

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

A R R Ê T

n^o 245.962 du 30 octobre 2019

A. 229.368/VI-21.622

En cause : **la société anonyme EVM PRINT,**
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Véronique VANDEN ACKER,
 François VISEUR et Louise
 LAPERCHE, avocats,
 avenue Louise 140
 1050 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
 représentée par son Gouvernement,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Jean-Marc WOLTER et
 Brice ANSELME, avocats,
 avenue de la Couronne 340
 1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 octobre 2019, la société anonyme EVM PRINT demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision du 3 octobre 2019, d'exclure la société EVM PRINT de la participation aux marchés publics de la Communauté française pour une période de trois ans conformément à l'article 48 des RGE, et d'appliquer l'article 69, al. 2 de la loi du 17 juin 2016 pour la prise d'effet de l'exclusion".

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 octobre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 octobre 2019 à 10 heures 30.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Véronique VANDEN ACKER et Louise LAPERCHE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Jean-Marc WOLTER et Brice ANSELME, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, 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. Exposé des faits utiles

À s'en tenir à la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

- " 1. Le 10 janvier 2019, la Communauté française publie un avis de marché concernant un marché de services pour l'impression, l'emballage et la livraison des examens CEB, CE1D et CESS 2019 [...], tant au niveau belge qu'au niveau européen.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas donné d'estimation de la valeur du marché.

Le marché comporte deux lots, qui sont décrits comme suit [...] :

Lot	Libellé du lot
Lot 1	l'impression, l'emballage des documents relatifs à l'épreuve externe certificative CEB et leur livraison dans 115 points de livraison en Communauté française (Bruxelles et Wallonie) ainsi qu'à l'adresse de la Direction générale du pilotage du système éducatif.
Lot 2	l'impression, l'emballage des documents relatifs aux épreuves externes certificatives CE1D et CESS et leur livraison dans 50 points de livraison en Communauté française (Bruxelles et Wallonie) ainsi qu'à l'adresse de la Direction générale du Pilotage du système éducatif.

Les soumissionnaires sont libres de présenter une offre pour tous les lots ou pour un nombre limité de ceux-ci.

2. La requérante dépose une offre pour les deux lots.

Par une décision du 21 mars 2019, la requérante se voit attribuer le premier lot [...].

3. L'exécution du marché a connu quelques difficultés lors des livraisons [...].

Cependant, tout a pu être résolu à temps avant les épreuves, qui se sont déroulées sans difficulté au cours de la semaine du 17 juin 2019.

4. Le 28 juin 2019, le pouvoir adjudicateur notifie à EVM PRINT un «procès-verbal de carence» [...], qui fait état des manquements suivants :

Considérant qu'au terme de la vérification des prestations exécutées, les manquements suivants ont été constatés :

1) concernant les retards dans la livraison des documents :

Conformément aux points II. A. v. du Cahier spécial des charges, la livraison des colis devait être exécutée le jeudi 6 juin 2019, le vendredi 7 juin 19 et le mardi 11 juin 2019 dans 120 points de livraison situés en Communauté française (Bruxelles et Wallonie).

Un point de livraison, la Maison communale du Château d'Ham sur Heure, a été livré avec 2 jours de retard, soit le jeudi 13 juin au lieu du mardi 11 juin 2019.

2) Concernant l'emballage des documents - packs mal composés (livrets manquants ou excédentaires)

Les packs (contenant chacun 10 exemplaires des livrets) étaient soit manquants soit mal composés soit excédentaires dans 37 centres de distribution sur 120.

L'annexe 1 liste les packs mal composés pour chacun des 37 points de distribution.

Au total :

- 1.987 packs manquaient contenant 19.870 exemplaires de livrets manquants
- 414 packs étaient excédentaires contenant 4.140 exemplaires de livrets
- Plus de 10% des caisses étaient mal scellées et plus de 3% étaient abîmées.

3) Concernant la réserve des documents à destination de la DGPSE

L'adjudicataire, pour rectifier ces erreurs, a en partie puisé dans le solde des documents livrés à la Direction générale du Pilotage du système éducatif.

Au total manquant :

- 127 packs S1 ;
- 18 packs S2 ;
- 36 packs S3 ;
- 35 packs S4 ;
- 94 packs S6 ;
- 12 Packs S7 ;
- 120 packs S8 ;
- 7 packs S9
- 23 packs du Portfolio.

4) Concernant la livraison des documents – manquements autres

Contrairement à la clause II. A. v. C. du cahier spécial des charges dans 1 établissement sur 45 établissements secondaires, les colis ont été déposés à l'entrée de l'établissement et non à l'intérieur de l'établissement ou dans le local prévu à cet effet, compromettant ainsi les conditions de sécurité dans lesquelles les documents devaient être livrés.

Contrairement à la clause II. A. v. D. du cahier spécial des charges 32 livraisons sur les 45 dans les établissements secondaires ont été réalisées par des livreurs qui ne s'exprimaient pas couramment en français.

Contrairement à la clause II. A. v. du Cahier spécial des charges concernant la livraison à l'avenue du Port 12 à 1080 Bruxelles à destination de la Direction générale du Pilotage du système éducatif, les prescriptions relatives à la hauteur du véhicule de livraison et à la largeur d'accès du local de livraison n'ont pas été respectées.

Contrairement à la clause II. A. du Cahier spécial des charges, les bordereaux complétés n'ont pas été transmis chaque jour à la Direction générale du Pilotage du système éducatif.

5) Recours à la sous-traitance

A titre subsidiaire, l'adjudicataire n'a pas notifié l'adjudicateur qu'une partie de la livraison serait sous-traitée et n'a pas mentionné dans son offre l'identité du sous-traitant et la part de marché sous-traitée contrairement au Cahier spécial des charges (clause I.11) qui prévoit une telle notification.

Ces différents problèmes ont été communiqués au jour le jour à l'adjudicataire.

L'imprimeur, pour rectifier ces erreurs, a en partie puisé dans le solde des documents livrés à la Direction générale du Pilotage du système éducatif (« DGPSE »). En outre, les membres du personnel de la DGPSE ont dû suppléer et accomplir une partie des livraisons eux-mêmes.

L'ensemble de ces manquements ont failli compromettre l'accomplissement de la mission de service public de la Communauté française relative à la distribution et la passation des épreuves CEB. Par ailleurs, ils ont porté gravement atteinte à l'image du Ministère de la Fédération Wallonie-Bruxelles au sein du public des établissements scolaires qui tient le Ministère pour responsable desdits manquements.

Considérant qu'en vertu du Point I. 14 du Cahier spécial des charges, l'adjudicataire, EVM print, est considéré, pour les motifs exposés ci-dessus, en défaut d'exécution du marché dès lors que toutes les prestations ne sont pas exécutées dans les conditions définies par le marché ;

Considérant qu'en vertu du Point I. 14 du Cahier spécial des charges, l'adjudicataire, en défaut d'exécution, est passible des mesures prévues aux articles 44 à 51 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics;

Considérant que le Cahier spécial des Charges prévoit, en outre, une pénalité spéciale pour chaque manquement suivant :

- une pénalité spéciale de 800 euros par jour calendrier de retard et par point de livraison (voir annexes A et B) ;
- une pénalité équivalente à 5% du montant du lot attribué si le pouvoir adjudicateur constate que plus de 500 exemplaires ne sont pas imprimés ou emballés conformément aux clauses techniques, notamment, dans les cas suivants :
 - pages mal imprimées illisibles
 - livrets mal composés (feuillet manquants ou excédentaires)
 - packs mal composés (livrets manquants ou excédentaires)
- une pénalité équivalente à 80% du montant du lot attribué dans le cas où le pouvoir adjudicateur démontre que l'adjudicataire n'a pas respecté son engagement relatif à la confidentialité.

Considérant que l'adjudicataire est en défaut d'exécution; qu'en vertu de l'article 44 §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée à la poste adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours calendrier suivant le jour déterminé par la date postale de l'envoi du procès-verbal ; que son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés ;

Considérant qu'en application de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, votre société encourt également une sanction d'exclusion de la participation aux marchés publics de la Communauté française, et ce pour une durée de trois années. L'adjudicateur se réserve la possibilité d'activer cette sanction si les justifications fournies par votre entreprise dans le délai susvisé et eu égard aux manquements reprochés sont estimées insuffisantes ou si elles sont inexistantes. Une décision motivée vous sera alors communiquée.

Considérant que, dès lors, par le présent procès-verbal de carence, l'adjudicataire est mis en demeure de faire valoir ses moyens de défense dans les quinze jours ;

5. Par un courrier du 11 juillet 2019, la requérante répond au procès-verbal de carence comme suit [...] :

Bonjour madame Vienne,
Bonjour monsieur Delcor,

Nous revenons vers vous avec une réponse quant à votre Procès-Verbal de Carence du 28 Juin 2019.
Nous avons bien pris note des manquements que vous nous reprochiez.
Je vous prie de trouver point par point notre argumentation ci-dessous.

Je pense également attirer votre attention sur le fait que cette période d'examens est très stressante pour tous et chaque petit élément en devient une montagne; Cette remarque ne met pas en cause les points de reproches qui suivent.

1. Retard de livraison des documents

Ce point est malheureusement incontestable, le camion est arrivé trop tard et afin de ne pas laisser des documents dans un camion, nous avons demandé à notre chauffeur de le ramener dans le stock sécurisé afin d'éviter toute fuite et donc de préserver la confidentialité.

Malheureusement, le lendemain notre responsable logistique est tombé malade et l'information n'a pas été répercutée.

Ce n'est que le sur-lendemain suite à votre demande que nous avons pu rectifier ce problème.

2. Concernant l'emballage des documents et packs mals composés

Votre relevé n'est pas correcte,

Il y avait **1526 Packs** au lieu de ~~1987~~ Packs de 10 documents
et **457 Packs** au lieu de ~~414~~ Packs de 1 document

Sachez que nous avons eu de la part de l'école de Braine l'Alleud, qui fait partie des manquements (voir votre tableau), nous a prévenu que ce qui leur manquait avait été retrouvé.

Nous pensons que cela ne devrait pas être un cas isolé. Par contre, c'est les seuls à l'avoir signalé. Je peux difficilement imaginer qu'il y a eu autant d'erreurs.

Nous avons tout rectifié dans les temps qui nous étaient impartis. Tant sur l'emballage que sur les quantités.

Par rapport aux caisses mal scellées, voir abîmées, nous nous étonnons quelque peu.

Nous avons eu UNE SEULE remarque écrite de la part d'un inspecteur (école de Tournai) concernant un tape mal fermé (sur note d'envoi).

Pour ce qui est des caisses mal scellées ou abîmées, il se peut que lors du transport certaines caisses aient pu avoir été endommagées.

Par contre, le contenu était bien protégé et sécurisé, la marchandise était tout à fait conforme au cahier des charges.

Après livraison, nous n'avons plus de contrôle sur ce point.

3. Concernant la réserve des documents à la destination de la DGPSE

Lors de notre réunion de mise au point avec madame Vienne et monsieur Quintard dans vos locaux, nous avons compris que cette réserve permettait de pallier à un accident ou un problème.

Précédemment, cela n'a jamais causé de problèmes et nous ne pensons pas avoir fauté sur ce point.

Nous étions dans un cas de force majeure et pensions avoir fait ce qu'il fallait, nous en voulons pour preuves que nous avons ré-imprimé une série de plusieurs documents manquants avant la re-livraison.

De plus, pour notre part, nous avons pris dans la réserve de DGSPE

98 Packs Grillote S1

1 Pack SV1 Fleurus

Monsieur Gravé s'est chargé de prendre 4 caisses qu'il a livré à Waterloo (à temps et à heure).

4. Concernant la réserve des documents à la destination de la DGPSE

Clause II A. v. C.

Nous réfutons totalement ce point, nous avons TOUJOURS respecté et déposé les colis à l'endroit indiqué par les inspecteurs ou responsables d'établissement présents.

C'est un critère que nous avons imposé à nos coursiers, afin d'éviter cette remarque.

Clause II A. v. D.

Nous ne comprenons pas bien ce point. Nous sommes en Belgique et - malgré le fait que nos coursiers soient bilingue voir trilingue - il se peut que l'un ou l'autre ai plus de difficultés.

Il est évident que l'équipe de coursiers faisant partie de l'usine de Beerse est néerlandophone.

Par contre, nous avons mis nos coursiers les plus bilingues qui s'expriment aisément.

Peut-être lors la redistribution certain coursiers était moins bilingue.

Nous avons un département à Wavre et les coursiers de Beerse n'ont jamais eu de problèmes avec nos collègues francophones (que du contraire).

Clause II A. v.

Pour ce point, qui est incontestable, car c'est un point relevé et précisé lors de notre réunion avec madame Vienne et monsieur Quintard. C'est notre chef de production qui a transmis cette information au responsable logistique. Cette info est mal passée et le responsable logistique c'est basé sur ses dernières expériences d'avant votre déménagement.

Si on l'avait appris plus tôt on aurait fais revenir la marchandise vers notre atelier sécurisé et le renvoyer le lendemain à la première heure (ou la fin de journée) avec un autre camion.

Clause II A.

Notre responsable logistique étant tombé malade il n'y a pas de suivi avec les listings.

Ceci est une erreur humaine.

5. Recours à la sous-traitance

Il est évident que notre remise d'offre ne prévoit pas de sous-traitant car nous gérons tout en interne.

Dans ce cas, nous étions face à un cas de force majeure. Effectivement pour re-livrer les différents centres dans les délais impartis nous avons dû faire appel à des partenaires extérieurs

Sachez néanmoins, que nous sommes en partenariat avec ces entreprises et nous avons des contrats de confidentialité strictes.

6. Membre de la de la DGPSE ont dû suppléer et accomplir des livraisons

Nous ne comprenons pas du tout ce point car nous avons assumé toutes les adresses avec nos équipes suivant votre tableau et rectifié dans les temps impartis.

SOLUTION D'AVENIR ET TRACABILITE

Nous avons décidé avec la direction de mettre en place un comité de pilotage afin de mettre au point et en ligne la TRACABILITE de tous vos documents avec 100% de contrôle et ce de manière automatisée. Nous sommes dans une première réflexion quant à l'utilisation d'un code barre (ou autre solution technique > à l'étude).

Nous mettrons cela au point avec une démonstration entre la fin de l'année et le début de la suivante. L'idée est que chaque document qui vient dans un pack sera scanné et le pack mis en boîte sera également scannée. Nous aurons donc la certitude que chaque boîte aura bien ses quantités de pack par école.

Avec la traçabilité du dépôt dans chaque école avec la signature du responsable d'école ou inspecteur avec remarques éventuelles.

De votre côté, vous aurez la possibilité à tout moment de contrôler l'ensemble et de pouvoir rapporter des informations vers les différentes instances.

C'est avec des problèmes tels que nous avons rencontré que nous pouvons créer des solutions d'avenir qui nous permettrons ensemble de mieux performer.

Je reviendrai donc avec ce point en fin d'année 2019 pour vous faire une démonstration et affiner notre solution en fonction de vos besoins.

Conclusion et point de vue de commercial :

Je déplore ces problèmes et ferai en sorte de tous solutionner pour l'avenir.

Il est évident que je veux continuer à collaborer avec la fédération Wallonie Bruxelles ainsi qu'avec vos départements.

En tant qu'administrateur et gestionnaire d'entreprise, je peux comprendre ce que vous avez vécu pas mal de stress et que vous aviez de la pression depuis le bas jusqu'en haut de l'échelle.

Nous pouvons longuement en discuter et tergiverser sur chaque point et je ne suis certainement pas le genre de responsable qui fuit ses responsabilités.

Afin de mettre à plat ces problèmes je m'engage à mettre au point tout un système de «picking et de logistique» afin d'obtenir 100 % de résultat.

Je tiens à vous montrer ma bonne volonté et vous propose une ristourne de 8.000,00€ sur votre facture à titre de geste commercial.

6. Le 1^{er} août 2019, le pouvoir adjudicateur répond à ces observations en considérant que seuls les manquements 1, 2, 4 et 5 sont établis. Le courrier porte également convocation pour être entendu le 5 septembre quant à une mesure d'exclusion.

Ce courrier se lit comme suit [...] :

En ce qui concerne votre courrier du 11 juillet 2019 en réponse au procès-verbal de carence, j'estime vos manquements non justifiés et ne peux donc pas suivre vos arguments relatifs aux points 1,2, 4 et 5. En conséquence, la pénalité due :

- pour le point 1 s'élève à 800 euros par jour calendrier de retard et par point de livraison, c'est-à-dire 1.600 euros pour les 2 jours de retard ;
- pour le point 2 s'élève à 5% du montant total du lot 1, c'est-à-dire 7.917,85 euros
- pour le point 4 s'élève à 0.07% du montant du lot 1, c'est-à-dire 110,85 euros ;
- pour le point 5 s'élève à 0.07% du montant du lot 1, c'est-à-dire 110,85 euros ;

Le montant total des pénalités s'élève donc à 9.850,37 €. Ce montant sera retranché au montant total de la facture TVAC.

Afin de faire valoir vos moyens de défense dans le cadre des manquements les plus graves qui vous ont été reprochés dans le procès-verbal de carence du 28 juin 2019, je vous invite à vous présenter pour une audition. Les manquements importants ayant porté atteinte à des conditions essentielles du marché, c'est-à-dire au respect des délais et à la qualité des documents sont ceux relevés aux points 1 et 2 du procès-verbal de carence du 28 juin 2019.

Conformément à l'article 48 de l'AR du 14 janvier 2013, la sanction maximale prévue au terme de l'audition pourra être l'exclusion durant 3 ans de la participation aux marchés lancés par l'adjudicateur, à savoir le Ministère de la Fédération Wallonie Bruxelles.

L'audition se déroulera le 5 septembre 2019 à 9h30 au Secrétariat général; Boulevard Léopold II, 44; 1080 Bruxelles.

7. Le 20 août 2019, la requérante répond à cette convocation comme suit [...] :

Chère madame Vienne,
Cher monsieur Delcor,

Je me permets de revenir vers vous concernant votre courrier officiel reçu le 08/08/2019 par mail via madame Vienne.

Pour votre information, il était daté du 01/08/2019 et j'attire votre attention sur le fait que notre courrier, également officiel, était bien sur notre entête de lettre.

Par rapport à votre courrier, voici notre point de vue:

Paragraphe 1

Nous accusons également réception

Paragraphe 2

Nous ne contestons pas ce point (malgré le doute que nous avons par rapport à la quantité) et sommes déjà en train de réimprimer afin de compenser les manquements. Ceci sera fait pour la fin du mois d'août (début septembre au plus tard). Vous serez prévenu à temps par l'intermédiaire de monsieur Gravé via madame Vienne.

Paragraphe 3

Pas de contestation au vu des points repris dans nos échanges de courriers

Paragraphe 4

Pas de contestation ni de soucis, nous établirons une note de crédit de 9850,37€
Une nouvelle facture vous sera représentée.

Paragraphe 5

Nous serons bien présents le jeudi 5 septembre 2019 à 9h30 afin de nous défendre auprès de l'audition prévue avec vos services.

Dans le cadre de cette défense, pouvez-vous nous transmettre les sujets et questions précises qui nous seront reprochées ?

Le 30 août 2019, le pouvoir adjudicateur y répond en renvoyant au procès-verbal de carence dont il communique à nouveau la copie [...].

8. Le 5 septembre 2019, l'audition sur la mesure d'exclusion a lieu.

Cette audition a pour objet de recueillir, oralement cette fois, les observations de la requérante sur l'ensemble des manquements figurant dans le procès-verbal de carence [...].

9. Par une décision du 3 octobre 2019, la partie adverse décide d'exclure la requérante de ses marchés pour une durée de 3 ans [...].

Il s'agit de l'acte attaqué.

Copie de cette décision est communiquée par courrier électronique le 4 octobre 2019 et envoyée par voie recommandée le 8 octobre, reçu le 15 octobre 2019".

IV. Compétence du Conseil d'État

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Sous le titre "2. Compétence du Conseil d'État" de sa requête, la requérante fait valoir ce qui suit :

" 10. Selon l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État :

« Si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction, la section du contentieux administratif statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements :
1° des diverses autorités administratives;»

L'acte attaquant est défini comme «l'expression de la volonté d'une autorité administrative ou y assimilée en vue de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative. L'acte administratif est donc l'acte apte à modifier par lui-même l'ordonnement juridique, entendu dans le sens d'ensemble des normes et actes juridiques, en y ajoutant ou en supprimant des éléments, ou à l'affecter en empêchant la modification d'une situation juridique» (J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, Le Conseil d'État de Belgique, volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, page 520).

11. Le recours est dirigé contre la décision de la Communauté française du 3 octobre d'exclure la requérante de ses marchés publics pour une durée de trois ans, en application de l'article 48 du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après «R.G.E.»).

Il n'est pas contestable qu'il s'agit d'une décision qui fait grief à la requérante.

12. Contrairement aux autres mesures visées aux articles 45 à 49 des R.G.E., cette sanction n'est pas une disposition contractuelle mais constitue une véritable sanction administrative et revêt, à ce titre, la qualité d'acte administratif individuel. En effet, la décision attaquée n'a ni pour objet d'indemniser forfaitairement le pouvoir adjudicateur, ni pour objet de mettre un terme ou d'avoir un effet sur l'exécution de la convention entre les parties.

C'est la raison pour laquelle l'objet véritable du recours est de mettre à néant et de suspendre l'exécution de cette sanction administrative, et non de solliciter la sanction d'un droit subjectif relatif au contrat qui liait les parties.

13. Il faut également constater que la décision attaquée a des effets envers les tiers, puisque d'autres pouvoirs adjudicateurs peuvent s'en prévaloir pour exclure la requérante de la participation à leurs marchés, à quelque stade de la procédure de passation, en vertu de l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

L'article 62 des R.G.E. permet, en outre, de résilier un marché lorsque l'adjudicataire se trouve en situation d'exclusion telle que visée aux articles 67 à 69 de la loi précitée.

Pour de prochains marchés auxquels la requérante soumissionnerait, la requérante devra en outre déclarer la situation d'exclusion qui la touche et justifier les mesures correctrices qui auraient été mises en place, que ce soit via le DUME (art. 73 de la loi) ou accompagnant une déclaration implicite sur l'honneur (art. 39 R.G.E.).

14. Partant, la sanction d'exclusion qui fait l'objet du présent recours a des effets qui dépassent largement les marchés de la Communauté française puisque cela a des effets :

- sur les procédures de passation en cours, dont la requérante pourrait être exclue;
- sur les marchés en cours qui pourraient être résiliés;
- sur les marchés à venir auxquels la requérante soumissionnerait.

La mesure d'exclusion revêt, dès lors, la qualité d'acte administratif attaquant devant Votre Conseil.

C'est la raison pour laquelle la requérante sollicite l'annulation et, préalablement, la suspension de l'exécution de cette décision.

15. À titre tout à fait conservatoire et compte tenu de l'imprécision des mentions des voies de recours, la requérante a également introduit un recours devant le juge des référés par voie de citation.

Ce recours est introduit dans l'hypothèse où Votre Conseil se déclarerait incompétent pour se saisir de la demande de la requérante.

Dans cette hypothèse, la requérante sollicite en tout état de cause que les dépens soient mis à charge de la partie adverse, dès lors que la mention des voies de recours ne précisait pas si le recours devait être introduit devant Votre Conseil ou les juridictions de l'ordre judiciaire".

B. Note d'observations

La partie adverse ne formule pas d'observation relative la compétence du Conseil d'État pour connaître du présent recours.

C. Plaidoiries

À l'audience du 29 octobre 2019, la partie adverse a fait valoir que – bien que n'ayant pas développé d'argumentation à ce propos dans sa note d'observations – elle estimait le Conseil d'État incompétent pour connaître du présent recours, compte tenu du lien qui doit être constaté entre l'acte attaqué et l'exécution du marché litigieux.

La requérante a confirmé, en substance, sa thèse selon laquelle le Conseil d'État est bien compétent pour connaître du recours, soulignant le fait que le présent litige s'inscrit dans le cadre d'un contrôle objectif de légalité exercé sur la sanction d'exclusion dont elle fait l'objet. Elle a relevé que cette sanction qui lui est infligée ne peut se confondre avec d'autres mesures qui pourraient être prises au titre de l'exécution du contrat, telles une résiliation de celui-ci ou la mise en œuvre d'une clause pénale. Elle a ajouté que l'acte attaqué devait être clairement distingué de l'exécution du contrat, même si le contexte contractuel relève des circonstances qui sont à l'origine de l'adoption de cet acte.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'acte attaqué exclut la requérante de la participation aux marchés publics de la partie adverse pour une durée de trois ans. Il a été pris sur le fondement de l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Ainsi que cela ressort d'un examen effectué en extrême urgence, cet acte a été pris au terme d'une procédure ouverte par l'établissement, en date du 28 juin 2019, d'un "procès-verbal de carence". Etabli "au terme de la vérification des prestations exécutées" dans le cadre du marché litigieux, ce procès-verbal se réfère notamment au point I.14 du cahier spécial des charges et aux articles 44 à 51 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité, et constate que la requérante "est en défaut d'exécution".

Le point I.14 du cahier spécial des charges est libellé comme suit :

- " L'adjudicataire est tenu de respecter les délais fixés dans son offre. En cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution, le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité d'infliger à l'adjudicataire des amendes ou des pénalités, voire de prendre l'une des mesures d'office prévues aux articles 44 à 51 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.
- Plus particulièrement, ces mesures peuvent, notamment, consister en des amendes pour retard ou des pénalités.
- Les amendes pour retard sont régies par les articles 46, 46/1 et 154 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.
- Les pénalités en cas de manquement dans l'exécution du marché sont, quant à elles, prévues à l'article 45 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (régime général).
- Une pénalité spéciale est, en outre, prévue pour chaque manquement suivant :
- une pénalité spéciale de 800 euros par jour calendrier de retard et par point de livraison (voir annexes A et B) ;
 - une pénalité équivalente à 5 % du montant du lot attribué si le pouvoir adjudicateur constate que plus de 500 exemplaires ne sont pas imprimés ou emballés conformément aux clauses techniques notamment dans les cas suivants :
 - * pages mal imprimées illisibles
 - * livrets mal composés (feuillets manquants ou excédentaires)
 - * packs mal composés (livrets manquants ou excédentaires)
 - une pénalité équivalente à 80% du montant du lot attribué dans le cas où le pouvoir adjudicateur démontre que l'adjudicataire n'a pas respecté son engagement relatif à la confidentialité".

Les articles 44 et 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sont libellés comme suit :

- " Art. 44. § 1^{er}. L'adjudicataire est considéré en défaut d'exécution du marché :
- 1° lorsque les prestations ne sont pas exécutées dans les conditions définies par les documents du marché;
 - 2° à tout moment, lorsque les prestations ne sont pas poursuivies de telle manière qu'elles puissent être entièrement terminées aux dates fixées;
 - 3° lorsqu'il ne suit pas les ordres écrits, valablement donnés par [l']adjudicateur.

§ 2. Tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres de l'adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par envoi recommandé ou par envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi.

L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense auprès de l'adjudicateur par envoi recommandé ou par envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi. Cette défense est envoyée dans les quinze jours suivant la date de l'envoi du procès-verbal. Après ce délai, son silence est considéré comme une reconnaissance des faits constatés.

Si l'adjudicateur a été informé, conformément à l'article 49/1 du Code pénal social, que l'adjudicataire ou un sous-traitant dans la chaîne de sous-traitance, à quelque endroit que ce soit ou en quelque mesure que ce soit, a manqué de manière importante à son devoir de payer à temps le salaire auquel les travailleurs ont droit, le délai de défense de quinze jours visé à l'alinéa 2 est ramené à un délai à fixer par l'adjudicateur. Il en va de même lorsque l'adjudicateur constate ou prend connaissance du fait qu'un adjudicataire ou un sous-traitant dans la chaîne de sous-traitance, à quelque endroit que ce soit ou en quelque mesure que ce soit, emploie un ou plusieurs citoyens illégaux de pays tiers. Le délai raccourci ne peut cependant être inférieur à cinq jours ouvrables s'il s'agit d'une défaillance grave au niveau du paiement du salaire et à deux jours ouvrables lorsqu'il s'agit de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

§ 3. Les manquements constatés à sa charge rendent l'adjudicataire passible d'une ou de plusieurs des mesures prévues aux articles 45 à 49, 85 à 88, 123, 124, 154 et 155".

- " Art. 48. Sans préjudice de la possibilité de prendre des mesures correctrices telles que visées à l'article 70 de la loi et des sanctions prévues dans le présent arrêté, l'adjudicataire défaillant peut être exclu par l'adjudicateur de la participation à ses marchés pour une période de trois ans, plus particulièrement lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché ou qu'il n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité. L'intéressé est entendu préalablement afin d'exposer ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée.

La décision de suspension doit faire référence au présent article.

La période d'exclusion est de trois ans. Pour le calcul du délai de trois ans, l'article 69, alinéa 2, de la loi s'applique.

La sanction prévue dans la présente disposition s'applique sans préjudice de celles visées par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. La sanction visée par la présente disposition doit être considérée comme une «sanction comparable» au sens de l'article 69, alinéa 2, 7°, de la loi".

L'acte attaqué constitue ainsi l'une des mesures qu'un pouvoir adjudicateur peut prendre lorsque sont constatés, à charge de l'adjudicataire, des manquements dans l'exécution d'un marché. Au regard de ces dispositions et clause du cahier spécial des charges, d'une part, et des données du cas d'espèce, d'autre part, cet acte apparaît être relatif à l'exécution du contrat conclu entre la partie adverse et la requérante, et la contestation que celle-ci élève par l'introduction du présent recours porte sur cette exécution.

Il s'ensuit que la décision attaquée ne constitue pas un acte susceptible de recours devant le Conseil d'État, ce que ne remettent pas en cause les deux arguments exposés par la requérante relatifs, l'un, à la portée des griefs dirigés contre l'acte attaqué (lesquels mettent en cause la légalité de celui-ci) et, l'autre, à la circonstance que cet acte produit des effets en dehors de la sphère des relations contractuelles entre la partie adverse et la requérante.

Le Conseil d'État étant incompétent pour ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, la demande introduite à cette fin doit être rejetée.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse.

Article 4.

Les dépens-sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le trente octobre deux mille dix-neuf par :

David DE ROY,
Vincent DURIEUX

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

David DE ROY