

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.969 du 24 avril 2015

G./A.215.398/VI-20.388

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ANVAS SECURITY,**

ayant élu domicile chez
Me Dirk ABBELOOS, avocat,
noordlaan, n° 82-84,
9200 Dendermonde,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Ministre des Finances.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 26 mars 2015, la société privée à responsabilité limitée ANVAS SECURITY demande l'annulation et, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision du 11 mars 2015 par laquelle le service public fédéral finances décide de ne pas la sélectionner pour le marché relatif au "gardiennage du bâtiment occupé par le SPF Finances, Rue de Fragnée 2, 4000 Liège".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 mars 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 21 avril 2015 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Mes Dirk ABBELOOS et Me Jürgen DE STAERCKE, avocats, comparaisant pour la partie requérante et M. Pierre BAILLY, attaché, comparaisant pour la partie adverse, 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. Le 20 novembre 2014, la partie adverse fait publier dans le Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à un marché public de services ayant pour objet un "appel d'offres ouvert pour le gardiennage du bâtiment occupé par le SPF Finances situé Rue de Fragnée 2 à 4000 Liège". Cet avis est également publié dans le Supplément au Journal officiel de l'Union européenne, le 22 novembre 2014.

III. 2. La date limite de réception des offres ou des demandes de participation est fixée au 15 janvier 2015 à 14 heures 30.

III. 3. Le 15 janvier 2015, le procès-verbal d'ouverture des offres est dressé. Y sont actées les offres de la requérante et de huit autres soumissionnaires.

III. 4. Le 16 janvier 2015, la partie adverse obtient, par des moyens électroniques, des renseignements relatifs à chaque soumissionnaire auprès du service public fédéral finances, de l'office national de sécurité social et de la banque carrefour des entreprises.

III. 5. Le 28 janvier 2015, la division achats du service d'encadrement logistique du service public fédéral finances rédige un rapport d'évaluation des offres. Ce rapport constate notamment que la requérante n'est pas en règle au regard de ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale et au regard de ses obligations fiscales et qu'elle ne satisfait par conséquent pas aux conditions de sélection.

III. 6. Par une décision du 11 mars 2015, le président du comité de direction du service d'encadrement logistique du service public fédéral finances décide d'attribuer le marché à la société SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE.

III. 7. Par envoi recommandé du même jour, la requérante est informée que la partie adverse a décidé de ne pas la sélectionner. Il s'agit de l'acte attaqué.

La partie du rapport du 28 janvier 2015 qui contient les motifs justifiant cette décision de "non-sélection" est jointe à ce courrier.

IV. MOYEN UNIQUE

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante invoque un moyen unique pris de la violation des articles 58 et 61 à 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du devoir de minutie, du principe du raisonnable et de l'obligation de motivation matérielle comme principe général de bonne administration.

Dans une première branche, elle soutient, en substance, que la décision de ne pas la sélectionner n'est pas justifiée dès lors que son offre contient les attestations requises émanant de l'office national de sécurité sociale, du fonds de sécurité d'existence du gardiennage ainsi que des contributions directes.

La partie requérante estime que la décision pêche à tout le moins par défaut de motivation matérielle dès lors qu'il ne peut être compris de la décision pourquoi la partie adverse n'a tenu aucun compte des attestations produites.

Si elle reconnaît avoir une dette de 47.497,02 euros en matière de taxe sur la valeur ajoutée, elle fait valoir qu'elle possède à l'égard des pouvoirs adjudicateurs des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement envers un tiers pour un montant de 70.767,26 euros, en sorte que son offre aurait dû être sélectionnée.

Dans une deuxième branche, la requérante affirme que la partie adverse n'a pas agi de manière raisonnable en ne la sélectionnant pas, étant donné les documents produits et le fait que le marché ne comporte qu'un risque très limité, s'agissant d'un marché de services. Elle soutient que la partie adverse n'a pas procédé à l'évaluation du droit d'accès de manière raisonnable au regard des risques du marché.

Dans une troisième branche, la requérante reproche à la partie adverse de n'avoir pas agi avec minutie en ne procédant qu'à une évaluation électronique pour

apprécier le droit d'accès. Selon elle, la partie adverse n'a pas tenu compte de l'attestation de l'office national de sécurité sociale jointe à son offre et elle aurait dû se renseigner auprès de la requérante concernant sa dette en matière de taxe sur la valeur ajoutée.

B. Note d'observations

Quant à la première branche du moyen, la partie adverse observe que l'attestation délivrée par l'office national de sécurité sociale le 17 novembre 2014, que la requérante a jointe à son offre, ne peut être considérée comme une attestation régulière conforme au prescrit de l'article 62, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité dès lors qu'elle ne porte pas sur l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date et l'heure limite de réception des offres soit, le 15 janvier 2015 à 14 heures 30, comme l'exige cette disposition. Elle fait valoir que pour être valable, cette attestation aurait dû porter sur le troisième trimestre de l'année 2014 et non sur le deuxième. Elle estime en conséquence qu'elle "n'a dès lors eu d'autre choix que d'écarter ladite attestation qui ne correspondait pas à la période à prendre en considération pour vérifier le respect par la requérante de ses obligations vis-à-vis de l'ONSS".

La partie adverse ajoute que les "informations relatives à chaque soumissionnaire que la partie adverse a obtenues via l'application «digiflow» le 16 janvier 2015 ont révélé que des dettes sociales existaient à charge de la requérante. En effet, consultée à cette date, cette application affichait le message "l'attestation demandée ne peut être délivrée automatiquement".

Concernant l'attestation fiscale du 7 janvier 2015, que la requérante a communiquée avec son offre, la partie adverse expose qu'elle "ne constitue pas l'attestation fiscale qui est demandée par l'autorité adjudicatrice dans le cadre de l'examen du droit d'accès en application de la circulaire du 22 juillet 2014 intitulée «Circulaire marchés publics - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant - Responsabilité solidaire pour les dettes salariales d'un adjudicataire ou d'un sous-traitant qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal - Extension de la responsabilité solidaire pour les dettes fiscales et sociales à certains secteurs sensibles à la fraude»". Elle cite ensuite le passage de cette circulaire relatif à la distinction entre l'attestation disponible sur le site internet www.myminf.be et l'attestation demandée par l'autorité adjudicatrice dans le cadre de l'examen du droit d'accès, dont la finalité et les paramètres diffèrent.

La partie adverse expose encore qu'elle a procédé à des vérifications le 16 janvier 2015 en consultant l'application "digiflow" et qu'elle a "constaté qu'à cette

date la requérante était «redevable vis-à-vis du SPF Finances d'impôt(s), amende(s) administrative(s) exigible(s), d'intérêt(s) de retard, de frais de poursuites en matière d'impôts directs et/ou de taxe(s), d'intérêts(s), d'amende(s) fiscale(s) ou accessoire(s) en matière de TVA dont la somme globale dépasse 3.000 €»".

Elle estime donc avoir légitimement pu décider de ne pas sélectionner la requérante sur la base des informations dont elle disposait.

La partie adverse fait, par ailleurs, valoir que les articles 62, § 1^{er}, alinéa 4, et 63, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 "ne peuvent trouver à s'appliquer que dans l'hypothèse où un soumissionnaire établit, avant la décision de sélection ou d'attribution du marché, qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 3.000 euros près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de ses dettes de cotisations de sécurité sociale ou de ses dettes fiscales, *quod non* en l'espèce". En effet, le courrier du 25 mars 2015 que la requérante produit est "non seulement tardif mais de plus n'établit pas qu'elle possède, comme elle le prétend, «des créances certaines et exigibles à l'égard des pouvoirs adjudicateurs, qui sont libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant de 70.767,26€»".

Elle estime, par conséquent, n'avoir commis aucune erreur quant à la motivation matérielle de l'acte attaqué et avoir correctement appliqué les dispositions visées au moyen.

Quant à la deuxième branche du moyen, la partie adverse observe qu'elle "ne peut partager l'opinion de la requérante selon laquelle le risque lié au marché faisant l'objet de l'appel d'offres ayant donné lieu à l'acte attaqué étant très limité, elle aurait dû procéder à une évaluation en tenant compte de cette circonstance". Elle estime qu'il lui incombait de vérifier si chaque soumissionnaire remplissait les conditions de droit d'accès au marché, conformément à l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et aux critères du cahier spécial des charges.

Quant à la troisième branche, la partie adverse fait, en substance, valoir que les arguments développés en réponse à la première branche du moyen "démontrent à suffisance qu'elle a procédé à un examen consciencieux de la candidature de la requérante" et qu'elle "n'avait d'autre choix que d'écarter tant l'attestation fiscale que celle de l'ONSS qui étaient jointes à l'offre de la requérante dès lors qu'elles étaient toutes deux irrégulières".

IV.2 Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse ne sélectionne pas la requérante pour le motif suivant, énoncé dans le rapport d'évaluation des offres, auquel se réfère la décision attaquée :

" Le pouvoir adjudicateur a constaté, lors de ses vérifications par des moyens électroniques, que la société Anvas Security n'était pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de l'ONSS et des impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il [sic] est établi.

Dès lors, de l'examen de l'offre de la société Anvas Security, il ressort que cette société n'est pas en règles [sic] avec ses obligations relatives au paiement de l'ONSS et des impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il [sic] est établi".

Cette motivation ne permet pas de comprendre pour quelle raison la partie adverse n'a tenu aucun compte des attestations jointes à son offre par la partie requérante, qui tendaient, au contraire, à démontrer qu'elle satisfaisait à ses obligations. La consultation du dossier administratif ne le permet pas davantage.

En ce qui concerne les obligations de la requérante envers l'office national de sécurité sociale, le dossier administratif contient la copie d'une réponse électronique datée du 16 janvier 2015 indiquant que l'attestation ne peut être délivrée automatiquement. La partie adverse explique à l'audience que cette réponse correspond à l'hypothèse d'une entreprise qui n'est pas en règle de paiement de ses cotisations de sécurité sociale. Cette information ne figure cependant pas dans la réponse électronique ni dans aucune autre pièce figurant dans le dossier administratif. Bien au contraire, la réponse précitée invite à prendre contact avec le service concerné par téléphone ou par courriel, ce qui ne permet pas, à première vue, d'exclure toute possibilité d'obtenir par une autre voie l'attestation requise. Le dossier ne contient, par ailleurs, aucune trace d'une telle prise de contact. Il ne peut dans ces conditions être conclu de la seule impossibilité de délivrer l'attestation requise de manière automatique que la requérante ne satisfaisait pas à ses obligations en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale à la date du 16 janvier 2015.

La partie adverse expose dans sa note d'observations qu'elle a écarté l'attestation produite par la requérante parce qu'elle ne portait pas sur l'avant-dernier trimestre écoulé avant la date limite de réception des offres. Cette explication ne transparaît cependant ni de l'acte attaqué, ni du dossier administratif. Une telle motivation fournie *a posteriori* ne répond pas aux exigences de motivation matérielle des actes administratifs.

Concernant les obligations fiscales de la requérante, le dossier contient la copie d'une réponse électronique datée du 16 janvier 2015 et émanant du service

"perception et recouvrement" du service public fédéral finances, qui indique, sans autre détail, que la requérante est redevable d'un montant en matière de taxe sur la valeur ajoutée dont la somme globale excède 3.000 euros. Toutefois, ni ce document, ni aucune autre pièce du dossier administratif ne permet de comprendre l'apparente contradiction entre cette réponse et le contenu du document émis le 7 janvier 2015, apparemment par le même service "perception et recouvrement" du service public fédéral finances, et valable jusqu'au 29 janvier 2015, que la requérante a joint à son offre.

La partie adverse expose dans sa note d'observations que l'attestation fournie par la requérante ne correspond pas au modèle requis en matière de marché public en vertu d'une circulaire du 22 juillet 2014. A nouveau, cette explication ne ressort ni du dossier administratif, ni de l'acte attaqué et ne peut pallier le défaut de motivation matérielle de cet acte. En outre, la partie adverse ne pouvait écarter l'attestation produite par la requérante qu'à la condition d'établir qu'elle ne satisfait pas au prescrit de l'article 63, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ou autrement dit qu'il ne résulte pas de cette pièce que la requérante était en règle par rapport à ses obligations fiscales. La simple référence à une circulaire relative aux différents types d'attestations qui existent ne permet pas de conclure que celle que la requérante a produite ne répond pas aux conditions de la disposition précitée. En cas de doute face à deux attestations apparemment contradictoires, il revenait à tout le moins à la partie adverse d'agir avec prudence et de s'assurer qu'elle disposait de toutes les informations nécessaires pour décider en pleine connaissance de cause avant d'écarter l'offre de la requérante. Tel ne paraît pas, à première vue, être le cas en l'espèce.

En ce qu'il est pris d'une violation de l'obligation de motivation matérielle et du devoir de minutie, le moyen est sérieux en sa première branche. Il n'y a par conséquent pas lieu de procéder à l'examen des autres branches du moyen.

V. CONFIDENTIALITE

Les parties ne demandent pas que certaines pièces soient gardées confidentielles. La partie adverse n'ayant pas communiqué les offres des autres soumissionnaires, il n'y a pas lieu d'ordonner la confidentialité de tout ou partie du dossier.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne demande pas qu'il soit fait application de la balance des intérêts. Il n'y a effectivement pas lieu d'y procéder au vu des intérêts en présence.

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

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 11 mars 2015 par laquelle le service public fédéral finances décide de ne pas sélectionner la société privée à responsabilité limitée ANVAS SECURITY pour le marché relatif au "gardiennage du bâtiment occupé par le S.P.F. Finances, Rue de Fragnée 2, 4000 Liège".

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

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

Article 4.

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

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

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.