel de Bruxelles les 2 avril (Arrêt du 2 avril 2009, R.G. 2007/R/315) et 11 septembre 2009 (Arrêt du 11 sept. 2009, R.G. 2007/AR/315);

Que le soumissionnaire a répondu par courrier du 28 septembre 2011;

Qu'en substance, les éléments intéressants (sic) le dossier peuvent être résumés comme suit :
- les données intégrées sont anciennes;
- toutes les données ont été supprimées;
- il n'est pas prouvé que la contrefaçon se poursuit encore (au jour de la rédaction du courrier du 28 septembre 2011);

Qu'il ressort des deux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles susmentionnés que le soumissionnaire soutient – nonobstant la reconnaissance, dans d'autres procédures, de l'origine de sa base de données laquelle est constituée notamment de données d'INFOBASE – que les 750.000 entrées similaires ne peuvent constituer la preuve d'une origine INFOBASE;

Que les conclusions de l'expert, reprises par l'arrêt du 2 avril 2009, précisent que les opérations de validation opérées n'ont pas éliminés (sic) les données INFOBASE;

Que l'ancienneté des données n'est pas un critère relevant quant à l'appréciation de l'acte de contrefaçon;

Que l'arrêt du 2 avril 2009 contredit sur ces points les éléments de réponse fournis par le soumissionnaire;

Que la Cour conclut que la contrefaçon demeure établie compte tenu de la similitude des encodages;

Attendu que le pouvoir adjudicateur n'avait, au départ, pas apprécié l'article 69 § 2 4° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 comme étant d'ordre public;

Qu'un avis de l'inspection générale des finances a toutefois éclairé d'un jour nouveau la portée de cette disposition :

En effet, l'inspecteur général des finances précise que «l'autorité n'est pas obligée de mentionner les cas visés à l'article 69 dans le cahier spécial des charges afin de pouvoir par la suite, dans un cas bien précis de l'application de la règlementation, exclure un candidat. La non-mention de l'article 69 § 2 4° ne consiste pas pour le pouvoir adjudicateur en une interdiction d'appliquer cette base d'exclusion règlementaire. L'article 69 est d'ordre public».

Que ce faisant la police fédérale a reconsidéré la portée de l'article 69 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et plus particulièrement de son 4°;

Que la «faute en matière professionnelle» a été appréciée à l'aune de la jurisprudence européenne;

Que la Cour de justice de l'Union européenne (Affaire C-465/11) a défini «la faute en matière professionnelle» comme «tout comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur économique en cause (…)»

Que cette faute en matière professionnelle peut être constatée par tout moyen ; in casu les deux arrêts de la Cour d'appel susnommés, l'offre déposée par le soumissionnaire ainsi que son courrier du 28 septembre 2011;

Que, par conséquent, l'inobservation par l'opérateur économique de ses obligations – avertir le pouvoir adjudicateur des procédures diligentées – est considéré par la police fédérale comme une faute en matière professionnelle;

Que la notion de «faute grave» se réfère, selon la Cour, à «un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité»;

Que le soumissionnaire a omis d'avertir le pouvoir adjudicateur, lors du dépôt de son offre, que la propriété des données proposées dans le cadre de son applicatif était sujette à caution et que de nombreux recours quant à la portée de celle-ci étaient diligentés contre lui et in fine que plusieurs arrêts le condamnant avaient été prononcés;

Qu'il a, par ailleurs, méconnu d'aviser le pouvoir adjudicateur «dès la première manifestation d'un tiers – in casu INFOBASE – contre l'adjudicataire» - in casu CSB – et ce en violation de l'article 14 § 6 du cahier général des charges;

Que l'acte de contrefaçon a commencé avant 2002 – année de l'attribution du premier marché DMA 2002 R3 622 – et se poursuivait encore en 2009 pendant l'exécution du marché DMA 2007 R3 004;

Que ce n'est qu'en 2011 que les faits ont été portés à la connaissance du pouvoir adjudicateur;

Qu'à aucun moment, dans le cadre de l'exécution des marchés précédents, ces problèmes procéduraux n'ont été évoqués par l'adjudicataire;

Que les éléments susmentionnés montrent une volonté de dissimuler différents actes de procédure afin d'éviter que son offre ne soit pas sélectionnée ou que le contrat soit rompu;

Que, compte tenu des nombreux recours diligentés par et contre lui, le soumissionnaire a été négligent en n'avertissant pas le pouvoir adjudicateur de cette situation;

Que le soumissionnaire, compte tenu de ses silences tant dans l'exécution du marché actuel que dans la procédure d'attribution en cours, en raison de sa condamnation en qualité de contrefacteur ainsi que des informations mentionnées dans son courrier du 28 septembre 2011 et mises à mal par le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 2 avril 2009 a commis et commet encore une faute grave au sens de l'article 69 § 2 4° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;

Vu les motifs ci-dessus exprimés et sur base des articles 69 § 2 et 110 § 1 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la firme Coface Services Belgium n'est pas sélectionnée".

L'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, qui y est visé, est libellé comme suit :

" Art. 69. § 1er. Est exclu de l'accès au marché à quelque stade que ce soit de la procédure le prestataire de services qui a fait l'objet d'un jugement ayant force de chose jugée dont le pouvoir adjudicateur a connaissance pour :
1° participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 324bis du Code pénal;
2° corruption, telle que définie à l'article 246 du Code pénal;
3° fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002;
4° blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 3 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.
En vue de l'application du présent paragraphe, le pouvoir adjudicateur peut, lorsqu'il a des doutes sur la situation personnelle d'un prestataire de services, s'adresser aux autorités compétentes belges ou étrangères pour obtenir les informations qu'il estime nécessaires à ce propos.
Le pouvoir adjudicateur peut déroger à l'obligation visée au présent paragraphe pour des exigences impératives d'intérêt général.
§ 2. Peut être exclu de la participation au marché à quelque stade que ce soit de la procédure le prestataire de services :
1° qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judicaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;
2° qui a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation, de réorganisation judicaire ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales;
3° qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant force de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;
4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave dûment constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier;
5° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale conformément aux dispositions de l'article 69bis;
6° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi;
7° qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application du présent chapitre.
La preuve que le prestataire de services ne se trouve pas dans un des cas cités aux 1°, 2°, 3°, 5° ou 6°, peut être apportée par la production des pièces suivantes :
1° pour le 1°, 2° ou 3° : un extrait du casier judiciaire ou un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites;
2° pour le 5° ou 6° : un certificat délivré par l'autorité compétente du pays concerné.
Lorsqu'un tel document ou certificat n'est pas délivré dans le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou 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".

Egalement visé au titre des motifs de la décision de non-sélection, l'article 14, § 6, du cahier général des charges est libellé comme suit :

" Dès la première manifestation de la revendication d'un tiers contre l'adjudicataire ou le pouvoir adjudicateur, ceux-ci doivent s'informer l'un l'autre et prendre toute mesure dépendant d'eux pour faire cesser le trouble et se prêter assistance mutuelle, notamment en se communiquant les éléments de preuve ou les documents utiles qu'ils peuvent détenir ou obtenir.
L'adjudicataire qui n'a pas respecté les droits d'un tiers ou ne les a pas signalés au pouvoir adjudicateur, est garant vis-à-vis de celui-ci de tout recours exercé contre lui par ce tiers. Sauf disposition contraire du cahier spécial des charges, la garantie est limitée au montant du marché hors taxe sur la valeur ajoutée".

Ainsi libellés et structurés, les motifs de la décision querellée doivent s'interpréter en ce sens que la faute professionnelle imputée à la requérante et justifiant son éviction consiste en "l'inobservation" de son obligation d'"avertir le pouvoir adjudicateur des procédures diligentées". Cette méconnaissance lui est reprochée dans le cadre tant de la procédure d'attribution du marché litigieux que de l'exécution de précédents marchés.

Pour contrôler la qualification de "faute professionnelle grave" retenue en l'espèce, il s'impose avant tout de localiser la source de l'obligation que la requérante aurait ainsi méconnue.

S'agissant de la procédure d'attribution du marché litigieux, l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité ne définit pas une obligation spécifique, qui incomberait à un opérateur économique, de communiquer spontanément au pouvoir adjudicateur une information relative à tous les litiges auxquels il serait, ou aurait été, partie, ou, le cas échéant, à toutes les condamnations civiles qui lui auraient été infligées. Pareille obligation n'a pas davantage été édictée par le cahier spécial des charges du marché litigieux. Ce dernier constat ne peut nullement être remis en cause par l'argument, prêté à l'Inspection des finances, aux termes duquel, en substance, le pouvoir adjudicateur peut appliquer l'article 69, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité nonobstant le silence du cahier spécial des charges à cet égard. De la faculté ainsi reconnue au pouvoir adjudicateur, ne saurait, en effet, se déduire l'obligation spécifique qu'il est reproché à la requérante de n'avoir pas respecté.

S'agissant de l'exécution des marchés précédents, l'acte attaqué semble reprocher à la requérante une méconnaissance de l'obligation qui lui incomberait en vertu de l'article 14, § 6, du cahier général des charges. Elle ne laisse toutefois apparaître aucun élément de fait qui, au regard de cette disposition, autoriserait à considérer qu'une revendication d'un tiers était de nature à causer ou révéler quelque trouble dans le cadre d'un des marchés précédents, justifiant ainsi que soit reprochée une faute professionnelle grave à la requérante.

Aucune autre source d'obligation ne paraît, "prima facie", avoir été mobilisée par la partie adverse pour établir la faute reprochée à la requérante.

Par ailleurs, et à supposer même que le défaut d'information reproché à la requérante puisse être qualifié de "faute professionnelle", encore faut-il que la gravité de celle-ci soit établie à suffisance, ce qui requiert que le comportement du prétendu coupable dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité. Tel est l'enseignement qu'aux termes de l'acte attaqué, la partie adverse retient précisément d'un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, le 13 décembre 2012, en l'affaire C-465/11.

La gravité de la négligence reprochée à la requérante semble, selon les termes de l'acte attaqué, révélée par les "nombreux recours diligentés par et contre [elle]". Pareil constat néglige le fait que la partie adverse n'est, en réalité, en mesure d'avoir égard qu'à la persistance d'un litige unique, particulièrement complexe et – à maints égards – rocambolesque, qui oppose la requérante à l'intervenante, lequel ne permet précisément pas, et pour cette raison, d'attester ladite gravité. La partie adverse ne fait, du reste, état d'autres litiges ou condamnations, qui auraient été portés à sa connaissance et dont l'accumulation contribuerait à révéler utilement une négligence grave. En conséquence, une véritable accumulation de recours introduits contre la requérante, digne de révéler une négligence grave, ne peut sérieusement être reconnue comme établie à suffisance.

L'intention fautive qui, par ailleurs, aurait animé la requérante, serait, toujours selon les termes de l'acte attaqué, révélée par sa "volonté de dissimuler les différents actes de procédure afin d'éviter que son offre ne soit pas sélectionnée ou que le contrat soit rompu". Cette analyse paraît prendre appui sur différents "éléments susmentionnés", le principal d'entre eux étant la durée de "l'acte de contrefaçon", lequel aurait commencé avant 2002 – année de l'attribution du premier marché – se serait poursuivi en 2009, pendant l'exécution du marché subséquent, tandis qu'il n'aurait été porté à la connaissance de la partie adverse qu'en 2011. La longueur de la période prise en considération doit toutefois être sensiblement relativisée au regard des avatars judiciaires desquels il ressort que, durant la période concernée et – plus encore – jusqu'au prononcé du présent arrêt, le litige a donné lieu à des décisions favorables, tantôt à l'une des parties, tantôt à l'autre.

L'élément intentionnel de la faute ne peut, pour le surplus, ressortir de la seule matérialité du manquement prétendument reproché au coupable. Or, en l'espèce, l'acte attaqué ne laisse apparaître aucun élément qui, dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, révélerait, avec une vraisemblance suffisante, une telle intention fautive que la partie adverse retient à charge de la requérante.

De ce qui précède, il n'apparaît pas que serait établie à suffisance la gravité d'une faute professionnelle ainsi reprochée à la requérante.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen qui, en cette deuxième branche, fait grief à l'acte attaqué d'avoir imputé à la requérante une faute professionnelle grave, résultant de ce qu'elle n'aurait pas communiqué à la partie adverse les informations ou documents relatifs aux démêlés judiciaires qu'elle a (ou a eus) avec l'intervenante, doit être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Thèse des parties

La partie requérante fait valoir ce qui suit :

" L'article 65/15 de la loi du 24/12/1993 permet à la REQUERANTE d'introduire une action en suspension selon la procédure d'extrême urgence sans avoir à justifier d'un préjudice grave difficilement réparable.
Votre Conseil n'étant pas pour autant dispensé d'effectuer une «balance des intérêts» en présence, la REQUERANTE tient à préciser que le marché proposé par la PARTIE ADVERSE revêt une importance considérable pour elle. Outre sa valeur financière, le fait d'être désigné comme fournisseur de données pour la PARTIE ADVERSE représente un avantage manifeste pour la REQUERANTE dès lors qu'il s'agit d'un marché de référence conférant à son bénéficiaire une réputation particulière auprès des autorités publiques et des entreprises privées, et ce, également dans le cadre de l'attribution d'autres marchés similaires.
La perte de ce marché sur base des actes attaqués exposerait en outre la REQUERANTE au risque de voir d'autres pouvoirs adjudicateurs, prendre prétexte de ces actes, pour refuser ses soumissions voire dénoncer les conventions en cours, d'autant plus qu'INFOBASE ne se privera pas de communiquer ces décisions, de même que la décision à venir de Votre Conseil si celle-ci devait lui être favorable, à toutes personnes concernées (à l'instar d'ailleurs de ce qu'elle a déjà fait avec l'INASTI et la POLICE FEDERALE, et bien d'autres clients de la REQUERANTE – ce qui a d'ailleurs justifié la condamnation d'INFOBASE du chef de pratiques commerciales déloyales).
Du côté de la PARTIE ADVERSE, il existe un intérêt évident à ne pas conclure dans la précipitation un contrat d'une durée de 60 mois avec une entreprise qui lui facturera 18.000 €/mois (hors accès Police locale) ( ) alors qu'elle pourrait – compte tenu du fait que le facteur «prix» est pris en compte dans l'attribution du marché à hauteur de 40 % et que les bases de données de la REQUERANTE et d'INFOBASE présentent les mêmes spécificités fonctionnelles, facteur qui est quant à lui pris en compte à hauteur de 42% - bénéficier du même service au prix de 7.150 €/mois (hors accès Police locale) (Cfr. offre d'EURO DB). Il s'agit là en effet d'un surcoût global de 651.000 € (hors accès Police locale) qui n'est pas négligeable à l'heure où tous les services de l'Etat sont appelés à participer à l'effort budgétaire.
Il n'est pas non plus dans l'intérêt de la PARTIE ADVERSE de se lier avec un opérateur susceptible d'être contraint de décider sa dissolution ou de faire aveu de faillite et, par conséquent, d'interrompre les livraisons dans un avenir très proche.
Les intérêts et la continuité du service public de la PARTIE ADVERSE ne sont enfin pas mis en péril puisqu'elle dispose actuellement d'un accès étendu à la BANQUE CARREFOUR DES ENTREPRISES qui lui permet d'assurer la

transition [Pièce n° 14]. Relevons à ce titre que si la POLICE FEDERALE ne dispose à ce jour plus d'un accès à la BD de la REQUERANTE, ce n'est que parce qu'elle s'est elle-même mise dans cette situation. Elle bénéficiait en effet jusqu'il y a peu de renouvellements exprès puis tacite de l'ancien contrat (CMA 2007 R3 007) pour des périodes successives de trois mois. Or, elle a, quelques jours avant la notification du premier acte attaqué et alors que rien ne s'opposait à un dernier renouvellement du contrat pendant la durée de la procédure, décidé de mettre fin au contrat par un Email du 8/01/2013 [Pièce n° 11].
Votre Conseil a d'ailleurs déjà relevé pour justifier la suspension de la première décision d'attribution que «la partie adverse n'indique pas que la privation de l'accès aux bases de données de la requérante, dont elle est bénéficiaire dans le cadre du marché précédent et auquel elle a renoncé alors que la possibilité d'une prolongation ne paraissait pas nécessairement exclue dans les circonstances de la cause, aurait une quelconque incidence sur le fonctionnement de ses services» [Pièce n° 15].
Relevons enfin que, depuis la suspension de cette 1ère décision intervenue le 1er/03/2013, la PARTIE ADVERSE n'a montré aucun empressement particulier puisqu'elle a attendu plus de deux mois pour retirer le 17/05/2013 cette première décision censurée… et encore près de deux mois supplémentaires pour adopter une nouvelle décision le 9/7/2013 [Pièce n°1 & 17].
Il serait malvenu, dans ces circonstances, de soutenir que la suspension de cette dernière décision porterait atteinte à la continuité du service assuré par la PARTIE ADVERSE."

Tout en déclarant se référer à la sagesse du Conseil d'Etat, la partie adverse expose ce qui suit, dans sa note d'observations :

" [La partie adverse] souhaite cependant ajouter que, si la partie requérante prétend que le marché litigieux constitue un marché de référence dont la perte l'exposerait «au risque de voir d'autres pouvoirs adjudicateurs prendre prétexte de ces actes pour refuser ses soumissions voire dénoncer les conventions en cours», force est toutefois de constater que cette affirmation n'est qu'une présomption nullement avérée et dont la partie requérante s'abstient de démontrer un minimum de réalité.

Votre Conseil ne peut tenir compte d'une argumentation basée sur de simple supputations ou allégations d'une partie si celles-ci ne sont pas étayées par des éléments versés au dossier. Ceci se vérifie d'autant plus dans le contexte, comme en l'espèce, d'une procédure mue sous le bénéfice de l'extrême urgence, où les droits de la défense sont restreints, raison pour laquelle la partie requérante se doit de communiquer en même temps que son recours tous les éléments matériels susceptibles d'étayer sa thèse".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 65/15, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit :

" L'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages".

En l'espèce, la partie adverse ne fait état d'aucun élément qui laisserait entrevoir des conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, à ce point importantes qu'elles justifieraient que le Conseil d'Etat décidât de ne pas ordonner cette suspension. Ainsi, par exemple, n'indique-t-elle pas que la privation de l'accès aux bases de données de la requérante, dont elle bénéficiait dans le cadre du marché précédent et auquel elle a renoncé alors que la possibilité d'une prolongation ne paraissait pas nécessairement exclue dans les circonstances de la cause, aurait une quelconque incidence sur le fonctionnement de ses services.

Dans ces circonstances, elle n'établit pas à suffisance que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution des décisions attaquées l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des offres qu'elle a déposées, ainsi que du courrier qu'elle a adressé, dans le cadre de la présente procédure, à M. le Premier auditeur chef de section, le 27 août 2013.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société INFOBASE EUROPE dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de :

- la décision de non-sélection de l'offre de la société EURO DB dans le dossier n° DGS/DSA 2012 R3 061 relatif à l'attribution d'un marché mixte pluriannuel de services portant sur la connexion et la consultation d'une banque de données juridique-économique au profit de la police intégrée;

- la décision d'attribuer ledit marché à la société INFOBASE EUROPE.

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

Les offres déposées par la partie adverse et son courrier du 27 août 2013 demeureront, à ce stade de la procédure, confidentiels.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 7.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le deux septembre deux mille treize par :

MM. David DE ROY, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Gregory DELANNAY, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Gregory DELANNAY. David DE ROY.