

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 251.418 du 3 septembre 2021

A. 234.265/VI-22.123

En cause :

**la société privée à responsabilité limitée
Société Européenne de Travaux (S.E.T.),**

ayant élu domicile chez
M^e Stéphane RIXHON, avocat,
boulevard du Souverain 68/7
1170 Watermael-Boitsfort,

contre :

l'État belge,
représenté par la ministre de la Défense.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 9 août 2021, la société privée à responsabilité limitée Société Européenne de Travaux (S.E.T.) demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision de sélection (et, semble-t-il : d'attribution) de date inconnue par laquelle [elle] n'a pas été sélectionnée pour le marché public MRMP-I/SN° 20IS640 "Procédure ouverte pour la conclusion, pour une période de 48 mois (2021-2024), d'un ou plusieurs (7 lots) accords-cadres de travaux à bordereau de prix, avec un adjudicataire pour l'exécution de travaux d'entretien, de réparation et d'adaptation limités à l'infrastructure routière dans les quartiers et domaines militaires de la Défense Marché réparti en 7 lots d'après les 7 plateaux", communiquée partiellement (uniquement en ce que la partie requérante n'est pas sélectionnée) en annexe d'un courrier recommandé daté du 26 juillet 2021 et reçu le 29 juillet 2021 »;

- « la ou les décisions d'attribution éventuellement subséquentes, de date inconnue dans le même marché public "Procédure ouverte pour la conclusion, pour une période de 48 mois (2021-2024), d'un ou plusieurs (7 lots) accords-cadres de travaux à bordereau de prix, avec un adjudicataire pour l'exécution de travaux d'entretien, de réparation et d'adaptation limités à l'infrastructure routière dans les quartiers et domaines militaires de la Défense Marché réparti en 7 lots d'après les 7 plateaux", par laquelle la partie adverse désigne les

soumissionnaires retenus en vue de leur attribuer le marché litigieux, si elles existent ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 11 août 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 août 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^{me} Elisabeth Willemart, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Stéphane Rixhon, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M. Mathieu Fontaine, capitaine, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. La partie adverse lance un marché public pour « la conclusion, pour une période de 48 mois (2021-2024), d'un ou plusieurs (7 lots) accords-cadres de travaux à bordereau de prix, avec un adjudicataire pour l'exécution de travaux d'entretien, de réparation et d'adaptation limités à l'infrastructure routière dans les quartiers et domaines militaires de la Défense ».

L'avis de marché est publié dans le *Bulletin des adjudications* le 25 novembre 2020 et dans le *Journal officiel de l'Union Européenne* le 30 novembre 2020. Deux avis rectificatifs sont respectivement publiés les 17 décembre 2020 et 14 janvier 2021 dans le *Bulletin des adjudications* et les 22 décembre 2020 et 19 janvier 2021 dans le *Journal officiel de l'Union européenne*.

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte.

En ce qui concerne les motifs d'exclusion et les critères de sélection, le cahier spécial des charges énonce notamment ce qui suit :

« 5. Motifs d'exclusion et critères de sélection

a. Vérification

Le PA se réserve le droit de vérifier les critères d'exclusion et de sélection durant toute la procédure d'acquisition.

b. Déclaration relative aux motifs d'exclusion et/ou critères de sélection

(1) Déclaration explicite - Document unique de marché européen (DUME)

Par le fait d'introduire un DUME dûment complété (et signé), le candidat ou le soumissionnaire déclare explicitement, sur l'honneur, qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux articles 67, 68 et 69 de la loi et qu'il répond aux critères de sélection applicables (voir plus loin) et, le cas échéant, qu'il respecte les règles et critères objectifs relatifs à la réduction du nombre de candidats.

[...]

Depuis le 18 avril 2018, le DUME ne peut être fourni que sous forme électronique. Pour établir le DUME, vous pouvez utiliser la nouvelle application développée par le SPF BOSA (Service public fédéral Stratégie et Appui) (plateforme e-Procurement) via l'adresse : <https://uea.publicprocurement.be>.

Le DUME doit être dûment complété et introduit par le soumissionnaire en faisant usage du site Internet suivant : <https://uea.publicprocurement.be>.

[...]

La signature du DUME n'est pas spécialement nécessaire, celle du rapport de dépôt étant suffisante et couvrant la validité du DUME.

[...]

(2) Vérification de la situation personnelle par le PA

Sous réserve des points ci-dessous, le PA peut demander à des candidats et soumissionnaires, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour vérifier la véracité du DUME. Lorsque le PA a déjà les documents susvisés en sa possession suite à une procédure de passation conclue précédemment, les candidats ou soumissionnaires devront identifier dans leur demande de participation ou dans leur offre la procédure au cours de laquelle lesdits documents ont déjà été fournis et pour autant que les renseignements et documents mentionnés soient corrects et restent d'actualité.

Le PA procédera au contrôle des offres après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du DUME.

Le DUME peut mentionner des mesures correctrices (voir Art. 70 de la loi).
Le PA vérifiera la véracité de la déclaration sur l'honneur explicite (DUME) du soumissionnaire ayant introduit l'offre économiquement la plus avantageuse.
(3) Conséquences de la vérification

Un soumissionnaire pourra être exclu de la participation au marché s'il apparaît, à la suite de ces vérifications, que la déclaration explicite sur l'honneur (DUME) ou les documents justificatifs transmis ne correspondai(en)t pas à sa situation personnelle à la date limite de réception des demandes de participation en procédure restreinte ou concurrentielle avec négociation ou à la date limite de réception des offres en procédure ouverte, aucune régularisation a posteriori n'étant possible.

Une telle exclusion est également possible au cours de la procédure, s'il apparaît que la situation personnelle du candidat ou soumissionnaire ne correspond plus à la déclaration sur l'honneur.

(4) L'accès des candidats ou soumissionnaires des pays tiers à l'UE

[...]

c. Critère général d'aptitude

[...]

d. La capacité technique de l'entrepreneur – Agréation de l'entrepreneur

[...]

e. Réutilisation de documents et/ou de renseignements fournis antérieurement

Le soumissionnaire est dispensé de produire les renseignements et documents exigés pour ce marché s'il les a déjà fournis pour un autre marché du même PA à condition que le soumissionnaire mentionne cette procédure dans son DUME, sa demande de participation ou dans son offre et que les renseignements et documents mentionnés répondent aux exigences requises.

Un soumissionnaire peut donc faire appel à des documents déjà produits lors d'une procédure antérieure auprès de la Division Marchés Publics (MRMP). Si le soumissionnaire considère que les documents déjà produits sont pertinents dans le cadre des critères de sélection pour le présent marché public et il veut faire appel à cette possibilité, il doit le mentionner à l'endroit opportun dans sa demande de participation (procédure en deux phases) ou dans son billet d'offre (procédure en une phase). Le soumissionnaire mentionnera alors les références du marché public concerné (numéro du CSCh considéré, année de l'introduction des documents proposés pour être réutilisés, service dirigeant) afin de pouvoir faire réemployer les documents concernés.

Si le PA considère que les documents produits dans le cadre d'un marché public précédent sont bien pertinents (les informations et documents doivent répondre aux exigences requises), après vérification avec le service dirigeant qui a reçu les documents à l'origine, alors ces documents seront réutilisés. Si, par contre, le PA considère que ces documents ne sont pas pertinents dans le cadre du présent marché public, le soumissionnaire devra encore produire les documents concernés dans le délai qui lui a été notifié par le PA. Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les informations et documents concernés dans ce délai,

le PA constatera une irrégularité et le soumissionnaire ne pourra être retenu pour la suite de la procédure ».

2. Le 15 décembre 2020, le pouvoir adjudicateur organise une session d'information.

3. L'ouverture des offres a lieu le 21 janvier 2021. Sept soumissionnaires, dont la partie requérante, ont déposé une offre pour le lot 6 « Florennes ».

4. Un rapport d'analyse est établi le 9 juillet 2021. Il en ressort que la requérante est « exclue » pour la raison suivante :

« Société Européenne de Travaux SPRL

(i) Analyse

Le pouvoir adjudicateur a vérifié les critères d'exclusion suivants:

- Document Unique de Marché Européen (DUME)
- Certificat TVA
- Certificat de dettes fiscales
- Certificat de dette sociale
- Certificat de non-faillite

(ii) Clarifications demandées :

Le soumissionnaire n'a PAS inclus de DUME signé avec son offre.

Vérification de la situation fiscale via l'application Telemarc (Digiflow) et MyMinfin.

(iii) Décision

Société Européenne de Travaux est exclue.

Justification de l'exclusion :

- Art. 73, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016

Au moment de la remise des offres, les soumissionnaires doivent soumettre le Document Unique de Marché Européen complété.

- C.E. 30 janvier 2018, n° 240.618

Société Européenne de Travaux – sélection qualitative – preuve d'absence de motif d'exclusion – absence du Document Unique de Marché Européen (DUME) – l'absence de DUME constitue une irrégularité substantielle – la déclaration sur l'honneur est insuffisante – offre irrégulière – au moment de la remise des demandes de participation ou des offres, le document unique de marché européen complété doit être soumis - l'absence de DUME constitue une irrégularité substantielle.

- CSCh § 5. b. (1) »

5. Le 22 juillet 2021, la ministre de la Défense décide d'attribuer le marché pour le lot 6 à la société Tegec SRL.

6. Par un courrier recommandé du 26 juillet 2021, la partie requérante est informée du fait qu'elle n'est pas sélectionnée pour l'attribution du marché. Les motifs de non-sélection sont repris en annexe de ce courrier. Ils se lisent comme suit :

- « • Art. 73, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016
• CSCh § 5. b. (1)
• Au moment de la remise de l'offre, le soumissionnaire doit remettre le Document Unique de Marché Européen (DUME) complété ».

7. Le même jour, la SRL Tegec est informée que son offre a été retenue provisoirement pour l'attribution des lots 5 et 6.

8. Le 4 août 2021, le conseil de la partie requérante demande par courriel à la partie adverse la communication de « la décision motivée d'attribution du marché, ainsi que si possible le dossier administratif ». La partie requérante réitère sa demande le 5 août 2021.

Le 6 août 2021, la partie adverse répond au conseil de la partie requérante que, selon l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux de fournitures et de services et de concessions, un soumissionnaire non sélectionné se voit uniquement communiquer les motifs de sa non-sélection extraits de la décision motivée et que le courrier envoyé le 26 juillet reprend ces éléments d'information.

IV. Recevabilité

VI.1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse relève que la partie requérante poursuit la suspension de l'exécution de l'attribution des sept lots du marché, alors qu'elle n'a introduit d'offre que pour le lot 6. Elle considère que la partie requérante n'a pas d'intérêt à poursuivre l'annulation et la suspension de l'exécution des six autres lots et soulève une exception d'irrecevabilité de la requête pour ce qui concerne les lots 1 à 5 et 7.

À l'audience, la partie requérante ne formule aucune observation sur ce point.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013, précitée, auquel renvoie l'article 15 pour les demandes de suspension, soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant.

La partie requérante n'a intérêt à obtenir le marché que pour le lot 6, pour lequel elle a déposé une offre.

La requête est irrecevable en tant qu'elle porte sur les lots 1 à 5 et 7.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un premier moyen de la « violation de la Constitution, notamment de ses articles 33 et 159, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du cahier spécial des charges, notamment son article 4 (identification du pouvoir adjudicateur), des principes généraux de droit, notamment le principe d'indisponibilité des compétences, le principe d'attribution des compétences, le principe de l'interdiction des délégations de pouvoir ou de signature et la motivation au fond et en la forme des actes administratifs, de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle fait valoir que le courrier annexé à la lettre du 26 juillet 2021 « ne comporte ni signature ni mention du nom de qui que ce soit, ni une référence à une décision régulièrement adoptée par ailleurs », alors que « tout acte administratif individuel doit être adopté par un auteur compétent et légalement identifié, et doit également être motivé au fond et formellement ». Elle estime que le document qui lui a été communiqué ne présente aucune de ces qualités. Elle précise qu'elle a invité la partie adverse, à deux reprises, à communiquer son dossier administratif, mais que celle-ci s'est limitée à répondre que, conformément à l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013, précitée, un soumissionnaire non sélectionné se voit uniquement communiquer les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée d'attribution et que le courrier qui lui a été envoyé reprend tous les éléments

d'information prévus et imposés dans ce cas de figure en vertu de la législation sur les marchés publics.

Elle en déduit que « les décisions querellées violent l'article 33 de la Constitution puisqu'elles sont adoptées par un auteur incompétent, voire pas d'auteur du tout identifiable », que « le principe d'indisponibilité des compétences, le principe d'attribution des compétences, le principe de l'interdiction des délégations de pouvoir ou de signature sont violés pour les mêmes hypothèses », que « l'article 4 du Cahier spécial des charges est également violé puisqu'il identifie le pouvoir adjudicateur compétent, lequel ne se retrouve pas dans les décisions querellées » et que « les principes de motivation au fond et en la forme sont violés pareillement, à défaut pour les actes querellés de présenter une motivation ou des motifs ».

Elle ajoute que « si des décisions subséquentes ont été adoptées, celles-ci sont illégales, à défaut de motifs puisque la première décision, de sélection, est entachée des illégalités relevées ci-dessus et que ces décisions subséquentes reposent légalement sur la première ».

À l'audience, la partie requérante déclare s'en référer à la sagesse du Conseil d'État, eu égard au dossier administratif. Elle rappelle qu'elle a interrogé deux fois la partie adverse afin d'obtenir la décision, sans toutefois l'obtenir.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Conformément à l'article 8, § 1^{er}, 1°, de la loi du 17 juin 2013, précitée, la partie adverse était seulement tenue de communiquer à la partie requérante, comme à tout soumissionnaire non sélectionné, « les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée ».

Il ressort du dossier administratif, et en particulier de la pièce n°10, que la ministre de la Défense a signé la décision motivée d'attribution du lot 6, le 22 juillet 2021.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Second moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un second moyen « de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11 (égalité et non-discrimination, et proportionnalité) et 159 (exception d'illégalité), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment [son] article 4 (principe d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité), de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 80 et 81 (interrogation du soumissionnaire), du cahier spécial des charges, notamment son article 5.e (réutilisation des données), des principes généraux de droit, notamment les principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, de transparence, de minutie, de confiance légitime, [du] respect de la ligne de conduite, [de] la motivation au fond et en la forme des actes administratifs, [et] de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle fait valoir que son offre était la moins chère pour le lot 6 et que la décision de non-sélection n'a été précédée d'aucune invitation à compléter l'offre avec le DUME manquant. Elle reproduit l'article 5.e du cahier des charges, en mettant en exergue le passage selon lequel « [s]i, par contre, le PA considère que ces documents ne sont pas pertinents dans le cadre du présent marché public, le soumissionnaire devra encore produire les documents concernés dans le délai qui lui a été notifié par le PA ». Elle indique qu'elle « est actuellement encore inscrite dans le cadre de plusieurs marchés publics avec la partie adverse » et qu'elle avait, dans le cadre de l'attribution de ces marchés, produit tous les documents utiles à la sélection pour le présent marché. Elle précise que « la page 9 du cahier spécial des charges du marché 17IS647 [...] ne prévoyait pas de critères de sélection plus complexes que le marché litigieux, et ce marché a été remporté par la partie requérante [...], que, « de même, l'offre dans le cadre du marché 17IS666 comportait une attestation de bonne exécution de travaux [...] », que, « dans ce marché précédent, la partie requérante avait été invitée à compléter son offre par la Défense [...], avant de se voir finalement attribuer le marché », que « la page 10 du Cahier spécial des charges du marché 19IS640 [...] ne prévoyait pas de critères de sélection plus complexes que le marché litigieux, et [que] ce marché a été remporté par la partie requérante ».

Elle reconnaît que son offre du 18 janvier 2021 ne comportait pas de DUME, mais ajoute qu'elle avait apposé la mention selon laquelle « le pouvoir adjudicateur admet qu'un soumissionnaire est dispensé de produire les renseignements et documents exigés pour ce marché, s'il les a déjà fournis pour un autre marché du même pouvoir adjudicateur, à condition que le soumissionnaire mentionne cette procédure dans sa demande de participation ou dans son offre et que

les renseignements et documents mentionnés répondent aux exigences requises ». Selon elle, il appartenait à la partie adverse d'apprécier, conformément à son devoir de minutie et au prescrit de son cahier des charges, si elle disposait de toutes les informations utiles pour la sélection de la partie requérante et, dans la négative, elle devait au moins interroger cette dernière afin de lui laisser l'opportunité de déposer des documents qu'elle estimait manquants. Selon elle, cette obligation s'imposait d'autant plus en raison de la ligne de conduite adoptée par la partie adverse lors du précédent marché et de la confiance légitime ainsi créée.

Elle souligne qu'aucun motif de l'acte attaqué n'indique que la partie adverse se serait interrogée sur les documents déjà en sa possession dans le cadre des précédents marchés toujours en cours avec la partie requérante et qui permettraient de justifier sa sélection. Selon elle, « cette obligation ressortait de sa ligne de conduite, de son cahier spécial des charges et du formulaire d'offre déposé par la partie requérante ». Elle relève aussi que la partie adverse ne l'a pas interrogée pour l'inviter à déposer les documents manquants, comme le prescrit son cahier spécial des charges.

Elle conclut que « les principes de motivation au fond et en la forme, ainsi que la loi du 29 juillet 1991 ont été violés » et que « l'inertie de la partie adverse entraîne, dans ce sillage, la violation de son devoir de minutie et rompt le principe d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, consacrés aux articles 10 et 11 de la Constitution et 4 de la loi du 17 juin 2016, entre la partie requérante et les autres soumissionnaires qui se sont vu appliquer les clauses du cahier spécial des charges ».

Elle précise que l'illégalité de la décision de non-sélection « doit conduire à sa suspension » et que « l'illégalité de cette première décision contamine la ou les décisions d'attribution subséquentes du marché », dont l'exécution doit dès lors aussi être suspendue.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 73 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme suit :

« § 1^{er}. Lors du dépôt des demandes de participation ou d'offres, selon le cas, les candidats ou soumissionnaires produisent le Document unique de marché européen, qui consiste en une déclaration sur l'honneur propre actualisée et qui est acceptée par le pouvoir adjudicateur à titre de preuve *a priori* en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou soumissionnaire concerné remplit, toutes les conditions suivantes :

1° qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations, visées aux articles 67 à 69, qui doit ou peut entraîner l'exclusion des candidats ou de soumissionnaires;

2° qu'il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l'article 71;

3° que, le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs relatifs à la réduction du nombre de candidats qui ont été établis conformément à l'article 79.

Lorsque l'opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 78, le Document unique de marché européen comporte également les informations visées à l'alinéa 1er, du présent paragraphe en ce qui concerne ces entités.

Le Document unique de marché européen consiste en une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le Document unique de marché européen désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs.

Lorsque le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement le document justificatif en accédant à une base de données en vertu du paragraphe 4, le Document unique de marché européen contient également les renseignements requis à cette fin, tels que l'adresse internet de la base de données, toute donnée d'identification et, le cas échéant, la déclaration de consentement nécessaire.

Les opérateurs économiques peuvent réutiliser un Document unique de marché européen qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition qu'ils confirment que les informations qui y figurent sont toujours valables.

§ 2. Le Document unique de marché européen est établi sur la base du modèle à fixer par la Commission européenne et est fourni uniquement sous forme électronique.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur peut demander à des candidats et soumissionnaires, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, sauf pour les marchés fondés sur des accords-cadres lorsque ces marchés sont passés conformément à l'article 43, § 4 ou § 5, 1°, qu'il présente les documents justificatifs mis à jour visés à l'article 75. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus.

§ 4. Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un Etat membre qui est accessible gratuitement, comme un registre

national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification.

Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà ces documents en sa possession suite à un marché ou un accord-cadre conclu précédemment, et ce, à condition que les opérateurs économiques concernés identifient dans leur demande de participation ou dans leur offre la procédure au cours de laquelle lesdits documents ont déjà été fournis et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent encore aux exigences requises ».

L'article 38 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose notamment comme suit :

« § 1^{er}. Conformément à l'article 73 de la loi, lors du dépôt des demandes de participation et/ou des offres, les candidats ou les soumissionnaires produisent le DUME sauf en cas de recours à la procédure négociée sans publication préalable dans les cas visés à l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b), et d), 2^o, 3^o, 4^o, b), et c), de la loi.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans les documents du marché auxquels cet avis fait référence les lignes directrices permettant de remplir le DUME. Il indique notamment l'approche visée au paragraphe 2.

Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable et que le DUME doit être rempli, le pouvoir adjudicateur fournit, par dérogation à l'alinéa 2, les lignes directrices visées dans un autre document du marché.

[...]

§ 3. Le présent article est uniquement applicable aux marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne ».

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, dispose notamment comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

[...]

2^o le non-respect des exigences visées aux articles 38, [...] du présent arrêté [...] pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

[...]

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ».

En l'espèce, la partie adverse a considéré que la valeur estimée du marché, calculée conformément à l'article 7, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, était égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne, ce que la partie requérante ne conteste pas. *Prima facie*, les soumissionnaires devaient donc produire le DUME, conformément à l'article 38 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité. Le cahier spécial des charges le confirme en son point 5.b. (« le DUME doit être dûment complété et introduit par le soumissionnaire en faisant usage du site internet suivant : <https://uea.publicprocurement.be> ») et en son point 6.f.(2) (« le DUME, l'offre et ses annexes sont signés de manière globale sur le rapport de dépôt y afférent »).

Il n'est pas contesté que la partie requérante n'a pas joint de DUME à son offre. Dans ces circonstances, la partie adverse devait constater que l'offre de la partie requérante ne comportait pas de DUME et la déclarer nulle pour cause d'irrégularité substantielle, conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité. Elle ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation à cet égard et ne pouvait notamment pas inviter la partie requérante à compléter son offre sur ce point.

Le fait que la partie requérante ait été invitée à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative lors d'un précédent marché de la partie adverse, dans le cadre duquel le DUME n'était pas requis, ne constitue pas une ligne de conduite ou une promesse pouvant faire naître une attente légitime au sens du principe général de légitime confiance.

Prima facie, le point 5.e. du cahier des charges, intitulé « réutilisation de documents et/ou de renseignements fournis antérieurement », inspiré de l'article 73, § 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 précitée, ne dispense pas les soumissionnaires de joindre le DUME à leur offre. Il leur permet, en cas de vérification opérée en application de l'article 73, § 3, de la loi du 17 juin 2016, de se référer aux documents justificatifs « sous-jacents », déjà fournis dans le cadre d'un précédent marché. En tout état de cause, la partie requérante n'a pas identifié, dans son offre, la procédure au cours de laquelle les documents justificatifs auraient déjà été déposés, comme l'exigent pourtant l'article 73, § 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 et le point 5, e., du cahier des charges.

L'article 73, § 1^{er}, alinéa 5, de la loi du 17 juin 2016, précitée, permet aux opérateurs économiques de « réutiliser un Document unique de marché européen qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure ». La partie requérante ne prétend toutefois pas avoir déjà utilisé un DUME, qui serait toujours valable, pour un précédent marché lancé par la partie adverse.

La motivation formelle de l'acte attaqué permet de comprendre la sanction que la partie adverse a attachée au défaut de production du DUME et les motifs qui l'ont amenée à adopter cette décision.

Le second moyen n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité de son offre et de ses annexes (pièce n° 10 de son dossier). La partie adverse demande également la confidentialité des offres qu'elle a reçues (pièces n^{os} 1 à 7 de la partie confidentielle du dossier administratif) et du rapport d'analyse des offres (pièce n° 8 de la partie confidentielle du dossier administratif).

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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.

La pièce n° 10 du dossier de la partie requérante et les pièces n^{os} 1 à 8 de la partie confidentielle du dossier administratif de la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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 n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 3 septembre 2021, par :

Élisabeth Willemart,
Frédéric Quintin,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Frédéric Quintin

Élisabeth Willemart,

