CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE

A R R Ê T

n^o^ 244.714 du 6 juin 2019

A. 225.977/VI-21.303

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

ayant élu domicile chez
M^e^ Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN, avocat,
place Flagey 7
1050 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^es^ Véronique VANDEN ACKER, François VISEUR et Caroline DEBEHAULT, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 octobre 2018, la société privée à responsabilité limitée CEMRE demande l'annulation de "la décision de date inconnue par laquelle la partie adverse a, entre autres, décidé d'exclure la requérante du marché intitulé «Entretien sanitaire et nettoyage des vitres et châssis des locaux du bâtiment sis 15, avenue Prince de Liège à 5100 Jambes»".

II. Procédure

L'arrêt n^o^ 242.645 du 15 octobre 2018 a ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

L'arrêt a été notifié aux parties.

M^me^ Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note, le 15 mars 2019, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡

Par des courriers du 21 mars 2019, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elles ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Mise en œuvre de la procédure abrégée

Par un courrier du 2 avril 2019, la partie adverse a informé le Conseil d'État que l'acte attaqué avait été retiré par une délibération du 21 février 2019. Toutefois, celle-ci n'a pas transmis la preuve d'envoi du courrier de notification de cette décision de retrait à l'attributaire du marché de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer si ce retrait peut être tenu pour définitif. Dès lors, dans un souci de sécurité juridique, il convient de se prononcer sur la requête en annulation.

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif "peut" annuler l'acte dont la suspension est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

La partie adverse n'a pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti et aucune des parties n'a demandé à être entendue suite à la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Il ressort de l'arrêt n° 243.249 du 14 décembre 2018 rendu par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État dans le cadre du mécanisme visé aux articles 30, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 14*quinquies* du règlement général de procédure que, dans cette hypothèse, l'annulation de l'acte attaqué n'est pas automatique. Au contraire, il "convient de ne lire à l'article 30, § 3, des lois sur le Conseil d'État et à l'article 14*quinquies* du règlement général de procédure qu'une attribution de compétence permettant de procéder à l'annulation via une procédure accélérée, et ce en fonction de la constatation d'une illégalité".

Cette décision de l'assemblée générale de la section du contentieux administratif doit toutefois être également prise en considération dans le cadre du mécanisme visé aux articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡

11/2 du règlement général de procédure, dans la mesure où ces dispositions prévoient également l'annulation de l'acte attaqué.

Il convient dès lors d'apprécier si le moyen, qui a été jugé sérieux par l'arrêt de suspension n° 242.645 du 15 octobre 2018 justifie l'annulation de la décision attaquée. Dans l'affirmative, celle-ci pourra être annulée via la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen du deuxième moyen – première branche

La requérante soulève un deuxième moyen, "pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; la violation des articles 5, 20 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; la violation des articles 4 et 5 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, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; la violation des articles 58, 59, 61, 68, 72 et 77 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; la violation du cahier spécial des charges applicable aux Marchés litigieux, en particulier de son article 7 «Droit d'accès et sélection qualitative»; la violation de l'autorité de la chose jugée, du principe général de la motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires, des principes de bonne administration et, notamment, du principe de légitime confiance, du devoir de minutie, de l'obligation de procéder à un examen particulier et complet de l'espèce, du principe du raisonnable, du principe de proportionnalité; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

La requérante expose ce moyen comme suit, pour ce qui concerne sa première branche :

" 15. L'acte attaqué exclut la requérante du marché sur la base de l'article 61, § 2, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.
Pour rappel, cet article dispose que :
« 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 :
(…)
7° qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application du présent chapitre ou qui n'a pas fourni ces renseignements» (…).
Il résulte de la formulation même de cet article – et particulièrement de l'usage de l'adverbe «gravement» – que celui-ci n'a vocation à être utilisé que dans des circonstances dans lesquelles le caractère faux de la déclaration en cause revêt une importante gravité. Sauf à neutraliser la condition de fond découlant de la présence de l'adverbe «gravement» dans le libellé de l'article 61, § 2, 7°, de l'arrêté royal «passation», l'adjudicateur ne peut valablement motiver le recours à

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡

cet article en se contentant simplement de constater le caractère inexact d'une déclaration faite par le soumissionnaire. Il doit en effet encore établir le caractère «grave» de cette fausse déclaration. A ainsi pu être reconnu gravement coupable d'une fausse déclaration, le soumissionnaire qui avait falsifié une signature, acte par ailleurs constitutif d'une infraction pénale.
De toute évidence, l'adjudicateur ne peut, sans méconnaitre le régime de l'article 61, § 2, 7°, de l'arrêté royal «passation», faire usage de cet article dans l'hypothèse où il juge en fait simplement insuffisants ou non-pertinents des éléments avancés par un soumissionnaire pour justifier de ses capacités au regard d'un critère de sélection qualitative du marché. Ainsi, par exemple, lorsqu'un critère de sélection invite les soumissionnaires à produire une «attestation de bonne exécution» à l'appui d'une référence, et que l'adjudicateur estime qu'une pièce produite par un soumissionnaire dans ce cadre ne peut, en raison de son contenu, être considérée comme une véritable «attestation de bonne exécution», il n'y a pas lieu de considérer que ce soumissionnaire se serait rendu «gravement coupable de fausses déclarations». Tout au plus convient-il que l'adjudicateur refuse de tenir compte du document produit et, le cas échéant, envisage de ne pas sélectionner le soumissionnaire concerné. L'article 61, § 2, 7°, relatif au droit d'accès, n'a en effet pas vocation à être utilisé pour traiter les éléments d'une offre qui doivent être examinés du point de vue de la sélection qualitative.

16. En l'espèce, le lecteur cherchera en vain, dans les motifs de l'acte attaqué, la démonstration du caractère «grave» des déclarations prétendument fausses qui sont reprochées à la requérante par l'acte attaqué. À titre surabondant, on relèvera que la «gravité» suppose une certaine flagrance. Or, si les «fausses déclarations» imputées à la requérante par la partie adverse avaient réellement été flagrantes, elles ne lui auraient pas échappé dans tous les marchés autres que les Marchés litigieux qu'elle a récemment passés, c'est-à-dire dans 15 marchés […].
De ce point de vue, l'acte attaqué viole l'article 61, § 2, de l'arrêté royal «passation», le devoir de minutie, ainsi que les articles 4 et 5 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, et les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.
Plus substantiellement, il convient de constater que là où la partie adverse soutient – à l'appui de son reproche de «fausses déclarations» – que la requérante serait manifestement incapable de produire tel ou tel élément qu'elle prétendait détenir ou avoir établi, elle ne fait en réalité que porter un jugement de valeur sur des éléments qui ont bien été produits par la requérante, mais dont elle estime simplement que leur contenu ne permet pas de leur donner la qualification que la requérante leur donne.
Outre le fait que ce jugement de valeur est contesté […], il ne pouvait, en tout état de cause, amener la partie adverse à conclure à l'existence d'une «fausse déclaration» – et encore moins à une «fausse déclaration grave» – pour les raisons exposées précédemment (cf. supra n° 15). En sanctionnant sur la base de l'article 61, § 2, 7°, de l'arrêté royal «passation», la prétendue indigence qu'elle reproche aux éléments produits par la requérante en termes de sélection qualitative, la partie adverse a détourné cet article. On notera d'ailleurs que la partie adverse n'avait pas du tout agi sur ce fondement dans le cadre de la Première décision d'attribution et que rien ne justifie le changement soudain opéré à cet égard à l'occasion de l'adoption de la Nouvelle décision d'attribution.
En conséquence, l'acte attaqué viole les articles 58, 61, § 2, 7° et 72 de l'arrêté royal «passation», ainsi que les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 et, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. À tout le moins, il est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

17. L'on relèvera que, de manière plus discrète, la partie adverse prétend également fonder l'exclusion de la requérante sur l'article 61, § 2, 4°, de l'arrêté royal «passation», lequel dispose que :

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡

« 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 :
(…)
4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave».

L'acte attaqué motive la décision d'écartement de la requérante au regard de cette disposition après en avoir motivé l'écartement au regard de l'article 61, § 2, 7° :

« Considérant dès lors que CEMRE s'est gravement rendu coupable de fausses déclarations et que le Région ne voit aucun motif valable de ne pas exercer sa faculté à exclure CEMRE de la présente procédure, notamment au regard du fait que celles-ci peuvent être considérées comme une faute grave en matière professionnelle» (…)

Force est de constater que la motivation est insuffisante et incorrecte sur ce point. En effet, la partie adverse ne motive en rien en quoi ce qu'elle reproche à la requérante rentrerait dans le cadre de l'article 61, §2, 4°. Son raisonnement se limite en fait à dire que, comme les conditions de l'article 61, §2, 7° sont remplies, alors celles de l'article 61, § 2, 4°, le sont également. Ceci n'est de toute évidence pas admissible. Si la réglementation a prévu deux motifs d'exclusion distincts, c'est bien en raison du fait qu'ils ne couvrent pas les mêmes hypothèses. De ce fait, une «fausse déclaration» – à la supposer établie, *quod non* – n'est pas *de facto* une «faute professionnelle grave» comme la partie adverse semble le soutenir.

On relèvera encore que la condition de fond liée à la «gravité» existe autant dans l'article 61, § 2, 4°, que dans l'article 62, § 2, 7°, et que les reproches précédemment adressés aux motifs de l'acte attaqué à cet égard peuvent être intégralement reproduits ici (cf. *supra* n° 16). Il en va de même pour ce qui concerne le fait que l'article 61, § 2, 7°, n'ait pas vocation à sanctionner des questions qui touchent à la sélection qualitative (cf. *supra* n^{os} 15 et 16). Le même grief trouve à s'appliquer en ce que l'acte attaqué prétend se fonder sur l'article 61, § 2, 4°.

18. En sa première branche, le moyen est fondé".

L'arrêt n° 242.645 du 15 octobre 2018 a jugé ce moyen sérieux pour les motifs suivants :

" L'article 61, § 2, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel qu'applicable au présent litige, est libellé comme suit :

« § 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 :
[…]
7° qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application du présent chapitre ou qui n'a pas fourni ces renseignements».

L'usage de la faculté d'exclure un candidat ou un soumissionnaire, par application de cette disposition, suppose que le pouvoir adjudicateur ait constaté la gravité du comportement de ce candidat ou soumissionnaire.

Par ailleurs, la décision d'exclure un candidat ou un soumissionnaire doit être formellement motivée. Cette obligation de motivation formelle, à laquelle le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. La motivation d'une telle décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡

En ce qui concerne plus particulièrement l'exercice de la faculté d'exclusion visée à l'article 61, § 2, 7°, précité, la motivation doit permettre de vérifier que le pouvoir adjudicateur a bien constaté la gravité du comportement reproché au candidat ou soumissionnaire. Elle doit également permettre à celui-ci de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a exercé la faculté d'exclusion qui lui était laissée.

En l'espèce, s'agissant de l'exclusion de la requérante, l'acte attaqué fait état des considérations suivantes:

« Considérant dès lors que CEMRE a fait des fausses déclarations dans son offre;
Considérant que, en vertu de l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques "peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :
(…) 4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave;
(…) 7° qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application du présent chapitre ou qui n'a pas fourni ces renseignements".
Considérant qu'en l'espèce, il est indéniable que CEMRE a produit des fausses déclarations, non seulement pour le présent marché, mais également, semble-t-il, de manière générale pour tous les marchés de nettoyage de la Région depuis plusieurs années;
Que interpellée pour fournir les documents dont elle a déclaré l'existence, CEMRE a d'abord considéré que ses déclarations devaient suffire puisqu'elles ont toujours suffi et, ensuite, transmis des documents qui ne correspondent manifestement pas aux documents demandés.
Que, non sélectionnée au motif de l'absence d'équivalence entre son prétendu système de gestion environnementale et la norme ISO 14001, CEMRE a contesté la décision devant le Conseil d'Etat au motif que ce revirement d'attitude n'était ni acceptable ni motivé;
Que dès lors, se fondant sur de fausses déclarations, CEMRE entend faire valoir un "droit" à être sélectionnée car elle l'a toujours été.
Considérant dès lors que CEMRE s'est gravement rendu coupable de fausses déclarations et que la Région ne voit aucun motif valable de ne pas exercer sa faculté à exclure CEMRE de la présente procédure, notamment au regard du fait que celles-ci peuvent être considérées comme une faute grave en matière professionnelle.
Considérant dès lors, que CEMRE est exclue de la présente procédure».

À la lecture de cet extrait, il apparaît que l'émission de fausses déclarations reprochée à la requérante résulte de ce que celle-ci n'a pas été en mesure de transmettre à la partie adverse les documents ou éléments d'informations susceptibles de corroborer les déclarations relatives à un système de gestion environnementale.

En revanche, l'acte attaqué ne fait pas apparaître la raison pour laquelle la partie adverse a estimé que les fausses déclarations reprochées à la requérante présentaient un caractère de gravité l'autorisant à user de la faculté d'exclusion que lui laisse l'article 61, § 2, 7°, précité. Ne constitue, en toute hypothèse, pas un tel motif le fait que la requérante entend se prévaloir d'un «droit» à être sélectionnée. Une telle prétention n'est pas révélatrice du caractère intrinsèquement grave des fausses déclarations. En outre, la motivation de l'acte attaqué ne permet pas au Conseil d'État de vérifier que la partie adverse a bien constaté le caractère de gravité de la faute reprochée à la requérante et le dossier administratif ne contient aucun élément qui attesterait qu'un tel constat a bien été posé.

Il suit de ces considérations que le moyen doit, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, être déclaré sérieux en sa première branche, à tout le moins en

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡

ce qu'il invoque une violation des dispositions régissant l'obligation de motivation formelle, ainsi que l'article 61, § 2, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité".

La partie adverse n'a pas contesté le point de vue développé dans cet arrêt, et n'a pas demandé la poursuite de la procédure dans le délai imparti. Elle n'a pas non plus demandé à être entendue. Comme exposé ci-avant, elle a, au contraire, communiqué une décision du 21 février 2019 qui retire l'acte attaqué et qui se fonde pour ce faire sur le fait que le moyen exposé ci-avant a été jugé sérieux par le Conseil d'État.

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 242.645 du 15 octobre 2018. Le deuxième moyen est fondé en sa première branche. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, l'acte attaqué doit être annulé.

V. Indemnité de procédure

La partie requérante demande une indemnité de procédure qu'elle évalue au montant de 840 euros.

Dès lors qu'en vertu de l'article 67, § 2, alinéa 3, du règlement général de procédure, il n'y a pas lieu à majoration de l'indemnité de procédure dans la présente hypothèse d'application de l'article 11/2 précité, il convient de faire partiellement droit à la demande de la partie requérante et de condamner la partie adverse au paiement d'une indemnité de procédure de 700 euros.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La décision du 1er août 2018 par laquelle la Région wallonne a, entre autres, décidé d'exclure la requérante du marché intitulé "Entretien sanitaire et nettoyage des vitres et châssis des locaux du bâtiment sis 15, avenue Prince de Liège à 5100 Jambes" est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir les droits de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante.

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le six juin deux mille dix-neuf par :

Imre KOVALOVSZKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Imre KOVALOVSZKY.

‡AGGTJCFDB-BDHHDBV‡