

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

n° 259.212 du 21 mars 2024

A. 241.305/VI-22.770

En cause : **A.**,
ayant élu domicile chez
M^c Thomas CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill 253 bte 40
1180 Bruxelles,
également assistée et représentée par
M^c Bernard DENAMUR, avocat,

contre :

l'Office National de Sécurité Sociale,
ayant élu domicile chez
M^{es} Mathieu LEYSEN et
Gauthier ERVYN, avocats,
avenue Hermann-Debroux 40
1140 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 février 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 22 décembre 2023 d'écarter son offre pour les 3 lots du marché public de services de nettoyage et d'attribuer ces 3 lots comme suit :

Lot 1 à la société Goup Cleaning pour une valeur de 546.736,37 EUR/an ;

Lot 2 à la société Itzu Cleaning pour une valeur de 43.871,14 EUR/an ;

Lot 3 à la société Kose Cleaning pour une valeur de 70.396,72 EUR/an ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 mars 2024.

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, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Thomas Cambier et Bernard Denamur, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Matthieu Leysen et Gauthier Ervyn, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, premier 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. À la fin du mois de novembre 2022, un avis de marché de services est publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Il a pour objet le « nettoyage de locaux administratifs » de la partie adverse. Il est divisé en trois lots, en fonction du lieu de la prestation de services.

Le marché est passé par procédure ouverte et sa valeur totale estimée dépasse les seuils de publicité européenne.

2. Huit soumissionnaires déposent offre pour ce marché, dont la requérante qui remet offre pour les trois lots du marché.

3. Le 26 mai 2023, la partie adverse interroge les soumissionnaires, dans le cadre de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion, sur les procès-verbaux dont ils ont fait l'objet pour diverses infractions en matière de non-respect des dispositions de droit social. Les soumissionnaires sont invités à adresser, dans un délai de 14 jours francs, « [l]e relevé des infractions constatées depuis 2019 et les mesures correctrices prises », « [l]'existence de procédures pénales en cours relatives aux manquements énumérés aux articles 67 et 69 de la loi du [17] juin 2016

relative aux marchés publics » ainsi que « [l]’existence de condamnation[s] coulée[s] en force de chose jugée relatives à ces mêmes manquements ».

4. Par un courrier du 7 juin 2023, la requérante répond qu’elle travaille, chez certains clients, en collaboration avec des sous-traitants pour lesquels elle a « reçu des infractions les concernant » et que les « infractions constatées à son égard » sont des « infractions mineures qui reprennent entre autres l’absence de publication des horaires de travail ou de déclaration préliminaire de travaux ». Elle ajoute que « pour répondre à ces injonctions mineures et éviter leur répétition », elle a mis en place « une sensibilisation de [sa] ligne hiérarchique » et un « document intitulé “feuille de dérogation” à l’horaire normal de travail ». Elle indique également qu’elle « a décidé d’arrêter toute collaboration » avec les sous-traitants à l’égard desquels des infractions ont été constatées et qu’à ce jour, il n’y a, à sa connaissance, « pas de condamnation coulée en force de chose jugée relative à ces manquements ».

La requérante joint, en annexe de son courrier, un tableau reprenant le relevé de plusieurs infractions. Pour chacune d’entre elles, sont renseignés la date et le lieu de leur constatation, l’objet de l’infraction, le numéro de procès-verbal correspondant et les mesures correctrices que la requérante déclare avoir prises. Sont également indiquées, pour la plupart des infractions, les « personnes concernées » avec le sigle « ST » pour signaler – apparemment – l’implication d’un sous-traitant.

La dernière ligne de ce tableau contient les renseignements suivants :

17-10-22	Pas de dimona - Pas de permis de travail	Ronse		GE.069.113.004895.22	Sensibilisation de la ligne hiérarchique et rappels aux ouvriers via les fiches de paie
----------	--	-------	--	----------------------	---

Pour ce constat d’infractions, la « personne concernée » (ST ou autre) n’est pas mentionnée.

5. Le 22 décembre 2023, l’administrateur général de la partie adverse signe un document intitulé « décision d’attribution ».

Pour ce qui concerne les motifs d’exclusion, il est notamment relevé que « plusieurs soumissionnaires ont commis des infractions au droit social durant les trois dernières années précédant la date de dépôt des offres, constituant des motifs d’exclusion facultatifs au sens de l’article 69, al. 1^{er}, 1°, de la loi du 17 juin 2016 », que « [d]e plus, un soumissionnaire, [la requérante], a commis une infraction

d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, laquelle est constitutive de motif d'exclusion obligatoire au sens de l'article 67, § 1^{er}, al. 1^{er}, 7^o, de la même loi », que, par courrier du 26 mai 2023, les soumissionnaires ont été invités à communiquer le relevé des infractions constatées depuis 2019, les mesures correctrices qui ont été prises et l'existence de procédures pénales en cours, et qu'à la suite de ce courrier, les soumissionnaires ont fourni diverses réponses, dont le contenu est relaté.

Concernant la requérante, l'administrateur général de la partie adverse indique ce qui suit :

« Par courrier du 7 juin 2023, ce soumissionnaire a communiqué les infractions dont elle a fait l'objet, soutenant que celles-ci seraient dues à la faute de sous-traitants.

La liste des procès-verbaux transmis fait apparaître 8 infractions constatées par 5 procès-verbaux. Les infractions sont de niveaux 2 à 4 et constituent des motifs d'exclusion facultatifs. Ils ont fait l'objet de mesures correctrices, détaillées par [la requérante] dans son courrier. Ces mesures correctrices sont suffisantes, eu égard au caractère de gravité modérée des infractions.

Après analyse, l'ONSS constate toutefois que ce soumissionnaire n'a pas donné une information complète sur sa situation.

En effet, [la requérante] a fait l'objet d'un procès-verbal n° GE.069.I3.004895.2 du 21/10/2022 relatif à l'occupation d'un ressortissant de pays tiers en séjour illégal en date du 17/10/2022. Cette infraction est un motif d'exclusion obligatoire au sens de l'article 67, § 1^{er}, al. 1^{er}, 7^o, de la loi du 17 juin 2016. Il s'agit d'une infraction particulièrement grave en droit social, de niveau 4.

Conformément à l'article 70, § 2, de la loi, le soumissionnaire doit signaler d'initiative dans son offre les mesures correctrices qui couvrent les motifs d'exclusion obligatoires, ce [que la requérante] n'a pas fait. Qui plus est, alors qu'elle a été interrogée sur les infractions qu'elle a commises et a eu une seconde occasion de détailler les éventuelles mesures correctrices adoptées, [la requérante] n'a pas déclaré cette infraction grave et n'a justifié aucune mesure correctrice à cet égard.

Eu égard à la haute gravité de cette infraction, de niveau 4, laquelle constitue une mesure d'exclusion obligatoire qui n'a fait l'objet d'aucune mesure correctrice, l'offre [de la requérante] doit être écartée. [La requérante] ne peut être invitée une seconde fois à transmettre des mesures correctrices pour cette infraction, pour laquelle elle aurait déjà dû être transmise d'initiative.

[...]

D. Conclusion

Considérant ces éléments, [la requérante] se trouve dans un motif d'exclusion obligatoire qui n'est pas couvert par des mesures correctrices. Son offre doit être écartée et l'analyse de l'offre de ce soumissionnaire s'arrête dès lors à ce stade.

Les autres soumissionnaires [...] ne se trouvent pas en situation de motifs d'exclusion ou, pour certains, uniquement en situation de motifs d'exclusion

facultatifs et ont adopté des mesures correctrices adéquates. Ils ne doivent pas être exclus du marché ».

À la fin de ce document, sous le titre « [d]écision d'attribution », les offres régulières les plus avantageuses sont identifiées pour les trois lots. Il est précisé que « l'attribution du marché est soumis[e] pour approbation au comité de gestion ».

6. Le 26 janvier 2024, le comité de gestion de la partie adverse « approuve le document présenté ».

IV. Précision quant à l'objet de la demande

La présente demande est dirigée contre la « décision de la partie adverse du 22 décembre 2023 ». Il s'agit du seul acte qui a été communiqué à la requérante. Dans le courrier de notification de la décision d'attribution, la partie adverse présente celui-ci comme étant la « décision motivée de l'ordonnateur compétent ».

La partie adverse fait valoir qu'il ne s'agirait, en réalité, que d'une proposition de décision émanant de son administrateur général, proposition qui, le 26 janvier 2024, a été approuvée – ou entérinée – par le comité de gestion, seul organe compétent au sein de l'ONSS pour attribuer le marché litigieux.

Au vu des explications fournies par la partie adverse, il y a lieu de considérer que la demande de suspension est également dirigée contre la décision du 26 janvier 2024 précitée.

V. Recevabilité de la demande de suspension

V.1. Thèses des parties

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité de la demande introduite, en affirmant que la requérante ne dispose pas d'un intérêt légitime à agir. La partie adverse expose qu'en vue d'obtenir le marché, la requérante a, à deux reprises, fourni des renseignements inexacts sur sa situation quant aux motifs d'exclusion puisqu'elle a manqué, d'initiative dans son offre et sur interpellation de la partie adverse, de déclarer l'infraction d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, constitutive du motif d'exclusion obligatoire visé à l'article 67, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle soutient que ces renseignements inexacts ont été fournis sciemment, dès lors que la

requérante savait pertinemment qu'elle avait commis ladite infraction. Ainsi, selon la partie adverse, l'engagement de la requérante à exécuter le marché repose, tout entier, sur des renseignements inexacts fournis sciemment et qui ont pour conséquence d'éclipser le fait qu'elle a commis une infraction pénale et administrative particulièrement grave.

La requérante conteste, à l'audience, l'affirmation selon laquelle elle aurait sciemment, c'est-à-dire avec une volonté de tromper ou dans une intention frauduleuse, caché des informations concernant les motifs d'exclusion. Elle souligne qu'elle a bien renseigné le procès-verbal litigieux dans le tableau annexé à son courrier du 7 juin 2023. Elle ajoute qu'elle n'a fait l'objet d'aucune condamnation pour cette infraction, que les membres de son personnel n'ont pas encore été auditionnés pour ces faits et que l'auditorat du travail a confirmé, dans le courant du mois de décembre 2023, qu'aucune décision n'avait encore été prise dans ce dossier.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Il n'est pas contesté que le marché litigieux est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni que le régime applicable à la présente demande est celui 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. Les dispositions des lois et arrêtés relatifs au Conseil d'État ne s'appliquent qu'à titre supplétif, dans la mesure où la loi du 17 juin 2013 n'y déroge pas (article 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013).

Les conditions de recevabilité de la présente demande de suspension sont fixées à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013. Cette disposition prévoit que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

La partie adverse ne démontre pas que la requérante ne justifierait pas d'un intérêt (légitime) à « obtenir » le marché, au sens des dispositions légales précitées.

D'une part, le Conseil d'État n'est pas compétent pour constater que la requérante a commis l'infraction que la partie adverse lui reproche de ne pas avoir

signalée. Cette infraction a, pour l'heure, fait l'objet d'un procès-verbal tandis que l'enquête suit apparemment son cours. Du reste, le fait pour un soumissionnaire d'être frappé d'un motif d'exclusion obligatoire ne permet pas de conclure que celui-ci ne pourrait, en aucun cas, se voir attribuer le marché. Même dans cette hypothèse, le soumissionnaire concerné doit pouvoir établir qu'il a pris les mesures correctrices suffisantes afin de démontrer sa fiabilité et il revient, en premier lieu, au pouvoir adjudicateur de décider du caractère suffisant des preuves apportées.

D'autre part, le fait qu'un soumissionnaire se rende coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements inexacts concernant les motifs d'exclusion, cache des informations ou fournisse des informations trompeuses constitue, le cas échéant, un motif d'exclusion facultatif, visé à l'article 69, alinéa 1^{er}, 8^o ou 9^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Ces manquements n'entraînent l'écartement du soumissionnaire concerné que si le pouvoir adjudicateur décide de faire application de ces motifs d'exclusion et pour autant que le soumissionnaire n'apporte pas la preuve qu'il a pris les mesures correctrices suffisantes afin de démontrer sa fiabilité.

Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur en décidant qu'en présence des motifs d'exclusion précités, le soumissionnaire concerné ne justifierait pas d'un intérêt (légitime) à obtenir le marché, au sens des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013.

L'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie.

VI. Moyen unique de la requête

VI.1. Thèse des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation de la Constitution notamment de ses articles 10, 11 (égalité et proportionnalité) et 33 (motivation matérielle et exercice d'un pouvoir d'appréciation)□; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics notamment de ses articles 4 (égalité et proportionnalité), 66 (demande d'informations) 67 (causes d'exclusion obligatoire), 69 (causes d'exclusion facultative), 70 (mesures correctrices) et 73 (demande d'informations) ; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés

publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 34 (rectification des erreurs purement matérielles) et 59 (demande d'informations)□; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs notamment de ses articles 2 et 3 (motivation formelle)□; 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 notamment de ses articles 4, 5 et 8 (motivation formelle)□; des principes généraux du droit, notamment des principes d'égalité, de non-discrimination, de proportionnalité et les devoirs de prudence et de minutie ainsi que de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse.

Elle soutient que l'acte attaqué procède d'une erreur manifeste d'appréciation et qu'il viole les dispositions énoncées au moyen, en ce que la partie adverse l'exclut du marché au motif que dans son courrier du 7 juin 2023, elle aurait omis de mentionner le PV n° GE.069.I3.004895.22 du 21 octobre 2022 et d'indiquer les mesures correctrices liées à ce PV.

Elle affirme que ce PV d'infraction était mentionné dans l'annexe à son courrier du 7 juin 2023 et que ce courrier indiquait les mesures correctrices qui ont été prises, sachant que les mêmes mesures correctrices ont été jugées satisfaisantes pour d'autres PV et pour les mêmes infractions. Selon elle, la seule erreur dans un seul chiffre du numéro de PV ne permettait pas d'exclure l'offre pour ce motif et il était clair qu'il s'agissait du même PV. Ainsi, la partie adverse n'a pas examiné les mesures correctrices proposées et sa décision repose sur une motivation inexacte et incomplète.

Elle ajoute que la seule circonstance qu'il serait question de causes d'exclusion obligatoires et qu'il n'en était pas fait état directement dans l'offre est sans incidence et ne pourrait constituer un motif suffisant pour écarter l'offre dès lors que :

- plusieurs soumissionnaires étaient dans cette situation et la partie adverse les a invités à se justifier;
- d'autres soumissionnaires concernés pas des causes d'exclusion obligatoires ont été sélectionnés sur la base des mesures correctrices présentées après le dépôt des offres;
- pour la requérante, des mesures correctrices identiques ont été admises pour les autres PV.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse rappelle les dispositions légales et contractuelles applicables. Elle résume son argumentation comme il suit :

« [...] »

- C'est à bon droit que la partie adverse a, dans l'acte attaqué, décidé d'exclure la requérante de la participation à la procédure de passation, dès lors qu'elle n'avait pas fourni une information complète sur sa situation relative aux motifs d'exclusion.
- En application des articles 67 et 70 de la loi du 17 juin 2016, la partie adverse n'a pu que constater que la requérante ne signalait pas de mesures correctrices s'agissant de l'infraction d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal constitutive d'un motif d'exclusion obligatoire.
- En premier lieu, la requérante n'a pas signalé d'initiative au début de la procédure, soit dans son offre, si elle avait pris des mesures correctrices de nature à démontrer sa fiabilité malgré l'existence en son chef du motif d'exclusion obligatoire.
 - o Il apparaît, en conséquence, que la requérante a transmis des informations inexactes sur sa situation.
- En deuxième lieu, sur interpellation de la partie adverse, la requérante n'a pas davantage signalé, dans son courrier du 7 juin 2023, l'existence éventuelle de telles mesures correctrices, ni déclaré l'infraction litigieuse.
 - o La requérante n'y a pas davantage fait état du PV de constatation d'infractions incluant l'infraction litigieuse.
 - En effet, le numéro du PV indiqué à la dernière ligne du tableau joint au courrier du 7 juin 2023 ne correspondait pas à celui du PV dont la partie adverse a eu connaissance.
 - Les infractions mentionnées à la même ligne de ce tableau ne correspondaient pas davantage à celles constatées dans ledit PV, ce que la requérante passe totalement sous silence encore une fois.
 - Le tableau de la requérante mentionnait, à cet endroit, les infractions suivantes "Pas de Dimona – Pas de permis de travail" (DA, pièce S), alors que le PV produit en pièce X constate les infractions suivantes :
 - "geen of geen correcte Dimona-aangifte bij indiensttreding"
 - Teverkstelling van een buitenlandse onderdaan zonder verblijfsvergunning.
 - o Il apparaît, en conséquence, que la requérante a, pour la deuxième fois et sciemment, transmis des informations inexactes sur sa situation.
 - o L'appréciation de la partie adverse est encore plus irréprochable que le présent marché est un marché de services dans un secteur sensible à la fraude, dès lors qu'il a pour objet des activités de nettoyage, en application des dispositions suivantes :
- En troisième lieu, contrairement à ce que la requérante soutient, la partie adverse n'était pas tenue d'interroger (une deuxième fois) la requérante sur sa situation quant aux motifs d'exclusion.
 - o La thèse de la requérante qui revient à dire qu'elle aurait dû bénéficier d'une troisième possibilité pour signaler les éventuelles mesures correctrices qu'elle avait, par deux fois déjà, manqué d'annoncer ne saurait pas être suivie.
- En quatrième lieu, c'est à tort que la requérante prétend que la partie adverse aurait manqué au respect dû à l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.
 - o L'erreur purement matérielle dont la requérante se prévaut n'est pas « dans son offre » mais dans un courrier postérieur à celle-ci.

- o Il est admis que la responsabilité du pouvoir adjudicateur n'est pas engagée pour les erreurs qu'il n'a pas décelées dans les offres des soumissionnaires.
- o L'erreur dont la requérante se prévaut n'est pas une « erreur dont la réalité ne prête à aucune discussion », dès lors qu'il existait, à tout le moins, une double divergence (numéro de PV et infractions indiquées) entre la dernière ligne du tableau de la requérante et le PV dont la partie adverse a eu connaissance.
- En cinquième lieu, la partie adverse a fait preuve, en cette affaire, de prudence et de minutie vis-à-vis de la requérante, en particulier en interrogeant la requérante sur sa situation quant aux motifs d'exclusion.
 - o Du reste, le moyen manque en droit sous l'angle de la violation des devoirs de prudence et de minutie ».

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

L'article 67 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

- « § 1^{er}. Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure que ce soit, un candidat ou un soumissionnaire de la participation à la procédure de passation, lorsqu'il a établi ou qu'il est informé de quelque autre manière que ce candidat ou ce soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes :
- [...]
- 7° occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.
- Le Roi peut préciser les infractions visées à l'alinéa 1^{er} de manière plus détaillée. Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur exclut le candidat ou le soumissionnaire qui a occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée et ce, dès l'instant où cette infraction a été constatée par une décision administrative ou judiciaire, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social. Cette dérogation ne fait pas obstacle à la possibilité, visée à l'article 70, pour le candidat ou soumissionnaire d'invoquer le cas échéant des mesures correctrices.
- [...]
- § 2. [...]
- L'exclusion mentionnée au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 7°, de la participation aux marchés publics, s'applique uniquement pour une période de cinq ans à partir de la fin de l'infraction.
- [...] ».

L'article 69 de la même loi prévoit ce qui suit :

- « Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :
- 1° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7 ;

[...]

8° le candidat ou le soumissionnaire s'est rendu gravement coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 73 [...] ou

9° le candidat ou le soumissionnaire a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1^{er} s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

[...] ».

L'article 70 de la même loi dispose comme il suit :

« § 1^{er}. Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 67 ou 69 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

À cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

[...]

§ 2. Pour les motifs d'exclusion visés à l'article 67, le candidat ou le soumissionnaire signale d'initiative s'il a pris les mesures correctrices visées au paragraphe 1^{er} au début de la procédure.

Le pouvoir adjudicateur signale dans les documents du marché que le présent paragraphe est d'application.

§ 3. Lorsque le pouvoir adjudicateur envisage d'invoquer un motif d'exclusion visé à l'article 69, il donne au candidat ou au soumissionnaire la possibilité de présenter les mesures correctrices visées au paragraphe 1^{er} au cours de la procédure de passation. Il en va de même si le candidat ou le soumissionnaire concerné n'a pas fait référence aux mesures correctrices dans son Document unique de marché européen visé à l'article 73.

Le pouvoir adjudicateur peut déroger à l'alinéa 1^{er} dans les documents du marché et ainsi exiger que les mesures correctrices soient communiquées à l'initiative du candidat ou du soumissionnaire au début de la procédure de passation. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché les motifs d'exclusion visés à l'article 69 pour lesquels cette dérogation s'applique et peut en préciser la portée. Toutefois, l'alinéa 1^{er} s'applique si le candidat ou le

soumissionnaire ne peut déterminer si le motif d'exclusion que le pouvoir adjudicateur entend invoquer est applicable eu égard aux informations reprises à l'article 69 et dans les documents du marché ».

La décision d'exclure la requérante de la procédure de passation du marché litigieux est fondée sur le constat que celle-ci « n'a pas donné une information complète de sa situation » dès lors qu'elle n'a pas déclaré une infraction particulièrement grave (de niveau 4) constatée dans le procès-verbal n° « GE.069.I3.004895.2[2] » et relative à l'occupation d'un ressortissant de pays tiers en séjour illégal en date du 17 octobre 2022, alors qu'il s'agit d'un motif d'exclusion obligatoire, au sens de l'article 67, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016. Elle reproche à la requérante de ne pas avoir signalé d'initiative, dans son offre, les mesures correctrices qui couvrent les motifs d'exclusion obligatoires, conformément à ce que prévoit l'article 70, § 2, de la loi et, alors qu'elle a été interrogée, après le dépôt de son offre, sur les infractions commises, de ne pas avoir déclaré cette infraction et de n'avoir « justifié aucune mesure correctrice à cet égard ». La partie adverse conclut qu' « eu égard à la haute gravité de cette infraction, de niveau 4, laquelle constitue une mesure d'exclusion obligatoire qui n'a fait l'objet d'aucune mesure correctrice, l'offre [de la requérante] doit être écartée », en précisant que « [la requérante] ne peut être invitée une seconde fois à transmettre des mesures correctrices pour cette infraction ».

L'article 70, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 qui impose au candidat ou au soumissionnaire, qui est frappé par un motif d'exclusion obligatoire, de signaler, au début de la procédure, d'initiative s'il a pris les mesures correctrices suffisantes pour démontrer sa fiabilité, n'est pas visé dans les documents du marché alors que l'alinéa 2, du même paragraphe, exige que « [l]e pouvoir adjudicateur signale dans les documents du marché que [ce] paragraphe est d'application ». Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, il ne suffit pas *prima facie* de mentionner dans le cahier spécial des charges qu'il est recouru au DUME comme preuve *a priori* pour confirmer que l'opérateur économique ne se trouve pas dans l'une des situations d'exclusion visées aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 ni de faire figurer, dans l'encadrement du DUME réservé aux « motifs d'exclusion purement nationaux », la question de savoir si l'opérateur économique a pris les mesures pour démontrer qu'il est fiable. À défaut, dans les documents du marché, d'un renvoi exprès à l'article 70, § 2, de la loi ou d'une indication claire, précise et univoque de l'existence de l'obligation d'apporter, dans les offres, les mesures correctrices, il n'apparaît pas *prima facie* que le non-respect de cette obligation puisse justifier, à lui seul, l'exclusion de la requérante. C'est d'autant plus le cas que

la partie adverse a, comme elle le souligne elle-même, « donné [à la requérante] une seconde occasion de détailler les éventuelles mesures correctrices adoptées ».

Par ailleurs, le motif selon lequel la requérante n'a, à la suite du courrier de la partie adverse du 26 mai 2023, pas déclaré l'infraction grave de niveau 4 relative à l'occupation d'un ressortissant de pays tiers en séjour illégal et n'a justifié aucune mesure correctrice paraît insuffisant et inadéquat. D'une part, l'annexe au courrier de la requérante du 7 juin 2023 renseigne bien le PV litigieux, à un chiffre près (erreur purement matérielle). La partie adverse ne peut sérieusement soutenir qu'il ne s'agirait pas du même PV, alors que la requérante prend soin de mentionner les date et lieu du constat de l'infraction ainsi que les faits qui lui sont reprochés, même s'ils sont partiellement autrement qualifiés (« pas de Dimona » et « pas de permis de travail » au lieu de « pas de déclaration ou pas de déclaration correcte Dimona lors de l'entrée en service » et « mise au travail d'un ressortissant étranger sans titre de séjour »). D'autre part, il ressort des pièces confidentielles du dossier que, pour un autre soumissionnaire, la partie adverse, qui dispose des PV d'infractions en droit social, s'est satisfaite de l'envoi d'une liste de numéros de PV non accompagnée d'un relevé des infractions commises ni des circonstances de leur constat. Enfin, dans son courrier de réponse du 7 juin 2023, la requérante renseigne bien les mesures correctrices qu'elle a adoptées pour les infractions relatives au PV « GE.069.I[3.004895.22 ».

La circonstance que l'infraction visée est particulièrement grave et que le constat d'une telle infraction constitue un motif d'exclusion obligatoire ne permet pas d'écarter le soumissionnaire concerné, sans procéder, au préalable, à l'examen des mesures correctrices proposées. De même, le fait que la requérante n'a pas donné une information complète de sa situation – en affirmant qu'elle n'est concernée que par des infractions mineures – ne suffit pas à l'exclure automatiquement du marché, sans autre examen. D'une part, il appartient à la partie adverse de vérifier si l'infraction litigieuse est bien imputable à la requérante, ce qui est contesté par cette dernière en termes de plaidoiries. D'autre part, comme il a déjà été exposé dans le cadre de la recevabilité de la demande, se rendre gravement coupable de fausses déclarations comme cacher des informations ou fournir des informations trompeuses constitue des motifs d'exclusion facultatifs, en présence desquels le pouvoir adjudicateur peut – mais ne doit pas – décider d'écarter le soumissionnaire, pour autant que ce dernier n'apporte pas la preuve qu'il a pris les mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité.

Les éléments d'appréciation fournis *a posteriori* dans la note d'observations relatifs au fait que la requérante aurait sciemment transmis des informations inexactes ou au caractère insuffisant des mesures correctrices adoptées au vu de la gravité de l'infraction commise sont étrangers à l'acte attaqué, tardifs et ne peuvent dès lors être pris en considération.

Le moyen unique de la requête est sérieux.

La reconnaissance du caractère sérieux de ce moyen suffit à ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que la confidentialité de son offre et des éléments y figurant soit respectée.

La partie adverse formule la même demande pour toutes les offres déposées (pièces A à H du dossier administratif), les différents courriers des soumissionnaires concernant leurs justifications de prix (pièces I à O du dossier administratif) et les motifs d'exclusion (pièces P à V du dossier administratif) ainsi que les différents procès-verbaux d'infractions intéressant la requérante (pièces W à Z 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 suspension de l'exécution de la décision prise par la partie adverse d'exclure la requérante de la procédure de passation du marché public de services ayant pour objet le « nettoyage de locaux administratifs » (cahier spécial des charges DE-468-2022) et d'attribuer les trois lots de ce marché à d'autres soumissionnaires (lot 1 à la société Goup Cleaning pour une valeur de 546.736,37 EUR/an, lot 2 à la société Itzu Cleaning pour une valeur de 43.871,14 EUR/an et lot 3 à la société Kose Cleaning pour une valeur de 70.396,72 EUR/an) est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A à Z du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 21 mars 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,
Adeline Schyns,

conseillère d'État, présidente f.f.,
greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Adeline Schyns

Florence Piret