

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 250.637 du 20 mai 2021

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 17 août 2017, la SPRL Vael demande l'annulation 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 » et sollicite une indemnité réparatrice d'un montant de 22.643,07 euros.

II. Procédure

Un arrêt n° 238.875 du 25 juillet 2017 a ordonné la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision précitée.

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.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Laurent Jans, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 1^{er} septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 septembre 2020.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Jean-Marc Rigaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Khalid Ermilate, *loco* Philippe Levert, avocat, comparaissant pour la partie adverse ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent Jans, premier auditeur, 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

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.

2. Le 4 décembre 2016, la requérante dépose une offre pour un montant de 213.613,88 euros. Lors de la séance d'ouverture des offres, le 5 décembre 2016, celle de la requérante se révélera être celle qui a été faite au montant le moins élevé.

Dans son offre, eu égard à sa situation fiscale, la requérante attire l'attention de la partie adverse sur le fait 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 [un] 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. Il ressort des explications de la partie adverse et de la pièce 4 du dossier administratif que la partie adverse a interrogé 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 mais qu'elle respectait strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de sa dette.

4. 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 2016, un conseiller recouvrement - receveur du SPF Finances informe la partie adverse par courriel que « les dettes reprises dans Digiflow vont être dégrevées 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 conseiller recouvrement - 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.
À présent et pour l'avenir vous pouvez donc vous fier aux réponses données par Telemarc/ DIGIFLOW ou MyMINFIN. [...] ».

5. Le 12 juin 2017, la partie adverse décide 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, laquelle a été communiquée à la partie requérante le 20 juin 2017.

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. Recevabilité du recours en annulation

IV.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

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 adjuger 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 ».

La partie adverse ajoute que le raisonnement qui a valu dans l'arrêt rendu en référé, procédure dans laquelle elle avait fait valoir les mêmes arguments que ceux qui précèdent, laisse toutefois entier le débat quant à l'intérêt à l'annulation dès lors que le seul effet d'un tel arrêt est de permettre une indemnisation et non de permettre de procurer à la requérante une nouvelle chance de se voir attribuer le marché litigieux. Elle estime qu'il y a lieu à cet égard de prendre en considération l'objet réel du recours. La circonstance que la requérante sollicite une indemnité réparatrice ne change en rien l'ordre des choses dès lors que la demande d'indemnité réparatrice n'est jamais que la conséquence du constat d'une illégalité et l'on ne

saurait justifier de l'intérêt à agir par la seule perspective de l'octroi d'une telle indemnité.

B. Mémoire en réplique

La requérante indique, en premier lieu, que la question a été tranchée *prima facie* par le Conseil d'État dans son arrêt du 25 juillet 2017, n° 238.875, par lequel il a estimé le recours recevable, de la manière suivante :

« 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 ».

Elle ajoute que le Conseil d'État ne fait que confirmer sa jurisprudence habituelle, citée par la partie adverse elle-même dans son mémoire en réponse (Conseil d'État, *International Company for Acoustics, AIBVinçotte Internation, SAS Impedance*, n° 220.315 du 12/07/2012). Elle fait valoir que, au jour où l'affaire est venue à l'audience en suspension d'extrême urgence, le marché était déjà attribué en sorte que le Conseil d'État aurait pu considérer dans son arrêt du 25 juillet 2017 que la requérante n'avait plus intérêt à la suspension dans la mesure où, comme le considère la partie adverse, le seul objet réel du recours serait une indemnité. Or, en premier lieu, la requérante ignorait l'existence de l'attribution du marché au moment où elle a introduit sa demande en suspension d'extrême urgence, ce qui peut avoir son importance pour les dépens de la procédure en suspension d'extrême urgence. Elle ajoute que, « à partir du moment où le Conseil d'État est compétent pour examiner l'illégalité, conformément aux jurisprudences indiquées ci-avant, la question de l'indemnité réparatrice ou de tous dommages et intérêts n'est que la conséquence de la découverte de cette illégalité par le Conseil d'État; [a]vant que le Conseil d'État n'ait compétence pour prononcer une indemnité réparatrice, [il] se considérerait aussi compétent en annulation alors que le marché était déjà attribué ». Pour ces raisons, elle estime que la requête est recevable.

C. Derniers mémoires

La partie adverse ne formule pas d'observations à ce sujet.

La requérante déclare s'en référer, sur ce point, au rapport du Premier auditeur.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de 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 est libellé comme suit :

- « À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
 - 3° les documents du marché ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que les deux conditions de recevabilité fixées par cette disposition sont réunies dans le chef de la requérante.

La partie adverse conteste l'intérêt au recours en annulation, principalement au motif que l'acte attaqué a déjà sorti ses effets et que son annulation par le Conseil d'État ne pourrait procurer à la requérante une nouvelle chance de se voir attribuer le contrat.

La notion d' « intérêt au recours », au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée est plus large que la même notion au sens de l'article 19 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Au sens de cet article 14 précité, et comme cela ressort des termes ci-dessus reproduits, le recours est en effet ouvert à « toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée ». Il s'ensuit, notamment, que, comme l'a rappelé l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État dans son arrêt n° 222.357 du 1^{er} février 2013, l'intérêt au recours en annulation de la décision d'attribution d'un marché public est en règle apprécié indépendamment du contrat qui fait suite à celle-ci et la circonstance qu'un contrat a été conclu entre-temps et que ce contrat serait même déjà exécuté n'enlève rien à cet intérêt.

Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, pris de la « violation des articles 61, § 2, 5° et 6°, 62, § 1, 63, § 2, al.2 de l'AR du 15 juillet 2011, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, des principes d'égalité et de transparence, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels et du devoir de minutie ».

Après avoir rappelé la teneur des dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dont la violation est invoquée et précisé qu'elle n'était pas tenue de déposer les attestations relatives aux dettes fiscales et sociales, la partie adverse ayant accès à ces informations via DIGIFLOW, elle expose son moyen dans les termes suivants :

- « En l'espèce, le 24/11/2016, Monsieur MASSON du SPF Finances, indiquait à la Ville de Liège, dans le cadre d'un autre marché public :
- “ La situation de la SPRL VAEL est suivie (de manière positive et constructive) depuis plus d'un an.
Je peux dès lors confirmer qu'aux dates des 29/09/2016 et 03/11/2016 les dettes fiscales de plus de 3.000,00 € reprises à son nom bénéficiaient d'un délai de paiement ou étaient en attente de dégrèvements (deux dégrèvements relativement importants seront comptabilisés début décembre)”;
- Le pouvoir adjudicateur a eu connaissance de cette correspondance dès lors qu'à la demande du 15/12/2016 du pouvoir adjudicateur, Monsieur MASSON répondait :
- “ Je peux vous confirmer 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.
La justification de novembre est toujours valable ce mois de décembre”;
- Le 3/05/2017, à une dernière interrogation du pouvoir adjudicateur, Monsieur MASSON du SPF Finances, répond :
- “ 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 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.
À présente et pour l'avenir, vous pouvez donc vous fier aux réponses données par Telemarc/Digiflow ou MyMINFIN”;
- Il en résulte que la requérante était donc, sur un plan fiscal, en ordre et était bien conforme aux dispositions de l'article 63 § 2 puisque d'une part des dégrèvements devaient intervenir et que d'autre part des paiements de la Ville de Liège devaient également intervenir au moment où l'offre a été déposée;

En outre, les éléments qui étaient renseignés sur digiflow, soit le système consulté par le pouvoir adjudicateur n'étaient pas fiables;

Le pouvoir adjudicateur était au courant de cette absence de fiabilité avant l'établissement du rapport d'analyse des soumissions et la décision prise le 12 juin 2017;

Pour le surplus, la requérante s'en réfère intégralement à la motivation de l'arrêt du Conseil d'État pris en suspension d'extrême urgence, n° 238.875 du 25/07/2017, relativement au premier motif d'exclusion de la requérante;

En ce qui concerne l'ONSS, la requérante produit les notes de crédit qui lui étaient applicables et qui ont été réalisées entre février 2017 et mars 2017;

Ces notes de crédit démontrent un total de 31.313,04 €, soit un montant supérieur au montant dû à l'ONSS;

À nouveau, les documents de l'ONSS n'étaient pas à jour en décembre 2016;

Ils l'étaient nécessairement au mois de mai 2017 puisque ces notes de crédit officielles de l'ONSS étaient bien encodées;

Au demeurant la doctrine rappelle les éléments suivants :

“ Le pouvoir adjudicateur peut s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire assujetti à la sécurité sociale des travailleurs indépendants afin de vérifier s'il est en règle avec ses obligations en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale. (...)

L'exclusion n'est néanmoins pas obligatoirement automatique, le pouvoir adjudicateur disposant d'une marge d'appréciation. Lorsqu'un plan d'apurement de la dette sociale est avancé par le candidat, la décision qui l'exclut doit exposer pourquoi on l'exclut, malgré ce plan. En France, la jurisprudence considère que le fait de ne pas verser les documents probants quant au fait d'être en ordre au niveau des cotisations sociales suffit à écarter l'offre” (Patrick Thiel, Memento des Marchés Publics, Kluwer, p. 35);

Le Conseil d'État, dans un arrêt n° 233.205 du 10/12/2015, S.A. ACTIVA, précise :

“ La compétence du pouvoir adjudicateur n'est pas liée lorsqu'il constate qu'un soumissionnaire n'est pas 'en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale'. Il exerce, au contraire, une compétence discrétionnaire qui, au titre de l'obligation issue de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, lui impose de motiver spécialement sa décision d'écarter – ou non – le candidat ou le soumissionnaire concerné.

En l'espèce, la partie adverse était informée de ce que la requérante avait, à l'égard de l'O.N.S.S., deux dettes de montants supérieurs à 3.000 euros, dont l'une bénéficiait d'un plan d'apurement dûment respecté, tandis que l'autre faisait l'objet d'une contestation de principe. Se référant à ces deux dettes, l'acte attaqué écarte la requérante. Sur ce point, la note au Bureau de la partie adverse, qui est annexée à la décision attaquée, est motivée, en fait, dans les termes suivants :

'l'attestation ONSS fournie mentionne une dette de 2.604.525,43 €, au[x]quel[s] s'ajoute[nt] des rectifications d'office établies par l'ONSS à concurrence de 340.532,67 € qui font l'objet d'une contestation de principe'. La partie adverse en déduit, en droit, une 'infraction à l'article 18.2 du cahier spécial des charges'. Une telle motivation ne répond toutefois pas aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Il convient, avant tout, de relever que la dette de 2.604.525,43 euros est mentionnée sans qu'il soit fait référence à la circonstance qu'elle fait l'objet d'un plan d'apurement dûment respecté. S'agissant ensuite de la dette de 340.532,67 euros, il est précisé qu'elle fait l'objet d'une contestation de principe, sans que soient, par ailleurs, explicitées les raisons pour lesquelles il n'est pas tenu compte de cette contestation. Enfin, telle qu'elle est formulée, la motivation ne permet pas de déterminer si la partie adverse s'est fondée sur la combinaison des deux motifs pour prendre sa décision ou si elle a, au contraire, considéré qu'un seul de ces motifs suffisait à

constater que la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 18.2 du cahier spécial des charges.

Cette motivation ne permet, en outre, nullement de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a décidé d'écarter la requérante de l'accès au marché, en vertu du pouvoir d'appréciation que laisse subsister la cause facultative d'exclusion des marchés publics définie à l'article 61, § 2, 5°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011";

En l'espèce, les circonstances sont tout à fait semblables;

En effet, en ce qui concerne l'aspect ONSS, le pouvoir adjudicateur pouvait très bien vérifier les notes de crédit qui démontraient que la balance était favorable pour la requérante, au moment où il prend sa décision;

Il semble d'ailleurs que l'ONSS n'ait pas été interrogé;

La requérante n'a pas été suivie par le Conseil d'État sur ce point, dans l'arrêt n° 238.875 du 25/07/2017;

Cependant, dans cet arrêt, le Conseil d'État a examiné la situation *prima facie*;

Il a relevé que deux attestations de l'ONSS datées respectivement des 8 et 16 décembre 2016 étaient contradictoires;

Dans l'une, l'ONSS stipulait que la requérante ne respectait pas les modalités de paiement de sa dette et dans l'autre, au contraire, l'ONSS stipulait que les modalités de paiement étaient respectées par la requérante;

L'autorité aurait dû se fonder sur cette contradiction en vertu de son devoir de minutie, pour soit réinterroger l'ONSS, soit considérer que cette contradiction ne permettait pas, au niveau de la motivation, de retenir que la requérante ne respectait pas les modalités d'apurement de sa dette;

Dès lors, pour respecter l'obligation de minutie qui s'impose à elle, et son obligation de motivation, l'autorité compétente aurait dû, soit interroger la requérante, soit estimer que les éléments d'information qui étaient en sa possession n'étaient pas suffisants pour prendre une motivation d'exclusion qui rencontrait un degré d'exactitude suffisant;

Enfin, comme relevé par le Conseil d'État, conforme à l'arrêt ACTIVA précédemment cité, il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer à l'autorité compétente pour décider du motif déterminant de sa décision;

En toute hypothèse, il est important de relever, comme l'a fait le Conseil d'État, que des informations complémentaires ont été demandées au SPF Finances et pas à l'ONSS;

En toute hypothèse, l'illégalité d'au moins un des deux motifs suffit à justifier la suspension;

Le moyen unique est fondé;

Il n'y a par ailleurs aucune motivation spécifique dans l'acte attaqué, relativement à l'ONSS;

L'autorité compétente se contente de faire état de la dette et semble 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;

En outre, l'autorité compétente ne veut pas se contenter de l'attestation obtenue en novembre 2016 et va réinterroger l'administration fiscale, en mai 2017, pour avoir des précisions, ce qu'elle aurait pu faire à ce moment-là pour l'ONSS;

Il aurait été constaté que la dette était effacée;

La requérante n'est évidemment pas responsable des avancées ou des retards du pouvoir adjudicateur dans sa prise de décision d'attribution;

Il est clair qu'au moment de la décision d'attribution, les dettes ONSS étaient apurées et que si l'ONSS avait été interrogé correctement, que ce soit en décembre 2016 ou en mai 2017, la question des notes de crédits aurait été évoquée;

Il est à noter que la requérante n'a pas non plus été directement interrogée;

Elle aurait pu donner ces compléments d'informations qui auraient été aisément vérifiés auprès de l'ONSS;

Il en résulte que même si l'autorité compétente n'est pas obligée de procéder aux

vérifications auprès de la requérante, elle est à tout le moins obligée de procéder à une motivation exacte et complète;
 En l'espèce, sur la question de l'ONSS, celle-ci est indigente;
 En ce qui concerne les dettes fiscales, les dégrèvements sont clairement indiqués au mois de décembre 2016;
 Les créances que la requérante détient à l'égard de la Ville de Liège apparaissent également de manière évidente mais elles ne sont cependant pas répercutées dans la motivation;
 Il semble que l'autorité n'ait pas compris le sens du mot "créance à l'égard d'un tiers" ni le sens du mot "dégrèvement";
 Le dégrèvement implique qu'une partie des impôts qui sont dus ne devront pas être payés car exemptés à l'initiative du Fisc;
 Le SPF Finances réitère l'existence de ce dégrèvement au mois de mai 2017, tout en précisant que ces dégrèvements auraient dû figurer sur digiflow et n'y figuraient pas;
 Cette explication était particulièrement claire mais le pouvoir adjudicateur n'en tient pas compte dans sa motivation;
 Il ne tient pas non plus compte dans sa motivation de l'échange de courrier du 3 mai 2017;
 Il y a manifestement un problème de compréhension du vocabulaire fiscal dans le chef du pouvoir adjudicateur;
 En outre, comme dans l'arrêt ACTIVA précédemment cité, l'autorité s'est fondée sur la combinaison de deux motifs (dans l'arrêt ACTIVA, deux motifs relatifs à l'ONSS; dans le cas d'espèce un motif pour l'ONSS et un motif fiscal);
 La motivation de l'acte attaqué ne permet pas de déterminer si un seul de ces motifs suffisait;
 Les dispositions visées au moyen sont donc fondées ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond au moyen unique dans les termes suivants :

« III. Réponse au moyen unique

3.1. Un moyen unique est pris de la "violation des articles 61, § 2, 5°, 62, § 1, 63, § 2, al. 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, des principes d'égalité et de transparence, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels et du devoir de minutie".

À l'appui de ce moyen, la requérante fait valoir :

- que la partie adverse n'aurait pas fait une application correcte des dispositions régissant la sélection qualitative des soumissionnaires, pour ce qui a trait aux aspects concernant les obligations fiscales et les obligations en matière de cotisations de sécurité sociale;
- lui aurait, de ce fait, fait subir un traitement discriminatoire;
- étant entendu qu'au demeurant, la décision l'évinçant n'aurait pas adéquatement été motivée.

RÉPONSE DE LA PARTIE ADVERSE

A. Quant à la situation de la requérante vis-à-vis de l'ONSS

3.1.1. La requérante a été notamment exclue, en raison de sa dette d'un montant de 28.553,74 € vis-à-vis de l'ONSS.

3.1.2. Conformément à l'article 62, § 1^{er}, de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 15 juillet 2011 (ci-après, "l'arrêté royal du 15 juillet 2011"), est en règle uniquement :

“ (...) le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs [qui] 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”.

Le trimestre pertinent à prendre en considération en l'espèce est le troisième trimestre de l'année 2016.

Sur la base de l'attestation de l'ONSS en date du 8 décembre 2016 (...), la requérante, le jour de l'ouverture des offres, était redevable de la somme de 28.553,74 € et ne respectait pas strictement le plan d'apurement de cette dette.

Cette circonstance suffit à justifier son exclusion.

La lettre de l'ONSS en date du 16 décembre 2016 n'est pas de nature à remettre en cause ce constat, dès lors que l'attestation qu'elle reprend était valable uniquement à la date du 4 décembre 2016, soit la veille de l'ouverture des offres.

3.1.3. Vainement, la requérante fait état de l'existence de notes de crédit à son bénéfice. Elle avance à ce titre dans sa requête que :

“ ces notes de crédit démontrent un total de 31.313,04 €, soit un montant supérieur au montant dû à l'ONSS;

À nouveau, les documents de l'ONSS n'étaient pas à jour en décembre 2016;

Ils l'étaient nécessairement au mois de mai 2017 puisque ces notes de crédit officielles de l'ONSS étaient bien encodées”.

À l'appui de ce fait, la requérante produit dans son dossier de pièces, la pièce n° 5 qu'elle dénomme “Notes de crédit ONSS”.

Une lecture de ces dernières fait pourtant apparaître qu'elles n'ont nullement été émises par l'ONSS, mais par l'ASBL PARTENA. L'argument déduit de l'existence de ces notes de crédit, émises le 8 février 2017, soit plus de deux mois après l'ouverture des offres, par l'ASBL PARTENA, et non par l'ONSS comme le suggère la requérante, est par conséquent sans pertinence.

3.1.4. On ajoutera au demeurant que l'article 62, § 1^{er}, *in fine*, prévoit que :

“ 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".

Autrement dit, 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.

Or, leur examen fait clairement apparaître qu'elles ont été émises au mois de février 2017.

Leur production à ce stade n'est, par conséquent, 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.

3.1.5. Du reste, une lecture en filigrane de la requête fait également apparaître que la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir procédé à des investigations complémentaires, en vue de clarifier sa situation auprès de l'ONSS.

La partie adverse reviendra dans le détail sur cet aspect *infra*, lorsque sera abordée la question de la motivation adéquate de l'acte attaqué. On notera 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 tenue de mener des investigations complémentaires.

Sur ce point, la partie adverse fait sienne le raisonnement tenu par Votre Conseil dans son arrêt n° 238.875, du 25 juillet 2017 :

“ 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, elles 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'État 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".

Vainement la requérante fait-elle dès lors valoir que l'autorité aurait dû se fonder sur la contradiction entre les deux attestations ONSS, en vertu de son devoir de minutie, pour soit réinterroger l'ONSS, soit considérer que cette contradiction ne permettait pas, au niveau de la motivation, de retenir que la requérante ne respectait pas les modalités d'apurement de sa dette.

Or, il ressort de la lecture de votre arrêt que cette circonstance est sans incidence.

À supposer même qu'il faille avoir égard à cet argument, il n'empêche que s'agissant de la première attestation :

“ 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”.

B. Quant à la situation de la requérante vis-à-vis du SPF Finances.

3.2.1. 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.

Ce fait apparaît clairement à la lecture de l'attestation DIGIFLOW en date du 5 décembre 2016 (...).

Conformément à l'article 63, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, est en règle uniquement :

“ (...) le candidat ou le soumissionnaire qui n'a pas, pour ces 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”.

Le fait que la requérante ait des dettes fiscales le jour de l'ouverture des offres suffit à justifier son exclusion du marché.

3.2.2. Vainement, la requérante fait valoir existence de deux dégrèvements et produit à l'appui de ce fait un courriel du receveur des impôts en date du 24 novembre 2016 (...), tout en soutenant que la partie adverse semble méconnaître la notion de “dégrèvement”.

La partie adverse relève que les dégrèvements dont question n'avaient pas encore

été décidés le jour de l'ouverture des offres. Il est donc erroné de soutenir, comme indiqué, dans votre arrêt n° 238.875, du 25 juillet 2017, que la requérante n'avait pas [au] moment de l'ouverture des offres de dette(s) fiscale(s) supérieure(s) à 3.000 euros.

Cette conclusion ressort clairement du courriel du receveur des impôts en date du 15 décembre 2016, celui-ci indiquant que “vont être dégrévées et/ou soldées (...)” (...). 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.

Cette conclusion est au demeurant admise par la requérante qui, elle-même, dans son courriel en date du 19 avril 2017, fait état de ce que les dégrèvements dont question ne sont pas encore intervenus (...). La requérante admet, dans ce même courriel, ne pas avoir de plan d'apurement de sa dette fiscale.

Or en droit fiscal, - ce dont votre Conseil fait abstraction dans son arrêt n° 238.875 du 25 juillet 2017 -, le dégrèvement s'entend de la décision par laquelle l'administration fiscale prend la décision d'annuler un impôt :

“ Le directeur régional ou le fonctionnaire délégué par lui accorde d'office le dégrèvement des surtaxes résultant d'erreurs matérielles, de doubles emplois, d'excédents de précomptes et versement anticipés, ainsi que de celles qui apparaîtraient à la lumière de documents ou faits nouveaux probants, dont la production ou l'allégation tardive par le redevable est justifiée par de justes motifs”.

La partie adverse s'est enquis à plusieurs reprises auprès du receveur des impôts de la situation fiscale de la requérante, de telle sorte qu'elle a agi avec la diligence requise par Votre Conseil dans l'affaire ENTREPRISES GÉNÉRALES MOUREAU FRANÇOIS ET SES FILS.

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.

Le fait que le receveur des impôts affirme à plusieurs reprises que les dettes fiscales vont être dégrévées est sans incidence. Il est en effet sans compétence dans ce domaine - seul le directeur régional ou le fonctionnaire délégué pouvant prendre une telle décision.

Enfin, l'utilisation du futur simple pour évoquer les dégrèvements indique clairement qu'aucune décision n'avait encore été prise par le directeur régional.

Or, la Cour de cassation indique sans équivoque que la dette fiscale subsiste tant que la décision de dégrèvement n'a pas été prise.

Tel est le cas en l'espèce, en ce compris le jour de l'ouverture des offres, comme cela ressort de la pièce n° 9 du dossier administratif :

“ 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 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.

À présente et pour l'avenir, vous pouvez donc vous fier aux réponses données par Telemarc/Digiflow ou MyMINFIN”.

Or, la seule date critique à prendre en considération pour juger de la régularité de la situation d'un soumissionnaire vis-à-vis de l'administration fiscale, comme le rappelle Votre Conseil dans l'affaire MW-CARS, est celle de l'ouverture des offres :

“ En l'espèce, la séance d'ouverture des offres a eu lieu le 7 janvier 2016. À cette même date, la partie adverse a interrogé le service public fédéral Finance (*sic*) dont l'attestation fiscale du même jour indique que la société requérante était redevable d'une dette relative à ses obligations fiscales dont la somme globale dépasse 3.000 euros.

La preuve que la requérante possédait une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers devait donc se rapporter à des créances existant à la date d'ouverture des offres soit à la date du 7 janvier 2016”.

La partie adverse n'a pas à cet égard à subir les retards de l'administration fiscale, dont il appartient à la requérante s'il échet de mettre en cause la responsabilité.

3.2.3. Au surplus, dans son courriel du 19 avril 2017 relatif à un autre marché, la requérante fait état, pour la première fois, à la date du 5 avril 2017, 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 €.

Toutefois, 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.

C'est donc valablement que la requérante a été exclue du marché en raison de sa situation irrégulière vis-à-vis du SPF Finances le jour de l'ouverture des offres.

C. Quant à la prétendue motivation inadéquate de la décision d'éviction

3.3.1. La requérante fait valoir que l'acte attaqué ne serait pas adéquatement motivé.

Sur cet aspect, on constatera que la requérante invoque au moyen uniquement la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels.

Il en est déduit que la requérante ne souhaite pas conduire le débat sur le champ spécifique des règles en matière de motivation dans le cadre de la législation sur les marchés publics (les articles 4 et 5 de la loi recours).

C'est dès lors sur la base de cette perception qu'il sera répondu au moyen.

3.3.2. Quant à l'ONSS, la requérante fait valoir que la partie adverse aurait dû s'enquérir de sa situation auprès de ce dernier.

La requérante critique également l'absence de motivation pour le volet ONSS dans l'acte attaqué.

Elle invoque, à ce titre, l'existence des prétendues notes de crédits dont la partie adverse a établi qu'elles n'avaient pas été émises par l'ONSS. En outre, elle 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.

Quant à la situation fiscale, la requérante critique l'absence, *quod non*, d'une motivation exhaustive eu égard aux dégrèvements. Sans revenir sur les développements *supra*, on rappellera que la dette fiscale subsiste tant que la décision de dégrèvement n'a pas été prise.

3.2.3. Cela étant, l'essence du moyen pris du défaut de motivation adéquate repose sur l'arrêt ACTIVA de Votre Conseil que la requérante cite abondamment. Cette jurisprudence doit cependant être écartée.

Contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire ACTIVA, 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.

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. Cet élément n'était donc nullement de nature à remettre en cause l'existence d'une dette fiscale dans le chef de la requérante.

La requérante invoque également pour la première fois dans sa requête l'existence de créances qu'elle détiendrait à l'égard de la Ville de Liège.

Ni les éléments du dossier administratif ni les pièces du dossier de la requérante ne font apparaître l'existence d'une quelconque créance au bénéfice de la requérante à l'égard de la Ville de Liège.

À défaut de précisions et de clarté, cette prétention de la requérante doit dès lors être écartée des débats.

3.3.4. L'obligation de motivation des actes administratifs n'implique pas l'obligation de préciser, dans la décision administrative "le motif des motifs".

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.

3.3.5. La requérante, tout comme Votre Conseil dans son arrêt n° 238.875, estiment que l'irrégularité d'un seul des motifs suffirait à entacher l'ensemble de l'acte attaqué :

“ 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. 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 ces motifs vicie l'ensemble de celle-ci et suffit à justifier sa suspension".

À cet égard, la partie adverse renvoie à votre arrêt SA LES ENTREPRISES GÉNÉRALES FERNAND GILLION ET FILS, n° 234.588, du 28 avril 2016 :

“ Dès lors que le motif vainement critiqué par le moyen, en cette troisième branche, suffit à justifier la décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux, c'est vainement qu'en ses première et deuxième branches, le moyen critique l'autre motif de cette décision. Il doit donc être déclaré irrecevable en ses deux premières branches”.

Sur ce point, il ne peut être tiré argument du fait que la partie adverse a, en vertu du principe de minutie vanté par la partie requérante à l'appui de son moyen, cherché à s'enquérir de la situation fiscale de la requérante et qu'elle ait, en fin de compte, indiqué sur ce point, après examen, que celle-ci n'était pas en règle.

Cela ne change rien au fait que l'absence de régularité de l'offre au plan de l'ONSS suffisait pour écarter l'offre de la requérante.

Ainsi, en fait, ce qui est reproché à la partie adverse sur ce point, c'est d'avoir satisfait au prescrit de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en indiquant qu'outre l'absence de régularité de l'offre au plan de l'ONSS, la requérante n'était pas plus en ordre au plan fiscal.

Or, si l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques laisse un pouvoir d'appréciation quant à l'exclusion d'un soumissionnaire, le seul fait que l'autorité décide qu'une seule cause d'exclusion suffit, - en l'occurrence le non-respect des obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale -, a pour conséquence que l'autre motif allégué est nécessairement surabondant, sauf à considérer que cet article 61 ne permet d'exclure un soumissionnaire lorsqu'il n'est en défaut que pour un seul motif d'exclusion.

Or tel n'est pas le cas en l'espèce.

Le moyen n'est pas fondé ».

C. Mémoire en réplique

La requérante se réfère à sa requête.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse formule les observations suivantes, à propos de la demande d'annulation :

« 2.1. La partie adverse conteste les conclusions de Monsieur le Premier Auditeur, uniquement en ce qui concerne l'appréciation qu'il donne aux prétentions de la requérante quant à la demande d'annulation.

À cet égard, la partie adverse renvoie aux développements qu'elle a exposés, dans

le cadre de son mémoire en réponse ».

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante déclare se référer à l'arrêt n° 238.875 du 25 juillet 2017, ainsi qu'aux conclusions du rapport du Premier auditeur, relatives au moyen unique.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen unique reproche à la partie adverse de n'avoir pas sélectionné la requérante en raison de la situation de celle-ci au regard de ses obligations fiscales et sociales.

Tels qu'ils étaient applicables en l'espèce, les articles 61, § 2, 62 et 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques étaient libellés 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 :
- 1° qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;
 - 2° qui a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation, de réorganisation judiciaire ou de toute autre procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;
 - 3° qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;
 - 4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave;
 - 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;
 - 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.
- [...] »;
- « Art. 62 § 1^{er}. Sous réserve de l'application de l'article 60, § 1^{er}, le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti 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.

§ 2. Le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel relevant d'un autre État membre de l'Union européenne et qui n'est pas visé au § 1^{er}, joint à sa demande de participation ou à son offre, selon le cas, une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant que, suivant compte arrêté au plus tard à la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas, il est en règle à cette date avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi.

§ 3. Lorsque le candidat ou le soumissionnaire emploie du personnel visé tant par le § 1^{er} que par le § 2, les dispositions des deux paragraphes sont applicables.

§ 4. La production des attestations visées aux §§ 1^{er} et 2 n'est pas requise lorsque le montant estimé du marché n'excède pas 30.000 euros. Le pouvoir adjudicateur s'enquiert dans ce cas de la situation du candidat ou du soumissionnaire afin de vérifier s'il est en règle par rapport aux obligations prévues au présent article.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire assujetti à la sécurité sociale des travailleurs indépendants afin de vérifier s'il est en règle avec ses obligations en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale.

§ 6. La production des attestations prévues aux paragraphes précédents lors du dépôt de l'offre n'est pas requise si elles avaient déjà été jointes à la demande de participation, pour autant qu'elles concernent la même période »;

« Art. 63. § 1^{er}. Sous réserve de l'application de l'article 60, § 1^{er}, le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre, selon le cas, une attestation dont il résulte qu'il est en règle par rapport à ses obligations fiscales selon les dispositions légales du pays où il est établi.

§ 2. Pour un candidat ou soumissionnaire belge, le pouvoir adjudicateur vérifie le respect des obligations fiscales à l'égard du SPF Finances, sur la base de l'attestation délivrée par ce dernier.

Est en règle par rapport aux obligations visées au présent paragraphe, le candidat ou le soumissionnaire qui n'a pas, pour ces 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 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 ses dettes fiscales.

S'agissant des obligations fiscales visées au présent paragraphe, le pouvoir adjudicateur qui a accès gratuitement, par les moyens électroniques visés à l'article 60, § 1^{er}, à l'attestation du SPF Finances, procède à la vérification de la situation de tous les candidats ou de tous les soumissionnaires, selon le cas, dans les quarante-huit heures suivant la séance d'ouverture, si celle-ci a lieu, ou dans les quarante-huit heures suivant le moment ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres, selon le cas.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur peut procéder à la vérification du respect du paiement de dettes fiscales autres que celles visées au paragraphe 2. Dans ce cas, il indique précisément, dans les documents du marché, les autres dettes fiscales

qu'il entend vérifier ainsi que les documents sur la base desquels la vérification aura lieu ».

S'agissant de ce qu'a considéré la partie adverse à propos de la situation de la requérante au regard de ses obligations fiscales, l'arrêt n° 238.875 du 25 juillet 2017 statuant en référé d'extrême urgence, constate notamment que la partie adverse avait 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. Il relève que cette information a été confirmée à la partie adverse par un receveur du SPF Finances, ce dernier lui ayant également confirmé en mai 2017 que les réponses données par le portail TELEMARC/DIGIFLOW étaient faussées, des dégrèvements n'ayant été comptabilisés qu'avec retard.

Les débats tenus dans le cadre de la procédure au fond n'ont pas livré d'élément incitant à revenir sur ce que constate ainsi l'arrêt précité à propos des informations inexactes sur lesquelles la partie adverse s'est fondée pour prendre sa décision que la requérante avait des dettes fiscales supérieures à 3.000 euros, et du fait qu'elle avait adopté cette décision en étant informée de ce caractère inexact.

Demeure, en revanche, contestée la situation fiscale de la requérante, au regard de laquelle la partie adverse devait se déterminer pour l'application des articles 61, § 2, 6°, et 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. La requérante soutient, sur la base des indications communiquées notamment par le conseiller recouvrement - receveur du S.P.F. Finances, qu'elle « était donc, sur un plan fiscal, en ordre et était bien conforme aux dispositions de l'article 63 § 2 », et ce en raison notamment de dégrèvements et de paiements de la ville de Liège attendus. La partie adverse met en cause cette conformité, tirant notamment argument de l'incompétence du conseiller recouvrement – receveur du S.P.F. pour ce qui concerne les dégrèvements, et du fait que les dégrèvements invoqués n'auraient pas encore été décidés au jour de l'ouverture des offres, seule date qui, à son estime, pouvait être prise en considération.

De manière générale, et au-delà des doutes ainsi émis par la partie adverse, il doit être observé, à la lecture du dossier administratif (et, plus particulièrement, des informations livrées par les pièces 2 [plus spécialement le document intitulé « ANNEXE POUR SITUATION SPF/TVA »], 4, 5, 6, 7, 8 et 9), qu'ont certes été évoqués, à plusieurs reprises au cours de la procédure de passation du marché litigieux, des dégrèvements dont devait bénéficier la requérante, des créances dont elle serait titulaire à l'égard de plusieurs pouvoirs adjudicateurs ainsi que le manque de fiabilité des informations contenues dans les sources accessibles à

la partie adverse, mais qu'aucune pièce n'atteste toutefois la situation précise de la requérante – à quelque stade que ce soit de cette procédure de passation – à l'égard de ses dettes fiscales, en tenant compte de la rectification des données dont l'inexactitude avait été portée à la connaissance de la partie adverse. Tel est particulièrement le cas de la pièce 9, expressément évoquée par le mémoire en réponse, qui rend compte du courriel adressé à la partie adverse le 3 mai 2017 par le conseiller recouvrement – receveur du S.P.F. Finances. Ce courriel est libellé comme 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 VAEEL 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. À présent et pour l'avenir vous pouvez donc vous fier aux réponses données par Telemarc/ DIGIFLOW ou MyMINFIN. [...] ».

S'il y est fait état à plusieurs reprises d'une régularisation, celle-ci ne peut se comprendre – pour ce que permet d'en juger la dernière phrase – que comme portant sur les informations diffusées par Telemarc/Digiflow ou MyMINFIN. Il ne peut, en revanche, rien être déduit d'indications de ce courriel quant à la situation exacte de la requérante au regard de ses dette fiscales, et ce dès lors, d'une part, qu'il n'y est pas expressément affirmé qu'elle serait « en règle par rapport à ses obligations fiscales » et, d'autre part, qu'à défaut de toute précision utile, il n'est pas permis de vérifier si, en tenant compte des dégrèvements finalement comptabilisés, il apparaissait que la requérante était « en règle » au sens des article 61, § 2, 6°, et 63, § 2, précités. En d'autres termes, si le conseiller recouvrement – receveur du S.P.F. Finances indique à la partie adverse qu'elle peut se fier aux réponses données par les sources qui lui sont accessibles, il ne dit rien de la teneur de ces réponses.

Cela étant, l'absence de toute information relative à la situation fiscale de la requérante que la partie adverse devait prendre en considération après rectification des données inexactes, est sans incidence sur le fait, constaté par ailleurs et dont rend compte ce courriel du 3 mai 2017, que, d'une part, les informations relatives à la situation fiscale de la requérante auxquelles la partie adverse avait pu accéder avant avril 2017 étaient faussées en raison de ce que des dégrèvements favorables à la requérante n'avaient pas été comptabilisés et ne l'ont été par les services du S.P.F. Finances que « depuis avril (voire fin mars) 2017 » et que, d'autre part, la partie adverse avait été avertie de cette situation avant d'adopter sa décision critiquée. Il s'ensuit qu'en la fondant, dans ces circonstances, sur des informations antérieures à la régularisation évoquée dans ce courriel du 3 mai 2017,

la partie adverse a pris une décision dont la motivation n'est pas adéquate.

Dans cette mesure, le moyen doit donc être déclaré fondé en tant qu'il critique le premier motif de la décision de ne pas sélectionner la requérante.

S'agissant de ce qu'a considéré la partie adverse à propos de la situation de la requérante au regard de ses obligations sociales, celle-ci lui reproche, en termes de requête, de ne s'être pas fondée sur la contradiction entre les deux attestations établies par l'O.N.S.S. les 8 et 16 décembre 2016, « en vertu de son devoir de minutie, pour soit réinterroger l'O.N.S.S., soit considérer que cette contradiction ne permettait pas, au niveau de la motivation, de retenir que la requérante ne respectait pas les modalités d'apurement de sa dette ». Elle ajoute, par ailleurs, ce qui suit :

« Dès lors, pour respecter l'obligation de minutie qui s'impose à elle, et son obligation de motivation, l'autorité compétente aurait dû, soit interroger la requérante, soit estimer que les éléments d'information qui étaient en sa possession n'étaient pas suffisants pour prendre une motivation d'exclusion qui rencontrait un degré d'exactitude suffisant ».

Il convient, avant tout, de relever que, quoique la partie adverse en laisse entendre le contraire au point 3.3.2. de son mémoire en réponse, le moyen invoque bien, en termes de requête, la méconnaissance du devoir de minutie.

Face à deux attestations contradictoires, selon lesquelles la requérante respectait strictement, ou pas, les modalités de paiement relatives à l'apurement de sa dette à l'égard de l'O.N.S.S., et alors qu'aucun élément soumis à la contradiction des débats ne permet de comprendre ce qui imposait de prendre en considération l'une des attestations au détriment de l'autre, la partie adverse n'a pas pu exclure la requérante, en constatant qu'elle ne respectait pas strictement les modalités de paiement relatives à l'apurement de cette dette. Un tel motif de fait ne peut être considéré comme établi, de sorte que, d'une part, la motivation de l'acte attaqué qui en fait état ne peut être tenue pour adéquate et que, d'autre part, la partie adverse a nécessairement méconnu les dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité visées par le moyen, et notamment les articles 61, § 2, et 62, § 1^{er}, en appliquant la sanction d'exclusion instituée selon les modalités qu'elles fixent.

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle déclare se ranger à l'arrêt prononcé dans le cadre de la procédure en référé, en tant que celui-ci constaterait que la requérante ne soutenait pas que la seule attestation prise en considération par la partie adverse serait entachée d'erreur. Cet arrêt statue sur un moyen soulevé en des termes différents par la requête en suspension d'extrême urgence et qui, contrairement à ce qui est le cas dans la requête en annulation, ne

mettait pas en évidence la contradiction des attestations relatives aux dettes à l'égard de l'O.N.S.S., à propos de laquelle la requérante formule un grief spécifique.

Enfin, et pour ce qui concerne toujours la situation sociale de la requérante, l'illégalité de la décision d'exclusion constatée pour les motifs ainsi retenus rend sans intérêt le grief d'absence d'investigations complémentaires que la partie adverse aurait dû effectuer en vertu d'un devoir de minutie dont la requérante invoque la violation.

Il suit de ces considérations que le moyen doit être déclaré fondé, également en tant qu'il critique le second motif de la décision de ne pas sélectionner la requérante.

VI. Demande d'indemnité réparatrice

VI.1. Thèse de la requérante

A. Requête

La requérante sollicite une indemnité réparatrice fixée au montant de 22.643,07 €, à majorer des intérêts légaux et compensatoires depuis le 12 juin 2017.

Elle argumente cette demande comme suit :

« 1. Illégalité de l'acte

La requérante renvoie au moyen unique exposé dans le cadre de la requête en annulation;

2. Préjudice subi

La requérante ne s'est pas vue attribuer un marché qu'elle aurait nécessairement remporté si l'illégalité n'avait pas été commise;

Ce préjudice peut être fixé à 10% du prix du marché, conformément à l'article 24 de la loi du 15 juin 2006;

Dans la mesure où la procédure est adjudication ouverte, le montant du préjudice peut dès lors être évalué à 22.643,07 € (prix TVAC);

3. Lien causal

Il n'est pas établi que quand bien même le motif relatif à l'ONSS serait fondé (*quod non*, voir requête en annulation), à tout le moins il n'apparaît pas que ce motif soit déterminant;

La meilleure preuve en est l'ensemble des notes de crédit qui, même si l'autorité n'avait pas dû en tenir compte, démontre que la situation de la requérante n'était pas difficile;

En outre, le montant de la dette ONSS reste faible par rapport au prix du marché même si elle excédait 3.000 €;

En outre, comme le Conseil d'État l'a rappelé dans son arrêt du 25/07/2017, ce motif n'était pas si important que ça pour l'autorité puisqu'elle n'a nullement

cherché, avant l'introduction du recours, à lever le doute qu'auraient pu faire naître les deux attestations contradictoires de l'ONSS;
Ces éléments suffisent à établir le lien causal ».

B. Mémoire en réplique

La requérante fait valoir ce qui suit :

« 1. Illégalité de l'acte

La requérante renvoie au moyen unique exposé dans le cadre de la requête en annulation;

2. Préjudice subi

La partie adverse estime que l'article 24 de la loi du 15/06/2006 ne devrait pas s'appliquer dans la mesure où il faut tenir compte des intérêts publics et privés en présence;

Il est clair qu'à partir du moment où le législateur a estimé qu'*ex aequo et bono* cette indemnité devait être accordée, il a lui-même tenu compte des intérêts publics et privés en présence;

Pour le surplus, la requérante s'en réfère à sa requête en indemnités réparatrices;

3. Lien causal

La partie adverse estime qu'à partir du moment où il y avait un défaut en matière d'ONSS, elle disposait d'un élément pour écarter l'offre de la requérante;

Or, il n'est pas contesté que la dette était de 28.553,74 €;

Il n'est pas contesté que d'autres éléments permettaient de considérer que la dette pouvait être diminuée;

Il n'est pas contesté qu'en raison de l'arrêt ACTIVA, l'administration aurait dû prendre une motivation pour démontrer que cette dette était hors de proportion avec la réalisation du marché;

Or, ce marché représentait une somme de 213.613,88 €;

On voit mal comment la Communauté française aurait pu prendre une décision motivée pour considérer que la dette évoquée ci-dessus, éventuellement diminuée au moment de l'exécution du marché, était excessive au regard du montant de ce même marché;

La partie adverse ne fait pas valoir que la requérante n'aurait subi qu'une perte de chance mais estime qu'elle n'avait aucune chance d'obtenir le marché;

Cette assertion est inexacte;

Au contraire, le degré de certitude d'obtention du marché confine aux 100 % ».

C. Dernier mémoire de la requérante

La requérante formule les dernières observations qui suivent :

« Monsieur le Premier Auditeur estime que la requérante ne fait pas la preuve du lien causal entre les illégalités relevées par le Conseil d'État et confirmées par son avis et le dommage que la requérante subirait;

Monsieur le Premier Auditeur estime que si l'autorité était amenée à nouveau à restituer sur la décision, elle pourrait aboutir au même résultat et que si, en effet, elle ne pouvait plus corriger la question relative à la dette fiscale, elle pourrait encore se fonder sur la dette ONSS pour éventuellement refuser de retenir qualitativement la requérante;

La requérante n'est cependant pas d'accord avec ce raisonnement;

En effet, s'il y avait une automaticité à refuser la sélection de la requérante, elle se serait nécessairement retrouvée en défaut d'intérêt à son recours car si elle était

écartée automatiquement pour la dette ONSS, elle n'aurait eu aucun intérêt à son recours;

Le fait que Monsieur le Premier Auditeur, comme le Conseil d'État dans son arrêt précité, n'écarte pas l'intérêt au recours de la requérante, démontre que l'autorité compétente a donc bien une part d'appréciation relativement aux dettes ONSS qui seraient encore constatées;

La requérante citait, dans sa requête en extrême urgence, un arrêt n° 233.205 du 10 décembre 2005, ACTIVA, dans lequel il fallait absolument comprendre les raisons pour lesquelles un pouvoir adjudicateur écarte un soumissionnaire de l'accès au marché lorsqu'il semble qu'il n'y ait pas de respect de l'article 61 § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;

Il ne peut être non plus déduit de la décision annulée que le seul motif relatif à l'ONSS eut suffi pour écarter l'offre de la requérante puisque, manifestement l'autorité compétente s'est fondée sur la combinaison des deux motifs : FISC et ONSS;

La motivation de l'acte attaqué ne permettait pas de déterminer si un seul des motifs suffisait;

Il y a dès lors de toute façon une incertitude sur la décision de réfection qui ne sera jamais prise par l'autorité compétente puisque le marché a été attribué et exécuté;

Dans le pire des cas, il y a une perte de chances pour la requérante qui peut être évaluée à 50 % du dommage réclamé : "une chance sur deux" puisque soit sur le seul critère de l'ONSS la requérante était écartée, soit automatiquement son offre était retenue;

Dès lors, le dommage réclamé par la requérante est au minimum fondé à concurrence de 50 %;

Quant à la probabilité que les chances de l'obtention du marché puissent être évaluées à 100 %, il faut encore examiner la question soulevée par Monsieur le Premier Auditeur en page 22 de son rapport;

Monsieur le Premier Auditeur estime que des notes de crédit ont été établies en février 2017 alors que les créances doivent remonter au plus tard au dernier trimestre civil précédant la date de remise des offres, soit le trimestre s'achevant au 30 septembre 2016;

Le moment où les notes de crédit sont établies par l'ONSS, est décidé par elle;

Or, l'examen de chacune de ces notes de crédit démontre que celles-ci se réfèrent à des périodes antérieures au 30 septembre 2016 (notes de crédit de la période de juin 2016, mars 2016, septembre 2016, juin 2015, décembre 2015, mars 2015, septembre 2015);

Seules trois notes de crédit (2 de décembre 2016 et 1 de janvier 2017) concernent une période postérieure au trimestre s'achevant le 30 septembre 2016;

Il s'agissait de sommes portant sur 1.849,97 €, 3,75 € et 3.550,00 € [...];

Il en résulte donc que non seulement les notes de crédit si elles avaient été établies au moment où leur exigibilité dans le chef de la requérante est née, elle aurait pu en bénéficier au 30 septembre 2016;

C'était au demeurant un des éléments éventuels d'appréciation dont l'autorité aurait pu s'emparer pour motiver sa décision en tenant compte de l'absence de dette fiscale;

Dans ces conditions, le lien causal est établi pour 100 % du dommage;

La requérante sollicitera donc, à titre principal, une indemnité réparatrice de 22.643,07 € à majorer des intérêts légaux et compensatoires depuis le 12/06/2017 et subsidiairement une somme de 11.321,57 € à majorer des intérêts légaux et compensatoires depuis le 12/06/2017;

La requérante sollicite également la condamnation de la partie adverse aux dépens des deux instances ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme il suit :

« Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence. La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. En cas d'application de l'article 38, la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice. Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice ».

Il résulte de cette disposition que le Conseil d'État est compétent pour accorder une indemnité réparatrice lorsque le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation établit que l'illégalité sanctionnée est à l'origine d'un préjudice qu'il subit et qui n'est pas entièrement réparé du fait de l'annulation. Le requérant doit ainsi faire la démonstration d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée et le préjudice dont il se plaint (Doc. parl., Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 6), cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse et l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11bis ne trouvant en outre à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer.

En l'espèce, l'illégalité de l'acte attaqué est établie, le moyen unique étant déclaré fondé pour les raisons exposées par le présent arrêt.

Il convient d'examiner si le lien entre l'illégalité de cette décision et le dommage invoqué – à savoir, à titre principal, la perte du marché litigieux ou, à titre subsidiaire, la perte d'une chance d'obtenir ce marché – est établi.

Tel que la requérante paraît le concevoir, le lien de causalité dont la

démonstration lui incombe suppose – à tout le moins – pour être vérifié, que, sans commettre l’illégalité constatée à l’occasion de l’examen du moyen, la partie adverse n’aurait eu d’autre choix que de sélectionner la requérante, laissant à celle-ci – selon ce qu’elle suggère – l’assurance (ou, à titre subsidiaire, une chance importante) d’obtenir le marché litigieux, puisque son offre se serait présentée comme étant la « moins-disante » dans le cadre d’une procédure d’adjudication. C’est ce qui l’incite précisément à soutenir, dans son mémoire en réplique, que « le degré de certitude d’obtention du marché confine aux 100 % », même si, à titre subsidiaire, elle invoque, dans son dernier mémoire « une chance sur deux ».

L’examen du moyen unique n’autorise toutefois pas une telle conclusion, au regard des deux illégalités mises en évidence. Le présent arrêt décide, sur ce moyen, que la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître les dispositions visées, refuser, par application de celles-ci, de sélectionner la requérante sur la seule base des éléments qu’elle a mobilisés, tels que la motivation de l’acte permet d’en juger. Il ne peut toutefois en être rien déduit quant au fait que la requérante devait nécessairement être sélectionnée. Or, sans pouvoir rien inférer en ce sens de cette réponse au moyen, la requérante ne peut prospérer dans un raisonnement tirant parti de ce que son offre était faite au montant le moins élevé dans le cadre d’une procédure en adjudication. Il doit d’ailleurs être observé à cet égard que, si les considérations émises, dans les écrits de procédure, à l’appui de la démonstration du lien de causalité, tendent à faire valoir que la partie adverse n’aurait pas eu de raisons valables de ne pas sélectionner la requérante, elles ne permettent toutefois pas d’établir qu’elle n’avait d’autre choix que de la sélectionner. La requérante s’abstient – toujours au titre de cette démonstration du lien de causalité – d’établir qu’aux yeux des autorités respectivement compétentes pour les situations fiscale ou sociale, elle n’était pas redevable d’une dette susceptible de l’exclure de la participation au marché litigieux : d’une part, la référence au droit à un dégrèvement fiscal contenue dans le courriel du conseiller recouvrement - receveur du SPF Finances daté du 3 mai 2017 et précédemment évoqué n’établit pas la situation fiscale de la requérante, ainsi que cela a été relevé en réponse au moyen unique du recours en annulation; d’autre part, s’agissant de sa situation sociale, la requérante se borne à produire des notes de crédit émises par son secrétariat social et sur la base desquelles le Conseil d’État ne peut se déterminer utilement quant à l’existence du lien de causalité requis.

Dès lors qu’il n’appartient pas au Conseil d’État de reconstituer la situation de la requérante au regard de ses obligations fiscales et sociales, sur la base de laquelle l’exclusion de celle-ci devait être évitée, force est de constater que le lien de causalité allégué entre les illégalités constatées et la perte du marché litigieux,

dont la charge de démonstration incombe à la requérante, n'est pas établi par celle-ci.

Enfin, dans son dernier mémoire, la requérante formule à titre subsidiaire une demande d'indemnité réparatrice fondée sur la perte d'une chance d'obtenir le marché, perte de chance qu'elle estime à 50 %. En ce sens, elle invoque « une chance sur deux », « puisque soit sur le seul critère de l'ONSS [elle] était écartée, soit automatiquement son offre était retenue ». La deuxième de ces hypothèses correspond en réalité à celle dont la requérante se prévaut dans le cadre de sa thèse principale relative à la perte du marché. Il s'ensuit que, pour les mêmes motifs qui déterminent le Conseil d'État à décider que le lien de causalité n'est pas démontré dans le cadre de la thèse principale, celui-ci ne l'est pas davantage pour ce qui concerne la thèse subsidiaire.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que la demande d'indemnité réparatrice doit être rejetée.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La requérante sollicite la condamnation de la partie adverse au paiement d'indemnités de procédure fixées au montant de base, respectivement pour la demande de suspension, le recours en annulation et la demande d'indemnité réparatrice.

La partie adverse sollicite l'octroi d'une indemnité de procédure fixée à 700 euros.

Ces demandes ne suscitent pas d'observations de part adverse.

L'annulation de l'acte attaqué justifie que la requérante soit considérée comme la partie ayant obtenu gain de cause au sens de l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour ce qui concerne le recours en annulation et la demande de suspension. L'indemnité de procédure sera fixée au montant de base majoré, conformément à l'article à l'article 67, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, à savoir 840 euros.

En raison du rejet de la demande d'indemnité réparatrice, la requérante ne peut être considérée comme la partie ayant obtenu gain de cause, au sens précité, pour ce qui concerne l'indemnité réparatrice qu'elle sollicite au titre de cette

demande, de sorte que cette indemnité ne peut lui être accordée. La partie adverse doit bien, pour sa part, être considérée comme la partie ayant obtenu gain de cause au regard de la demande d'indemnité réparatrice. Au vu de l'ensemble de la procédure qui aboutit au présent arrêt, aucune circonstance ne paraît justifier, aux yeux du Conseil d'État, que l'indemnité sollicitée au montant de base soit réduite. Celle-ci doit donc être fixée à ce montant.

Il suit d'une compensation entre les montants ainsi fixés, qu'une indemnité de procédure de 140 euros doit être accordée à la requérante.

Par ailleurs, l'annulation de l'acte attaqué justifie que les autres dépens liés à la demande de suspension et au recours en annulation soient laissés à la partie adverse. Les dépens liés à la demande d'indemnité réparatrice seront laissés à la requérante.

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

Article 1^{er}.

« 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 annulée.

Article 2.

La demande d'indemnité réparatrice est rejetée.

Article 3.

La partie adverse supporte les dépens relatifs à la suspension et à l'annulation, à savoir les droits de rôle de 400 euros et l'indemnité de procédure de 140 euros accordée à la partie requérante.

La partie requérante supporte les dépens relatifs à la demande d'indemnité réparatrice, à savoir le droit de rôle de 200 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 20 mai 2021 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky