

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 238.875 du 25 juillet 2017

A. 222.541/VI-21.045

En cause : **la société privée à responsabilité limitée VAEL,**

ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy 270
4000 Liège,

contre :

la Communauté française, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^e Philippe LEVERT, avocat,
rue Defacqz 78-80
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 juin 2017, la société privée à responsabilité limitée VAEL demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 12 juin 2017 prise par l'autorité adjudicatrice, Ministère de la Communauté française – secrétariat général – Direction des infrastructures – Service général des infrastructures scolaires de la FWB – Direction régionale de Liège, d'une part attribuant un marché public à la société RECO+ et d'autre part écartant la requérante pour des motifs relatifs à la sélection qualitative, décision notifiée à la requérante en date du 20 juin 2017 et réceptionnée au plus tôt par la requérante, le 21 juin 2017, pour violation de forme substantielle ou prescrite à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir".

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 juillet 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 juillet 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

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'État ont été acquittés.

M. Serge BODART, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^{es} Philippe LEVERT et Khalid ERMILATE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits

1. Le 28 octobre 2016, la partie adverse a publié au Bulletin des adjudications un avis de marché dont l'objet est la rénovation de locaux de douches de l'établissement "LIÈGE INTERNAT AUTONOME MIXTE", sis à 4000 Liège, Rue des Bruyères, 150, les douches étant vétustes et non adaptées (douches collectives).

Il s'agit d'un marché de travaux par adjudication ouverte (publicité belge).

Le marché se subdivise en deux tranches, l'une ferme, l'autre conditionnelle.

2. Le 4 décembre 2016, la requérante dépose une offre pour un montant de 213.613,88 euros.

Dans son offre, eu égard à sa situation fiscale, elle porte à l'attention de la partie adverse que bien que les indications sur le portail "Telemarc" du SPF Finances pourraient indiquer un résultat négatif, sa situation est "en ordre" et que "l'attestation négative est émise uniquement à cause d'enrôlements annulés par l'administration en matière d'ISOC [impôts sur les sociétés] et précompte mobilier pour lesquels [elle a] déjà obtenu dégrèvement depuis septembre". Elle précise que "pour des raisons informatiques, la situation dans le portail Telemarc / Digiflow ne se mettra à jour

qu'en décembre". Elle joint une attestation émanant d'un receveur des impôts du mois de novembre 2016.

3. Lors de la séance d'ouverture des offres, le 5 décembre 2016, l'offre de la requérante se révèle la moins-disante.

4. Il ressort des explications de la partie adverse et du dossier administratif que le 5 décembre 2016, la partie adverse interroge l'Office national de la Sécurité sociale (O.N.S.S.) au sujet de la situation de la requérante.

Le 8 décembre 2016, l'O.N.S.S. adresse à la partie adverse une attestation indiquant qu'à la date du 5 décembre 2016, la requérante était débitrice en cotisations de 28.553,74 euros et qu'elle ne respectait pas strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de sa dette.

Le 16 décembre 2016, l'O.N.S.S. lui adresse une nouvelle attestation qui indique qu'à la date du 4 décembre 2016, la requérante était débitrice en cotisations de 28.553,74 euros et qu'elle respectait strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de sa dette.

5. Il ressort également des explications de la partie adverse et du dossier administratif que la partie adverse a eu différents contacts avec le SPF Finances au sujet de la situation de la requérante.

Le 15 décembre, un receveur du SPF Finances informe la partie adverse par courriel que "les dettes reprises dans Digiflow vont être dégrévées et/ou soldées grâce à des crédits auxquels la SPRL VAEL peut prétendre et actuellement repris dans des registres d'attente". Elle précise dans ce même courriel que: "La justification de novembre est toujours valable ce mois de décembre".

Dans un courriel du 3 mai 2017, interrogé à nouveau par la partie adverse, qui avait constaté que l'application TELEMARC/DIGIFLOW renseignait pour la requérante des dettes supérieures à 3.000 euros vis-à-vis du SPF Finances, le même receveur lui écrit ce qui suit:

" Il y a eu un petit souci qui m'a empêché de vous répondre plus tôt. C'est maintenant régularisé; si vous consultez Telemarc/ DIGIFLOW ou MyMINFIN pour les obligations de retenues, il ne devrait plus y avoir de problèmes.
Pour votre complète information je précise qu'auparavant la SPRL VAEL avait droit à des dégrèvements qui n'étaient pas comptabilisés et qui ne l'ont été qu'avec retard. Cela a faussé les réponses données par ces applications.
La situation est régularisée de notre côté depuis avril (voir fin mars) 2017.

A présent et pour l'avenir vous pouvez donc vous fier aux réponses données par Telemarc/ DIGIFLOW ou MyMINFIN.
[...]"

6. Le 12 juin 2017, la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à la société RECO+. Il s'agit de la décision attaquée.

Un rapport d'analyse des soumissions est annexé à cette décision. Il contient les indications suivantes relativement à l'offre de la requérante:

" VAEL: Obligations sociales (ONSS) et fiscales (SPF Finances et TVA) :
Redevable vis-à-vis du SPF Finances d'une dette supérieure à 3.000 euro et présente également des dettes ONSS (voir analyse ci-dessous)" ;

[...]

VAEL :

Dettes fiscales : après vérification sur DIGIFLOW, l'attestation du SPF Finances indiquait une dette de plus de 3.000,00 €. En annexe [de] son offre VAEL joint un mail daté du 24/11/2016 du SPF Finances justifiant auprès d'une administration (Ville de Liège) que les dettes de l'entreprise sont liées à deux dégrèvements.

Le 15/12/2016, le pouvoir adjudicateur, afin d'actualiser la situation de l'entreprise, a demandé un complément d'information au SPF Finances.

Le 15/12/2016, le SPF Finances a répondu que la situation de novembre 2016 (dettes et dégrèvements) est toujours d'actualité.

ONSS : DIGIFLOW n'a pas fourni automatiquement l'attestation. Le 05/12/2016 (jour de séance d'ouverture des offres), l'administration demande à l'ONSS le document officiel qui atteste de la situation du soumissionnaire à cette date.

Le 08/12/2016, une attestation de l'ONSS fait état, en date du 05/12/2016 d'une dette de 28.553,74 € et indique que l'entreprise VAEL ne respecte pas strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de cette dette.

Synthèse VAEL :

Vu que VAEL possède des dettes fiscales supérieures à 3.000,00 € auprès du SPF Finances.

Vu qu'à l'ouverture, le 05/12/2016, VAEL a une dette auprès de l'ONSS de 28.553,74 € et qu'il ne respecte pas strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de cette dette.

En vertu des articles 61, § 2 et 63, § 2, al. 2 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, le soumissionnaire est exclu du marché".

IV. Intérêt au recours

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt au recours de la requérante en ces termes:

" 2.1. La demande de suspension étant l'accessoire du recours en annulation, il en découle que si le recours en annulation est irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, la demande en suspension est également, par voie de contamination, affectée de cette irrecevabilité.

2.2. En l'espèce, la requérante ne justifie d'aucun intérêt à agir.

En effet, la décision d'attribution du marché a été notifiée le 20 juin 2017 à la société RECO+ et a d'ores et déjà sorti ses effets juridiques entraînant la conclusion du contrat entre la partie adverse et la société RECO+.

Le recours en suspension, sous le bénéfice de la procédure d'extrême urgence, a été introduit bien après la conclusion de ce contrat, soit le 30 juin 2017.

Seul le mécanisme de *standstill* aurait pu permettre à la requérante d'éviter cette conclusion, conformément à la loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après la «loi recours»). Le mécanisme de *standstill* ne trouve toutefois pas à s'appliquer en l'espèce.

Or, l'article 30, alinéa 3, de la loi recours énonce que :

«Une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit».

En vertu de cette disposition, seule la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché relève de la compétence de Votre Conseil, fût-il même après la conclusion du contrat (), alors que la déclaration d'absence d'effets relève de la compétence du juge judiciaire.

Toutefois, conformément aux articles 31 et 32 de la loi recours, l'instance de recours exerce, en l'occurrence, ses compétences dans les limites des articles 14 à 16 de la loi recours.

Si, de principe, Votre Conseil juge que, :

«un soumissionnaire régulier a intérêt à faire contrôler la régularité de la procédure qui attribue le marché à un concurrent, quel que soit le classement de sa soumission. En effet, ce contrôle est susceptible de lui procurer à tout le moins une nouvelle chance de se voir adjudger le marché convoité. Il en va d'autant plus ainsi, lorsque – comme si tel devait être le cas en l'espèce – l'annulation de la décision d'attribution du marché résulte de ce que la violation d'un principe fondamental vicie toute la procédure de passation du marché litigieux» ().

Il n'en demeure pas moins que l'acceptation de l'offre de la société RECO+ par la partie adverse et la notification de la décision d'attribution le 20 juin 2017 ont scellé le contrat et l'exécution du marché, et ce au bénéfice de la société RECO+.

Or, le marché litigieux s'entend d'une adjudication publique pour laquelle l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après la «loi du 15 juin 2006») énonce que, :

«Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre. Cette indemnité forfaitaire est éventuellement complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999».

Il en ressort qu'en la présente affaire, le contrôle de Votre Conseil n'est pas susceptible de procurer, à tout le moins, une nouvelle chance à la requérante de se voir attribuer le marché litigieux. De plus, conformément à l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 :

«l'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou

de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit refaire la procédure, au besoin selon un autre mode».

Votre Conseil estime à cet égard que, :

«Il ressort de la formulation de cette disposition que le législateur a explicitement prévu la possibilité de mettre [fin] à une procédure d'adjudication non seulement avant l'attribution du marché, mais également entre celle-ci et la conclusion du contrat.

Le législateur n'a pas conditionné la mise en œuvre de cette faculté au respect d'une quelconque exigence quant à la légalité ou à la régularité des phases antérieures de la procédure et n'a pas opéré de distinction à cet égard entre la décision de ne pas attribuer ou celle de ne pas conclure le marché.

La possibilité de ne pas conclure un marché, tout comme celle de "refaire la procédure", alors même qu'une décision d'attribution a déjà été prise, implique nécessairement la possibilité de retirer cette décision dans les mêmes conditions. Le législateur a donc, dans cette hypothèse très spécifique, créé un régime particulier de possibilité de retirer la décision d'attribution alors même qu'elle ne serait pas entachée d'irrégularité.

Tant que le marché n'était pas conclu, la partie adverse pouvait donc valablement décider de relancer le marché et de retirer la décision d'attribution sans avoir à établir l'illégalité de celle-ci» ().

Pas plus, le juge judiciaire ne pourrait prononcer une déclaration d'absence d'effets du marché dès lors que l'article 17 de la loi recours n'est pas, comme précisé ci-dessus, d'application en l'espèce.

2.3. De ce qui précède, il appert en réalité que l'objet du recours est l'obtention de dommages et intérêts, et ce pour autant que la requérante arrive à démontrer l'irrégularité du marché, quod non.

En effet, Votre Conseil, dans une telle configuration, estime que, :

«L'intérêt à entendre déclarer un acte administratif illégal pour faciliter ensuite une action en dommages et intérêts est sans relation avec la finalité du contentieux de l'annulation qui est de faire disparaître rétroactivement de l'ordonnancement juridique, un acte illégal causant grief» ().

La requérante n'a dès lors aucun intérêt à agir, et ce que ce soit au stade du référé ou du contentieux de l'annulation.

Pour les raisons qui précèdent, la requête doit, par conséquent, être déclarée irrecevable".

IV.2. Appréciation

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article, ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu. Il appartient dès lors au Conseil d'Etat d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, suite à un arrêt qui prononcerait la

suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire. En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables.

Ni l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, ni son article 24, qui vise la compétence du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative, ne font de distinction selon que le contrat serait ou non conclu. Il convient également d'avoir égard aux articles 31 et 33 de la loi qui rendent les dispositions concernant les recours applicables aux marchés sous les seuils européens, comme c'est le cas en l'espèce, et de s'en référer à la définition du terme "marché" telle qu'elle figure à l'article 2, 1^o, de la loi.

Quant à l'article 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 qui prévoit qu' "une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit", il s'agit d'une disposition qui concerne la conclusion du marché, laquelle relève de la compétence des cours et des tribunaux, mais qui ne s'oppose pas à ce que le Conseil d'Etat ordonne la suspension de l'exécution d'une décision unilatérale d'attribution prise par les autorités adjudicatrices, comme en l'espèce, même lorsque le marché est conclu.

Il convient, par ailleurs, de relever que dans son avis 59.566, du 11 juillet 2016, donné sur l'avant-projet de loi "modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services", devenu entre-temps la loi du 16 février 2017, entrée en vigueur le 30 juin 2017, la section de législation du Conseil d'Etat observait ce qui suit:

- " 35. L'article 30, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi, s'énonce comme suit:
«La conclusion du marché ou de la concession a également pour effet de rendre sans intérêt l'éventuelle demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution ».

Cette disposition soulève diverses questions. En effet, la portée précise et le champ d'application de celle-ci ne sont pas suffisamment définis. Ainsi ne fait-elle pas mention de la demande de "déclaration d'absence d'effets" du marché ou de la concession, au sens de l'article 30, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi et on n'aperçoit pas clairement comment la disposition en projet s'articule par rapport à certaines autres dispositions, comme l'article 21 de la loi, qui ne contient pas de disposition analogue. Invité à donner des précisions à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit: «Compte tenu des complications qu'une telle disposition pourrait entraîner et de la nécessité d'une analyse approfondie, il serait préférable de supprimer l'alinéa 2 de l'article 30, paragraphe 2, en projet»".

L'alinéa en question n'apparaît effectivement pas dans le texte de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Il apparaît donc, à première vue, que non seulement le législateur avait conscience que dans sa formulation telle qu'elle est applicable à la présente cause, il ne peut être déduit de l'article 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 que la conclusion du marché entraîne pour conséquence l'absence d'intérêt d'un éventuel soumissionnaire évincé à solliciter la suspension de l'exécution de la décision d'attribution mais qu'il n'a, en outre, pas voulu apporter à cette disposition une modification qui aurait eu pour effet d'attacher une telle conséquence à la conclusion du marché ou de la concession.

Prima facie, l'intérêt de la requérante ne semble pas pouvoir être utilement contesté au motif que le marché en cause est conclu.

L'exception n'est pas sérieuse.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 61, § 2, 5° et 6°, 62, § 1^{er}, et 63, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des principes d'égalité et de transparence et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle expose, en substance, que la partie adverse a considéré à tort qu'elle n'était pas en règle par rapport à ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale ou de ses impôts et taxes, alors que d'une part, ses dettes fiscales bénéficiaient d'un dégrèvement et que, d'autre part, concernant sa dette de 28.553,74 euros vis-à-vis de l'Office national de sécurité sociale, elle produit les notes de crédit qui lui étaient applicables pour un montant total de 31.313,04 €.

Elle considère donc que la partie adverse a violé notamment les articles 62, § 1^{er}, et 63, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, en prenant la décision attaquée.

S'autorisant de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 233.205, ACTIVA, rendu le

10 décembre 2015, elle reproche, en outre, à la décision attaquée de ne contenir aucune motivation spécifique relativement à l'ONSS, de se contenter de faire état de la dette et de "semble[r] manifestement inventer un motif en disant qu'il n'y a pas de respect strict des modalités de paiement alors que des notes de crédit étaient prêtes à être émises et que rien de tel n'est affirmé par l'ONSS".

La requérante fait, par ailleurs, valoir que la partie adverse s'est fondée sur la combinaison de deux motifs sans que la motivation de l'acte attaqué ne permette de déterminer si un seul de ces motifs suffisait.

B. Note d'observations

La partie adverse observe, quant à la situation de la requérante vis-à-vis de l'ONSS, qu'elle a été exclue en raison d'une dette d'un montant de 28.553,74 euros vis-à-vis de cet office.

Après avoir rappelé le texte de l'article 62, § 1^{er}, de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 15 juillet 2011, elle indique qu'en l'espèce, le trimestre à prendre en considération est le troisième trimestre de l'année 2016. Or, elle expose qu'une attestation de l'ONSS datée du 8 décembre 2016 mentionne qu'au jour de l'ouverture des offres, soit le 5 décembre 2016, la requérante était redevable de la somme de 28.553,74 euros et ne respectait pas strictement le plan d'apurement de cette dette. Elle estime que cette circonstance suffit à justifier son exclusion.

La partie adverse précise que si une lettre de l'ONSS en date du 16 décembre 2016 indique que la requérante respectait strictement le plan d'apurement de sa dette à la date du 4 décembre 2016, ce courrier n'est pas de nature à remettre en cause le constat qui précède, dès lors que l'attestation qu'il reprend "était valable uniquement à la date du 4 décembre 2016, soit la veille de l'ouverture des offres".

Elle ajoute que c'est vainement que la requérante fait état de l'existence de notes de crédit à son bénéfice. Elle relève, à cet égard, que la requérante produit dans son dossier de pièces, une pièce qu'elle intitule "Notes de crédit ONSS". Or, selon la partie adverse, "une lecture de ces dernières fait pourtant apparaître qu'elles n'ont nullement été émises par l'ONSS, mais par l'ASBL PARTENA". Elle relève, en outre, que ces notes de crédit ont été émises le 8 février 2017, alors que, "même s'il fallait juger que les notes de crédit produites par la requérante émanaient de l'ONSS, *quod non*, ces dernières doivent se rapporter au troisième trimestre de l'année 2016". Elle considère donc que "leur production à ce stade n'est [...] aucunement de nature à

remettre en cause la conclusion aux termes de laquelle la requérante n'était pas en règle vis-à-vis de l'ONSS le jour de l'ouverture des offres, soit le 5 décembre 2016".

En ce que la requérante semble reprocher à la partie adverse de ne pas avoir procédé à des investigations complémentaires, en vue de clarifier sa situation auprès de l'ONSS, elle relève que cette critique "s'apparente à une dénonciation du non-respect du devoir de minutie de l'administration dans le chef de la partie adverse" alors que "le moyen unique pris par la requérante ne fait nullement état d'une prétendue violation du devoir de minutie". Elle note, "en toute hypothèse que dès lors qu'une situation apparaît évidente, comme en l'espèce, le principe de l'économie des ressources et de leur utilisation raisonnable implique que la partie adverse n'est nullement tenu de mener des investigations complémentaires".

En ce qui concerne la situation de la requérante vis-à-vis du SPF Finances, la partie adverse rappelle que "la requérante a été exclue, en raison de sa dette d'un montant supérieur à 3.000,00 € vis-à-vis du SPF Finances, le jour de l'ouverture des offres", fait qui "apparaît clairement à la lecture de l'attestation DIGIFLOW en date du 5 décembre 2016".

Quant aux dégrèvements dont fait état la requérante, elle soutient que ceux-ci n'avaient pas encore été décidés le jour de l'ouverture des offres ainsi que cela "ressort clairement du courriel du receveur des impôts en date du 15 décembre 2016, celui-ci indiquant que « vont être dégreverés et/ou soldés (...) »". Elle estime que "l'utilisation du futur simple par le receveur des impôts indique clairement qu'à la date du 15 décembre 2016, aucune décision de dégrèvement n'avait encore été prise". Elle ajoute que la requérante a elle-même indiqué dans un courriel du 19 avril 2017, à propos d'un autre marché, que les dégrèvements en question n'étaient pas encore intervenus.

Elle fait valoir qu'"en droit fiscal, le dégrèvement s'entend de la décision par laquelle l'administration fiscale prend la décision d'annuler un impôt", qu'elle "s'est enquis[e] à plusieurs reprises auprès du receveur des impôts de la situation fiscale de la requérante" et que "de ces différentes investigations, il est apparu, d'une part, que les dettes fiscales de la requérante n'avaient pas fait l'objet d'une décision de dégrèvement, d'autre part, que cette dernière n'avait pas de plan d'apurement de sa dette fiscale". Selon elle, "le fait que le receveur des impôts affirme à plusieurs reprises que les dettes fiscales vont être dégreverés est sans incidence". Elle estime qu'il "est en effet sans compétence dans ce domaine – seul le directeur régional ou le fonctionnaire délégué pouvant prendre une telle décision" et que "l'utilisation du futur simple pour évoquer les dégrèvements indique clairement qu'aucune décision n'avait encore été prise par le directeur régional".

Elle conclut donc qu'au jour de l'ouverture des offres, la décision de dégrèvement n'avait pas été prise et que, partant, la dette fiscale subsistait.

La partie adverse observe, "au surplus", que si dans un courriel du 19 avril 2017 relatif à un autre marché, la requérante fait état, pour la première fois, de l'existence de créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard d'un tiers, pour un montant au moins égal à 3.000,00 €, à la date du 5 avril 2017, "elle ne fournit aucun justificatif attestant de cette affirmation et ne fait pas valoir, au demeurant, que ces prétendues créances auraient existé le jour de l'ouverture des offres".

Quant à la prétendue motivation inadéquate de la décision d'éviction, dans la mesure où la requérante fait état de notes de crédit dont il n'aurait pas été tenu compte, la partie adverse relève, d'une part, qu'elle a établi que ces notes n'avaient pas été émises par l'ONSS et, d'autre part, que la requérante confond le devoir de motivation et le devoir de minutie, "pour lequel il a été relevé *supra* qu'il n'était pas invoqué au moyen". Elle relève, par ailleurs, qu'en ce qui concerne le volet fiscal, "la dette fiscale subsiste tant que la décision de dégrèvement n'a pas été prise".

Elle estime, par ailleurs, que la jurisprudence citée par la requérante doit être écartée. En effet, selon elle, contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire ACTIVA citée par la requérante, "où le soumissionnaire malheureux avait, d'emblée dans sa soumission, fait valoir des arguments en vue de justifier de sa situation vis-à-vis de l'ONSS, la requérante, en la présente espèce, avance des arguments justifiant de sa situation postérieurement à l'ouverture des offres". Elle ajoute que "quant aux arguments relatifs à sa situation fiscale qui, pour le reste, sont avancés avant l'ouverture des offres, ces derniers sont manifestement sans pertinence, étant entendu que la requérante se contente de faire valoir l'existence de dégrèvements à intervenir, et non pas de dégrèvements intervenus". Elle considère que "cet élément n'était donc nullement de nature à remettre en cause l'existence d'une dette fiscale dans le chef de la requérante". Quant aux créances que la requérante détiendrait à l'égard de la Ville de Liège, elles sont invoquées également pour la première fois dans sa requête, "ni les éléments du dossier administratif ni les pièces du dossier de la requérante ne [faisant] apparaître l'existence d'une quelconque créance au bénéfice de la requérante à l'égard de la Ville de Liège".

La partie adverse fait encore valoir que "l'obligation de motivation des actes administratifs n'implique pas l'obligation de préciser, dans la décision administrative « le motif des motifs »" et qu'"à partir du moment où il est établi que la requérante se trouve dans une situation d'exclusion, la partie adverse jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour l'évincer du marché".

Elle indique, enfin, qu'à supposer que l'un des motifs de l'acte attaqué soit erroné, *quod non*, il ne s'en déduit toutefois pas que l'acte attaqué soit entaché d'illégalité, un seul motif valable suffisant à justifier de la prise de l'acte attaqué.

V.2 Appréciation

A. Quant à la recevabilité du moyen

La partie requérante n'expose pas en quoi l'acte attaqué violerait l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et les principes d'égalité et de transparence. Le moyen unique est, dès lors, irrecevable en ce qu'il est pris d'une violation de cette disposition et de ces principes.

B. Quant au fond

L'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit:

- " Art. 61. § 2.
Conformément à l'article 20 de la loi, peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure le candidat ou le soumissionnaire :
[...]
5° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale conformément aux dispositions de l'article 62;
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, conformément aux dispositions de l'article 63".

En ce qui concerne le premier motif de l'acte attaqué, l'article 63, § 2, de ce même arrêté royal dispose comme suit en ses alinéas 2 et 3 :

- " Art. 63. § 2.
[...]
Est en règle par rapport aux obligations visées au présent paragraphe, le candidat ou le soumissionnaire qui n'a pas pour l'ensemble de ses obligations une dette supérieure à 3.000 euros, à moins qu'il n'ait obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.
Toutefois, même si la dette visée au présent paragraphe est supérieure à 3.000 euros, le candidat ou le soumissionnaire sera considéré comme étant en règle s'il établit, avant la décision de sélection ou d'attribution du marché, selon le cas, qu'il possède, à l'égard du pouvoir adjudicateur, au sens de l'article 2, 1°, de la loi ou d'une entreprise publique au sens de l'article 2, 2°, de la loi, 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 fiscales.
[...]".

Il découle de cette disposition qu'un candidat ou un soumissionnaire ne peut être considéré comme n'étant pas "en règle" que s'il est redevable d'une dette supérieure à 3.000 euros et pour autant qu'il n'établisse pas, avant la décision de sélection ou d'attribution du marché, qu'il possède une ou des créances certaines répondant aux conditions énoncées à l'alinéa 3. La première condition dont doit s'assurer le pouvoir adjudicateur tient donc à l'existence d'une dette supérieure à 3.000 euros.

En l'espèce, il ressort des faits de la cause que la partie adverse a été informée d'emblée par la requérante que les indications portées sur le portail TELEMARC/DIGIFLOW n'étaient pas actualisées et que certains dégrèvements obtenus depuis septembre 2016 n'étaient pas comptabilisés. Cette information a été confirmée à la partie adverse par un receveur du SPF Finances. Ce dernier a également confirmé en mai 2017 à la partie adverse que les réponses données par le portail TELEMARC/DIGIFLOW étaient faussées, des dégrèvements n'ayant été comptabilisés qu'avec retard. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, il ne peut pas être déduit des différents messages envoyés par le SPF Finances qu'une décision devait encore être prise à la date de l'ouverture des offres, ni *a fortiori* à la date de la décision attaquée. En effet, il ressort des courriels du SPF Finances, et notamment de l'usage de l'indicatif, que l'application des dégrèvements en question n'était soumise à aucune condition, que la requérante y avait droit et que le problème ne se situait qu'au seul niveau d'un retard dans leur comptabilisation. En toute hypothèse, il n'est pas contesté qu'à la date de la décision de ne pas sélectionner la requérante, ce problème était résolu.

Il s'ensuit que lorsqu'elle a adopté l'acte attaqué, la partie adverse avait été informée tant par la requérante que par le SPF Finances que celle-ci n'avait, en réalité, pas de dette fiscale supérieure à 3.000 euros. En ce qu'il indique le contraire en se basant sur une information dont l'auteur lui-même l'avait informée à plusieurs reprises du caractère inexact, l'acte attaqué est, *prima facie*, entaché d'une erreur de fait manifeste. En outre, à supposer même que la partie adverse aurait eu un motif quelconque de ne pas tenir compte des informations répétées lui indiquant que la requérante était en règle au regard de sa situation fiscale, elle devait, à tout le moins, en faire état dans sa motivation. Or, celle-ci est muette sur ce point.

En ce qui concerne le second motif de l'acte attaqué, l'article 62, § 1^{er}, du même arrêté royal dispose comme suit:

" Art. 62. §1^{er}.

§1^{er}. Sous réserve de l'application de l'article 60, §1^{er}, le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujéti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs joint à

sa demande de participation ou à son offre, selon le cas, une attestation de l'Office national de Sécurité sociale dont il résulte qu'il est en règle en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale.

L'attestation porte sur l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas.

Est en règle par rapport aux obligations susmentionnées, le candidat ou le soumissionnaire qui:

1° a transmis à l'Office national de Sécurité sociale toutes les déclarations requises jusque et y compris celles relatives au trimestre civil visé à l'alinéa précédent, et
2° n'a pas pour ces déclarations une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros, ou a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.
Toutefois, même si la dette en cotisations est supérieure à 3.000 euros, le candidat ou le soumissionnaire sera considéré comme étant en règle s'il établit, avant la décision de sélectionner les candidats ou d'attribuer le marché, selon le cas, qu'il possède, à la fin du trimestre civil visé à l'alinéa 2, à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, de la loi ou d'une entreprise publique au sens de l'article 2, 2°, de la loi, 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 cotisations".

En l'espèce, il ressort des faits de la cause que l'O.N.S.S. a adressé à la partie adverse deux attestations indiquant l'une qu'à la date du 5 décembre 2016, la requérante ne respectait pas strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de sa dette et l'autre qu'à la date du 4 décembre 2016, elle les respectait. L'acte attaqué ne tient compte que de la première. Toutefois, la requérante, qui a pu prendre connaissance de l'existence de ces informations à la lecture de la note d'observations et du dossier administratif, ne soutient pas à l'audience que la seule attestation prise en compte par la partie adverse serait entachée d'erreur. Elle ne fait pas non plus grief à la partie adverse de n'avoir pas tenu compte de l'autre attestation figurant dans le dossier administratif, mais lui reproche, en revanche, de ne pas avoir tenu compte de notes de crédit qui démontreraient qu'elle était créditrice vis-à-vis de l'O.N.S.S. d'un montant supérieur à celui de sa propre dette. Le Conseil d'Etat limite donc son examen à cette critique de la requérante concernant le second motif de l'acte attaqué.

Il ressort, en premier lieu, de l'examen des notes de crédit produites par la requérante qu'elles n'émanent pas directement de l'O.N.S.S. et ne permettent pas, par elles-mêmes, d'établir la situation exacte de la requérante au regard de ses paiements en matière de sécurité sociale durant l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des offres. Il ne peut donc, à première vue, en être tiré aucune conclusion quant à l'exactitude de l'attestation sur laquelle s'est basée la partie adverse pour conclure à l'existence d'une dette dans le chef de la requérante.

Ensuite, la requérante ne soutient pas avoir communiqué ces pièces à la partie adverse avant l'adoption de l'acte attaqué, en sorte qu'il ne peut être reproché à

cette dernière de ne pas en avoir tenu compte dans la motivation de l'acte attaqué.

Il s'ensuit que la partie adverse a motivé sa décision en se fondant sur une attestation de l'O.N.S.S. établissant que la requérante avait, à la date de l'ouverture des offres, une dette en cotisations de sécurité sociale supérieure à 3.000 euros et qu'elle ne respectait pas strictement les délais de paiement pour l'apurement de cette dette. Dès lors que la requérante n'établit pas que cette attestation serait entachée d'une erreur, il ne peut être conclu que la partie adverse aurait, ce faisant, violé l'article 62, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Par ailleurs, il ne peut pas non plus être reproché à la partie adverse de ne pas avoir pris en considération dans sa motivation formelle des informations que la requérante ne lui avait pas communiquées avant l'adoption de l'acte attaqué. Tel qu'il est formulé, le moyen n'apparaît donc, à première vue, pas sérieux en ce qu'il critique le second motif de l'acte attaqué.

Dès lors que la décision repose sur deux motifs de non-sélection, dont seul l'un est critiqué sérieusement, il convient d'apprécier si le motif qui n'est pas critiqué sérieusement suffit, en toute hypothèse, à entraîner l'exclusion de l'offre de la requérante, en sorte que celle-ci n'aurait plus d'intérêt à critiquer l'autre. Il convient, à cet égard, de rappeler que l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité opère une distinction entre les situations visées dans son paragraphe 1^{er}, pour lesquelles il indique que le candidat ou le soumissionnaire "est exclu de l'accès au marché", ce qui ne laisse pas de marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, et celles qui sont visées au paragraphe 2, pour lesquelles l'arrêté dispose que le candidat ou le soumissionnaire "peut être exclu de l'accès au marché", ce qui laisse au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation. Dans le premier cas, il découle de la rédaction de la disposition que la présence de l'un seul des motifs d'exclusion entraîne celle-ci, quoi qu'il en soit de la présence, et de la pertinence, d'éventuels autres motifs. Dans le second cas, une telle conclusion ne pourrait découler que de la volonté clairement exprimée de l'autorité. A défaut, il ne revient pas au Conseil d'Etat de se substituer à elle pour décider du motif déterminant de sa décision.

En l'espèce, dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il ne peut pas être conclu à la lecture de la motivation formelle de l'acte attaqué que la partie adverse a estimé que l'existence d'une dette en matière de sécurité sociale, prise individuellement, suffisait à justifier la décision de ne pas sélectionner la requérante. Au contraire, la juxtaposition des deux motifs, sans autre explication, tend à indiquer que c'est leur combinaison qui motive l'exclusion de la requérante. Cette conclusion pourrait, d'ailleurs, être corroborée par la circonstance que la partie adverse a continué de solliciter des informations complémentaires de la part du SPF Finances concernant la dette fiscale de la requérante, alors même qu'elle n'a, en revanche, nullement cherché, avant l'introduction du présent recours, à lever

les doutes qu'auraient pu faire naître les deux attestations contradictoires de l'O.N.S.S. Il s'ensuit dès lors, à première vue, qu'au vu de la motivation de la décision attaquée, l'illégalité apparente de l'un de ses motifs vicie l'ensemble de celle-ci et suffit à justifier sa suspension.

Le moyen est, en conséquence, sérieux en ce qu'il invoque une violation des articles 61, § 2, et 63, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de "la décision du 12 juin 2017 prise par l'autorité adjudicatrice, Ministère de la Communauté française – secrétariat général – Direction des infrastructures – Service général des infrastructures scolaires de la FWB – Direction régionale de Liège, d'une part attribuant un marché public à la société RECO+ et d'autre part écartant la requérante pour des motifs relatifs à la sélection qualitative" est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt-cinq juillet deux mille dix-sept par :

MM. Serge BODART,	conseiller d'État, président f.f.,
Xavier DUPONT,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Xavier DUPONT.

Serge BODART.