

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 252.154 du 18 novembre 2021

A. 234.821/VI-22.173

En cause : **la société anonyme JUMATT,**
 ayant élu domicile chez
 M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat,
 rue des Augustins 32
 4000 Liège,

contre :

la société anonyme de droit public
 Société wallonne du logement (SWL),
 ayant élu domicile chez
 M^e Gauthier ERVYN, avocat,
 avenue Herrmann-Debroux 40
 1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 octobre 2021, la société anonyme Jumatt demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 2 octobre 2021, telle que rectifiée par la décision du 5 octobre 2021, par laquelle la SWL écarte l'offre de la requérante et donc ne lui attribue pas le marché (lot 1) dans le cadre de la procédure de passation visant la formation d'un accord-cadre ayant pour objet "Acquisition d'habitats modulaires/légers déplaçables et transportables – Aide aux sinistrés des inondations" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 21 octobre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 novembre 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} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Séverine Hostier, *loco* M^e Jean-Marc Secrétin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Gauthier Ervyn, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

« 1.- Dans le contexte des inondations exceptionnelles des 14, 15 et 16 juillet 2021, la partie adverse a établi un cahier des charges visant la formation d'un accord-cadre ayant pour objet "Acquisition d'habitats modulaires/légers déplaçables et transportables – Aide aux sinistrés des inondations".

Suivant ce cahier spécial des charges :

“ Cet accord vise à constituer une liste de participants ayant la capacité de proposer à la vente des modules d'habitats légers – modulaires, containers, *tiny house*... déplaçables et transportables pour venir en aide aux sinistrés des inondations. (...) Les marchés (commandes) subséquents sont des marchés de fourniture au sens de l'article 2, 20 ° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics” [...].

L'accord est prévu pour une durée de 4 ans et porte sur trois lots :

- lot 1 : acquisition d'habitat modulaire/léger comportant une chambre ;
- lot 2 : acquisition d'habitat modulaire/léger comportant deux chambres ;
- lot 3 : acquisition d'habitat modulaire/léger comportant trois chambres.

La quantité indicative fournie est de 1.000 unités par lot.

Le cahier spécial des charges prévoit encore que :

“ Toute correspondance ou renseignement relatifs au marché peuvent être adressées à l'attention de M^{me} [M.-C. D.] ou [S. B.] pour les clauses administratives et à [F. D.] ou [A. S.] pour les clauses techniques” [...];

“ Le présent accord-cadre sera conclu entre la SWL et l'ensemble des participants ayant remis une offre régulière et conforme.

Il a pour but de permettre aux sociétés de logement, communes et des cpas adhérents d'acquérir des habitats modulaires/légers déplaçables et transportables – voir prescriptions techniques.
L'ensemble des termes de l'accord est fixé dans le présent cahier. Il n'y aura donc pas de remise en concurrence des participants” [...] ;

“ Chaque lot se verra doté de 30 participants ayant remis une offre régulière. Ces participants seront classés en fonction des points attribués à leur offre. Les 30 participants seront ceux les mieux classés suivant le critère d'attribution prévu.
Pour ce qui concerne les marchés subséquents, à conclure par les sociétés de logement de service public, par les communes et par les cpas, ils seront attribués par ordre de classement.
Les marchés subséquents seront confiés aux participants, par commandes successives, selon le système de cascade suivant :
En fonction du classement de leur offre lors de leur attribution, les entités utilisatrices adressent la commande au 1^{er} classé. Ce dernier accepte la commande dans les 24h après l'envoi (en cas de jour férié/dimanche, il est reporté au jour ouvrable suivant). En cas de refus (incapacité à respecter les délais de réalisation de la mission ou absence de réponse), la commande sera annulée et les entités utilisatrices procèdent à la commande auprès du prestataire classé 2^{ème} et ainsi de suite” [...].

2.- La requérante a déposé une offre pour le lot 1 de cet accord-cadre [...].

3.- Le 20 septembre 2021, Madame [S. B.] de la SWL, adresse à la requérante un *mail* qui se lit comme suit :

“ Bonjour,

Vérification faite auprès de Télémarc, votre société aurait une dette de 33.083,19€ à ce jour.

Comme le prévoit la loi de 2016, il vous est possible soit de démontrer que vous disposez d'un plan d'apurement respecté, soit que vous disposez de créances à l'égard d'autres pouvoirs adjudicateurs soit que vous vous êtes mis en ordre dans les 5 jours ouvrables (voir article 68 ci-dessous).

‘ Art. 68. § 1^{er}. Sauf exigences impératives d'intérêt général et sous réserve des cas mentionnés au paragraphe 3, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, la participation à une procédure, d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale sauf :

1° lorsque le montant impayé ne dépasse pas le montant à fixer par le Roi (soit 3.000€) ; ou

2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Ces créances s'élèvent au moins à un montant égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales ou sociales. Ce dernier montant est diminué du montant fixé par le Roi en exécution de la disposition du 1°.

Lorsqu'il constate que les dettes fiscales et sociales dépassent le montant mentionné à l'alinéa 1^{er}, 1°, le pouvoir adjudicateur demande au candidat ou au soumissionnaire s'il se trouve dans la situation mentionnée à l'alinéa 1^{er}, 2°.

Le pouvoir adjudicateur donne cependant l'opportunité à tout opérateur économique de se mettre en règle avec ces obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce après avoir constaté une première fois que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences. A partir de cette constatation, le pouvoir adjudicateur laisse à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la

preuve de sa régularisation. Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise. Ce délai commence à courir le jour qui suit la notification. Pour le calcul de ce délai, le règlement n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, n'est pas d'application.

§ 2. Le Roi détermine les dettes fiscales et sociales à prendre en considération ainsi que les modalités additionnelles en la matière.

§ 3. Le présent article ne s'applique plus lorsque le candidat ou le soumissionnaire a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échü ou les éventuelles amendes pour autant que ce paiement ou la conclusion de cet accord contraignant se soit déroulé avant l'introduction d'une demande de participation, ou, en procédure ouverte, avant le délai d'introduction des offres'.

Comme cette possibilité vous a été laissée mardi dernier, cela vous laisse normalement jusqu'à demain soir pour régulariser.

Cordialement" [...].

3.- Le 23 septembre 2021, la requérante adresse à Madame [S. B.] la preuve du règlement de sa dette fiscale [...].

4.- Le 5 octobre 2021, la partie adverse notifie à la requérante sa décision du 2 octobre 2021 qui écarte son offre pour le motif suivant :

“ Que l'analyse des offres montre que certaines doivent être écartées pour les motifs suivants :

(...) – La société JUMATT pour ne pas avoir pu prouver l'existence d'un plan d'apurement ou d'une créance sur un/des pouvoir(s) public(s) ou à défaut, à s'être mise en ordre dans les 5 jours ouvrables comme le prévoit l'article 68 de la loi du 17/06/2016 pour sa dette fiscale. Ce soumissionnaire entre dès lors dans un cas d'exclusion et est donc écarté” [...].

Par ailleurs, aux termes de cette décision d'attribution telle que rectifiée par décision du 5 octobre 2021, il résulte que 16 participants sont retenus pour le lot 1 ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de « la violation de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 [relative aux marchés publics], des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de l'erreur en fait de la motivation et de la violation du principe de bonne administration ».

Elle conteste le motif de l'acte attaqué, selon lequel elle ne se serait pas « mise en ordre dans les 5 jours ouvrables comme le prévoit l'article 68 de la loi du 17/06/2016 pour sa dette fiscale » en sorte que « ce soumissionnaire entre dès lors dans un cas d'exclusion et est donc écarté ». Elle expose que l'article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 permet à l'opérateur économique de fournir la

preuve de la régularisation de sa situation dans un délai de cinq jours ouvrables suivant la notification de la constatation de l'existence d'une dette fiscale, qu'à la suite du *mail* du 20 septembre 2021 lui adressé par la partie adverse, la requérante a répondu, le 23 septembre 2021, en apportant la preuve du paiement d'un montant de 33.083,19 euros correspondant à la dette fiscale « dont question dans ce *mail* », qu'elle « a donc manifestement fourni la preuve de sa régularisation dans les 5 jours ouvrables suivants la notification » et que « [p]artant, l'acte attaqué méconnaît les faits rapportés par le dossier administratif et contient une motivation inadéquate quant à l'application de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016, dès lors que son auteur n'a pas pris soin de constater que la requérante s'était bel et bien acquittée de ses obligations dans les 5 jours ouvrables de sa notification ».

À l'audience, la requérante explique qu'il faut se placer au moment où la partie adverse a statué, que celle-ci a, après le dépôt des offres, constaté, sur la plateforme Télémarch, l'existence d'une dette fiscale de 33.083,19 euros dans le chef de la requérante, qu'elle lui a envoyé un courriel le 20 septembre 2021 pour faire application de l'article 68 de la loi du 17 juin 2016, qu'à la réception de ce courriel, la requérante n'a pas compris comment une telle attestation avait pu être délivrée dès lors qu'elle est fiscalement en règle, qu'elle a cependant fait le lien avec une contrainte que lui a adressée l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA du Grand-Duché de Luxembourg (dont les montants correspondent mais dont elle conteste le bien-fondé), que, pour ne pas compromettre son accès au marché litigieux, elle s'est résolue à payer la somme mentionnée dans cet acte (en reprenant sur le virement le numéro de matricule en communication de paiement) et qu'elle a envoyé la preuve de ce paiement à la partie adverse par courriel du 23 septembre 2021. Elle fait valoir que l'acte attaqué contient une motivation stéréotypée, dès lors qu'elle ne fait aucune mention de cette preuve de paiement alors qu'il appartenait à la partie adverse de se positionner par rapport à son envoi du 23 septembre.

Elle renvoie aussi, lors des plaidoiries, à son courriel qu'elle a, la veille de l'audience, adressé au Conseil d'État à la suite de la communication du même jour de la partie adverse d'une nouvelle attestation Télémarch du 4 novembre 2021. Elle indique que, selon cette attestation, elle ne serait toujours pas en ordre en ce qui concerne ses dettes fiscales alors qu'elle a elle-même reçu une attestation du 28 octobre 2021 du SPF Finances suivant laquelle elle n'est, à cette date, redevable d'aucune dette fiscale. Elle en déduit que l'application Télémarch pose des difficultés, dès lors que « cette application belge ne devrait pas reprendre des éléments extraterritoriaux » et que « sa gestion est défaillante » puisque l'application « continue d'afficher une dette fiscale [...] alors que le SPF Finances atteste, 6 jours plus tôt, qu'il n'existe pas de dette fiscale ».

IV.2. *Appréciation du Conseil d'État*

La requérante ne conteste pas que la partie adverse devait procéder à la vérification de sa situation fiscale sur la base des attestations disponibles *via* l'application Télémarch, conformément à l'article 63, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Elle ne conteste pas non plus que, dès lors que l'attestation fournie par l'application Télémarch indiquait l'existence d'une dette fiscale supérieure à 3000 euros, la partie adverse devait l'interroger et notamment lui offrir l'opportunité de se mettre en règle dans le cours de la procédure de passation, en lui laissant « un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation » (article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

Dans sa requête, la requérante se limite à affirmer que, contrairement aux mentions de l'acte attaqué, elle a, dans son courriel du 23 septembre 2021, bien apporté la preuve du paiement de la somme de 33.083,19 euros correspondant à la dette fiscale dont question dans le courriel du 20 septembre 2021 que lui a adressé la partie adverse.

Le courriel du 23 septembre 2021 de la requérante se limite à mentionner que la partie adverse trouvera « en annexe la preuve de paiement de [sa] dette fiscale ». Quant à l'annexe en question, elle ne constitue manifestement pas une preuve admissible au sens de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, un tel document n'est pas de nature à démontrer la régularisation de sa situation fiscale. Le document indique expressément qu'il ne constitue pas une preuve légale de paiement. Il porte, de plus, la mention « *not sent* », ce qui semble indiquer que le paiement y renseigné n'a pas encore été exécuté. À défaut d'autre explication fournie par la requérante dans son courriel, il n'est pas non plus possible de vérifier que le montant repris sur ce document concerne effectivement la dette fiscale affichée sur l'attestation Télémarch.

Dans ce contexte, la partie adverse a valablement pu considérer que la participation de la requérante à la procédure de passation du marché litigieux devait être exclue « pour ne pas avoir pu prouver l'existence d'un plan d'apurement ou d'une créance sur un/des pouvoirs publics ou à défaut, à s'être mise en ordre dans les 5 jours ouvrables comme le prévoit l'article 68 de la loi du 17/06/2016 pour sa dette fiscale ».

Une telle motivation, même succincte, paraît adéquate et suffisante, au regard du peu d'éléments transmis par la requérante dans son courriel du 23 septembre 2021, lequel se limite à renvoyer à un document qui ne constitue

manifestement pas la preuve de la régularisation de sa situation fiscale, tel que le prévoit l'article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016.

Les explications fournies à l'audience par la requérante concernant l'origine luxembourgeoise de sa dette fiscale, la contestation de celle-ci, la preuve de son paiement (*via* la production, la veille de l'audience, d'un extrait de compte), l'attestation du 28 octobre 2021 certifiant, qu'à cette date et donc postérieurement à l'adoption de l'acte attaqué, la requérante n'était redevable vis-à-vis du SPF Finances d'aucune dette fiscale supérieure à 3000 euros et les éventuelles défaillances de l'application Télémarch n'ont pas été portées à la connaissance de la partie adverse préalablement à l'adoption de l'acte attaqué. De tels éléments ne sont pas de nature à remettre en cause le motif de cette décision qui constate que la requérante n'a pas, conformément à l'article 68 de la loi du 17 juin 2016, apporté, dans les cinq jours ouvrables, la preuve de la régularisation de la dette fiscale renseignée sur l'application Télémarch. La requérante ne démontre pas qu'en décidant de l'exclure, pour ce motif, de la procédure de passation du marché litigieux, la partie adverse aurait « méconn[u] les faits rapportés par le dossier administratif », que l'acte attaqué « contien[dra] une motivation inadéquate quant à l'application de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 » ou que la partie adverse « n'a[urait] pas pris soin de constater que la requérante s'était bel et bien acquittée de ses obligations dans les 5 jours ouvrables de sa notification ».

Le moyen unique n'est pas sérieux.

V. Confidentialité

La requérante sollicite que l'offre améliorée qu'elle a déposée le 22 septembre 2021 dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux soit couverte par la confidentialité, en application de l'article 26 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, afin de préserver le secret des affaires. Il s'agit de la pièce 2 annexée à sa requête.

La partie adverse formule la même demande pour l'offre déposée par la requérante le 26 août 2021 et son offre améliorée du 22 septembre 2021. Il s'agit des « pièces confidentielles » A et B 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.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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.

Les pièces A et B du dossier administratif et la pièce 2 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 18 novembre 2021 par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret