

Affaire C-387/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

17 mai 2019

Juridiction de renvoi :

Raad van State (Belgique)

Date de la décision de renvoi :

7 mai 2019

Parties requérantes :

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Partie défenderesse :

le Vlaams Gewest (Région flamande)

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

(Conseil d'État, section du contentieux administratif, Belgique ; ci-après la
« juridiction de céans »)

[omissis]

En cause :

1. la BVBA RTS INFRA,

2. la BVBA AANNEMINGSBEDRIJF NORRE-BEHAEGEL,

formant ensemble une société momentanée, ci-après les « parties
requérantes »

[omissis]

contre :

le VLAAMS GEWEST (Région flamande, Belgique),

[omissis]

I. Objet du recours

1. Le recours, introduit le 29 janvier 2017, tend à l'annulation de la décision du 29 novembre 2016 de l'afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen (section des routes et de la circulation de Flandre orientale) de l'Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest (Agence des routes et de la circulation de la Région flamande, ci-après l'« Agence des routes et de la circulation ») par laquelle le marché public de travaux X40/N60/54 concernant le réaménagement du carrefour Nieuwe Steenweg (N60) et des bretelles d'accès et de sortie de l'E17 à De Pinte (Belgique) a été attribué, pour un montant de 7 099 214,69 euros, TVA comprise, à la nv Stadsbader et non pas à la société momentanée bvba RTS Infra - bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel. **[Or. 2]**

II. Déroulement de la procédure

[omissis : mentions procédurales, dont l'une signale que la demande de suspension d'extrême urgence de l'exécution de la décision attaquée a été rejetée par la juridiction de céans dans un arrêt n° 237 029 du 12 janvier 2017]

III. Les faits

3.1. L'Agence des routes et de la circulation, section Flandre orientale, **[Or. 3]** lance une procédure de passation d'un marché public de travaux pour le réaménagement du carrefour Nieuwe Steenweg (N60) et des bretelles d'accès et de sortie de l'E17 à De Pinte.

3.2. Le marché est passé par adjudication ouverte. L'avis de marché est publié le 11 mai 2016 au Bulletin der Aanbestedingen (Bulletin des adjudications) et le 15 mai 2016 dans le Supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

3.3. L'avis de marché rend formellement attentif à l'application des motifs d'exclusion de l'article 61, paragraphes 1 et 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après l'« arrêté royal du 15 juillet 2011 »).

Par ailleurs, une agrégation en classe 8, catégorie C, est indiquée comme exigence minimale en matière de capacité technique.

3.4. Six offres sont déposées, parmi lesquelles celle des parties requérantes, lesquelles forment ensemble une société momentanée.

3.5. Le 13 octobre 2016, la partie défenderesse décide d'exclure les parties requérantes de la participation au marché et d'attribuer celui-ci à la nv Stadsbader, en tant que soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse.

Il s'agit de la décision d'attribution attaquée.

3.6. La motivation contenue dans le rapport d'adjudication, qui est confirmée dans la décision d'attribution, énonce ce qui suit :

« Au titre de l'article 61, paragraphe 2, point 4, de l'[arrêté royal du 15 juillet 2011], le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'exclure un soumissionnaire qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave.

Dans le cadre de l'attribution du présent marché public, le pouvoir adjudicateur écarte la société momentanée Norré Behaegel - RTS au titre de la **[Or. 4]** disposition susmentionnée. Eu égard aux faits, décrits concrètement ci-après, le pouvoir adjudicateur ne peut pas, s'il entend mener une bonne gestion, se lier à la société momentanée Norré - RTS pour le présent marché. En effet, les faits précités ont gravement ébranlé la confiance du pouvoir adjudicateur dans la société momentanée Norré - RTS.

Appréciation pour Norré- Behaegel :

La firme Norré-Behaegel est exclue au titre de fautes graves commises lors de l'exécution du marché « Erpe-Mere (Belgique) N9 Gentssesteenweg/N46 Oudenaardsesteenweg/ N442 Leedsesteenweg (Vijfhuizen, Belgique) » dont le cahier spécial des charges porte le numéro 1M3D 8H/13/12. Dans l'exécution de ce marché, la firme RTS est intervenue comme sous-traitant.

Au cours de l'exécution du marché public [« Erpe-Mere »], en application de l'article 20 du Cahier général des charges joint en annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996, le pouvoir adjudicateur (l'Agence des routes et de la circulation) a dressé 24 procès-verbaux de mise en demeure et 32 procès-verbaux de constatation.

Cinq procès-verbaux de mise en demeure concernent la sécurité et la santé sur le chantier et abordent au total 12 infractions en la matière (parmi lesquelles le fait de ne pas donner suite aux observations du coordinateur de sécurité). Pour ce qui concerne ces procès-verbaux, soit l'adjudicataire n'a fait valoir aucun moyen de défense, soit il a fait valoir des moyens de défense qui ne pouvaient toutefois pas être admis. Tous ces procès-verbaux ont été suivis de l'application d'une pénalité. Dans le cadre du présent marché de travaux à exécuter sur l'autoroute et à des ouvrages d'art, la sécurité et la santé des travailleurs et du personnel du pouvoir adjudicateur constituent pour celui-ci une préoccupation importante. En outre, dans l'évaluation de la présente soumission, le coordinateur de sécurité a constaté que le montant prévu par la société momentanée Norré - RTS pour la sécurité et la santé est « plutôt bas » (le plus bas de tous les soumissionnaires). Les infractions répétées lors de l'exécution du marché [« Erpe-Mere »] et le montant bas prévu pour les mesures de sécurité et de santé dans la présente soumission conduisent dès lors le pouvoir adjudicateur à douter particulièrement de l'exécutant du marché.

Sept procès-verbaux de mise en demeure concernent la signalisation routière des travaux routiers (entre autres, le barrage de routes sans autorisation). Pour ce qui concerne ces procès-verbaux, soit l'adjudicataire n'a fait valoir aucun moyen de défense, soit il a fait valoir des moyens de défense qui ne pouvaient toutefois pas être admis. Tous ces procès-verbaux ont été suivis de l'application d'une pénalité.

Dans le cadre du présent marché, tous les travaux doivent être exécutés sur des autoroutes et des routes principales. Il s'agit de routes où le trafic est intense et où la fluidité de la circulation, la bonne régulation de celle-ci et, à nouveau, la sécurité sont d'une importance cruciale. Les infractions répétées lors de l'exécution du marché public [« Erpe-Mere »] ont pour conséquence [Or. 5] que, sur ce plan, le pouvoir adjudicateur a peu de confiance dans l'exécutant.

Les 32 procès-verbaux de constatation concernent divers aspects techniques de la construction de routes. Les manquements se rapportent à tous les éléments constitutifs possibles de la route, allant des terrassements, des fondations et de l'évacuation des eaux à la pose du revêtement en béton ou en asphalte. Ces infractions ont fait l'objet de pénalités et de réfections pour moins-value. Le présent marché comporte lui aussi, dans une mesure très importante, tous ces aspects, de sorte que le pouvoir adjudicateur doute de la compétence professionnelle de la firme Norré-Behaegel pour l'exécution de tels travaux englobant tous les aspects de la construction de routes.

Appréciation pour RTS :

La firme RTS est exclue au titre de fautes graves commises lors de l'exécution du marché « Dossier TV3V 4083 : N35 Gaversesteenweg – Driesstraat – N494 Oudenaardsesteenweg – Rijbroekstraat – TenRodelaan » dont le cahier spécial des charges porte le numéro 1M3D 8H/13/54.

Au cours de l'exécution du marché [« TV3V »] par la firme RTS, en application de l'article 20 du Cahier général des charges joint en annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996, le pouvoir adjudicateur (l'Agence des routes et de la circulation) a dressé neuf procès-verbaux de constatation et un procès-verbal de mise en demeure.

Les neuf procès-verbaux de constatation concernent principalement une exécution technique défectueuse tant des travaux d'égouts et des fondations que des travaux de revêtement en béton et en asphalte. Le procès-verbal de mise en demeure a été dressé pour une mauvaise exécution des travaux d'égouts qui a entraîné un affouillement, lequel a provoqué des dégâts au revêtement de la route, à une conduite d'eau et à une maison riveraine.

Un procès-verbal de constatation concerne le rapport de gestion du sol. Dans ce rapport, la firme RTS prétend qu'il n'y a pas eu de terres excédentaires évacuées, alors que cela ne correspondait pas à la réalité. La réglementation

en matière de déplacements de terres est très stricte, comportant une responsabilité solidaire tant du personnel du pouvoir adjudicateur que de celui de l'entrepreneur. Dans le cadre du présent marché, les travaux de terrassement sont considérables, ce qui nécessite un suivi précis du déplacement des terres. L'introduction d'un rapport de gestion du sol inexact amène à ce qu'il n'y ait, sur ce plan, que peu de confiance dans l'exécutant.

Conclusion :

Les marchés susmentionnés concernent tous des travaux relevant du programme « TV3V » pour le réaménagement de carrefours et tronçons de route dangereux en Flandre, dont le présent marché de travaux fait également partie.

Les manquements contractuels graves et répétés qui ont été constatés dans les marchés susmentionnés, et qui sont imputables aussi bien à la firme Norré-Behaegel qu'à la firme RTS, entraînent des doutes et incertitudes légitimes quant à l'exécution selon les règles du [Or. 6] présent marché s'il devait être attribué à la société momentanée Norré - RTS. Par conséquent, la société momentanée formée par les deux firmes est exclue pour faute professionnelle grave et est écartée de la suite de la procédure de passation. »

IV. Demande de traitement confidentiel de certaines pièces

[omissis : cette demande est acceptée]

V. Recevabilité du recours

[omissis] [Or. 7]

[omissis] [Or. 8]

[omissis] [Or. 9]

[Le recours est déclaré recevable]

VI. Examen du moyen unique

Thèse des parties

7. Les parties requérantes invoquent la violation des articles 23 et 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 57, paragraphes 4, 6 et 7 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après la

« directive 2014/24 »), du principe « audi et alteram partem » qui figure dans cette directive, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que des principes généraux de bonne administration, plus particulièrement les principes d'égalité, de concurrence, de diligence et de transparence ainsi que le principe de motivation matérielle.

Les parties requérantes considèrent que, avant d'être écartées au titre de fautes professionnelles graves alléguées, elles doivent recevoir la possibilité de se défendre et de démontrer ainsi qu'elles ont remédié aux problèmes. Les dispositions précitées de la directive 2014/24 prévoient une procédure contradictoire permettant au soumissionnaire de prouver que les fautes commises par le passé ont été redressées ou sont dépassées et ces dispositions précisent, en outre, que des faits tels ceux en cause en l'espèce peuvent être utilisés pour écarter un soumissionnaire pendant, au maximum, trois ans, même si celui-ci n'apporte pas la preuve qu'il a entre-temps remédié aux problèmes.

À cet égard, les parties requérantes invoquent l'effet direct des dispositions susmentionnées de la directive 2014/24.

En outre, elles observent que la Cour de justice a conféré une interprétation large à la notion d'« État » dans sa jurisprudence, de sorte que les parties [Or. 10] requérantes sont en droit d'opposer la directive 2014/24, qui n'a pas été transposée à temps dans l'ordre juridique belge, à la partie défenderesse en tant qu'administration régionale, du moins administration chargée de l'exécution d'un service d'intérêt public, à savoir l'entretien des routes régionales de la province de Flandre orientale.

Elles considèrent que les dispositions précitées sont inconditionnelles, claires et précises. En elles-mêmes, l'indication qu'un État membre « adopte les mesures nécessaires » et la simple indication dans le préambule que les conditions procédurales et conditions matérielles exactes doivent être déterminées par l'État membre (conditions qui, selon les parties requérantes, ne concernent que la procédure) ne signifient pas que l'instauration du droit de tout opérateur économique d'apporter la preuve de son « *self clearance* » serait conditionnelle.

À cet égard, selon les parties requérantes, la partie défenderesse ne peut pas se référer au « droit futur » contenu à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016. En effet, selon les parties requérantes, cet article 70 de la nouvelle loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après la « loi du 17 juin 2016 »), disposition qui ne peut pas encore s'appliquer au marché en cause et qui prévoit que le candidat ou soumissionnaire doit prouver de sa propre « initiative » qu'il a pris des mesures correctrices, va à l'encontre de la substance et de la finalité de l'article 57 susmentionné de la directive 2014/24, qui, tout comme dans le cas de prix anormaux, prévoit une procédure de vérification contradictoire. Selon les parties requérantes, le droit que l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 confère à l'opérateur économique ne peut être exercé qu'après que l'administration a pris

une décision (préalable) sur la question de savoir si un soumissionnaire a ou non commis une faute grave en matière professionnelle.

Selon les parties requérantes, la décision attaquée viole non seulement la directive 2014/24 mais aussi le principe qui y figure explicitement selon lequel l'autre partie doit être entendue. **[Or. 11]**

À défaut de motivation concernant les justifications (du reste également absentes) à exposer, qu'elles n'ont pas non plus été invitées à fournir, les parties requérantes estiment que l'obligation de motivation formelle a aussi été violée.

Selon les parties requérantes, la partie défenderesse a en outre manqué de diligence et a agi à l'encontre du principe de transparence, du principe d'une concurrence correcte et du principe d'égalité, puisque les parties requérantes ont fait l'objet d'un traitement différent par rapport à leurs collègues « européens ».

À titre subsidiaire, les parties requérantes demandent de poser les questions suivantes à la Cour de justice :

[omissis : questions suggérées quant à l'interprétation de article 57, paragraphe 4, sous c), lu conjointement avec l'article 57, paragraphes 6 et 7, de la directive 2014/24]

8. Dans le mémoire en réponse, à titre principal, la partie défenderesse conteste que l'article 57 de la directive 2014/24 a un effet direct, et plus précisément que l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 aurait un caractère inconditionnel, clair et précis. Selon la partie défenderesse, cette condition n'est pas remplie, du moins en ce qui concerne les mesures correctrices, dès lors que l'article 57 précité dispose, au paragraphe 7, que les États membres « [arrêtent] [p]ar disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, [...] les conditions **[Or. 12]** d'application du présent article ». En ce qui concerne la transposition de l'article 57, le considérant 102 de la directive 2014/24 précise d'ailleurs, pour ce qui est des mesures correctrices, que « [c]ependant, il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas ». Selon elle, la version anglaise de la directive, qui, à l'article 57, paragraphe 7, mentionne explicitement « the implementing conditions for this article » l'illustre également.

Selon la partie défenderesse, la thèse des parties requérantes selon laquelle la substance du droit contenu à l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 serait claire n'enlève rien à ce constat. Dans la mesure où les parties requérantes soutiennent que les États membres sont uniquement compétents pour, d'une part, désigner l'organisme public qui doit apprécier les mesures correctrices et pour, d'autre part, déterminer la durée maximale de l'exclusion, la partie défenderesse rétorque que ni les termes « en particulier » ni le terme « notamment » n'indiquent que les aspects précités présenteraient un caractère exhaustif. Selon la partie défenderesse, bien au contraire, il ne s'agit que d'exemples des modalités

procédurales et matérielles du régime d'exclusion que les États membres doivent élaborer. Selon elle, on ne voit pas, sinon, pourquoi le législateur européen aurait d'abord précisé expressément que les États membres déterminent les « conditions procédurales et matérielles exactes » (au pluriel), pour limiter ensuite immédiatement cette possibilité à seulement deux aspects bien déterminés. La partie défenderesse considère que leur mention expresse dans la directive 2014/24 indique exclusivement la volonté du législateur européen d'obliger les États membres à prévoir des modalités à tout le moins pour ces aspects.

De même, la façon succincte dont la directive 2014/24 « élabore » le système des mesures correctrices implique que, dans la mise en œuvre de cette directive, les États membres disposent sur ce plan d'une large compétence discrétionnaire. En effet, concrètement, seul l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 concerne les mesures correctrices. Bon nombre d'aspects à cet égard ne sont pas abordés par la directive 2014/24 ou ne sont abordés qu'en des termes très généraux. La directive 2014/24 ne prévoit pas, par exemple, quand un candidat ou soumissionnaire doit faire savoir [Or. 13] qu'il a pris des mesures correctrices ni de quelle façon cela doit se faire. Le fait que les États membres disposent de compétences extrêmement étendues pour élaborer eux-mêmes un régime en matière de mesures correctrices ressort, en outre, également de la circonstance que la directive 2014/24 laisse aux États membres la liberté de déterminer quelle instance (le pouvoir adjudicateur ou un autre organisme) est compétente pour évaluer les mesures correctrices.

La partie défenderesse conteste aussi que l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 soit une « copie » de l'article 57 de la directive 2014/24. En effet, le législateur belge a ajouté ou précisé des éléments fondamentaux concernant le régime en matière de mesures correctrices. Ainsi, l'article 70 prévoit, entre autres, que le candidat ou soumissionnaire doit démontrer, de sa propre initiative, le « *self cleaning* » (auto-réhabilitation). Par ailleurs, c'est aussi au pouvoir adjudicateur lui-même qu'il appartient d'apprécier les mesures correctrices en question, et non à un organisme indépendant. En outre, rien ne s'oppose à ce que le régime soit encore développé de façon plus approfondie dans les arrêtés d'exécution à édicter.

De plus, la partie défenderesse expose amplement pourquoi, selon elle, la jurisprudence de la Cour de justice invoquée par les parties requérantes n'enlève rien à ce qui précède et ne présente donc pas d'utilité pour la solution du litige.

À titre subsidiaire, la partie défenderesse fait valoir que la décision attaquée ne méconnaît pas le régime en matière de « *self cleaning* » (auto-réhabilitation) établi par la directive 2014/24. Même si la juridiction de céans devait juger que la directive 2014/24 a un effet direct et qu'un pouvoir adjudicateur serait déjà tenu, en particulier au moment de l'adoption de la décision attaquée, d'appliquer et d'observer directement les dispositions que la directive 2014/24 prévoit en matière de mesures correctrices, la partie défenderesse estime alors qu'elle n'a pas agi à l'encontre de la directive 2014/24 en ne donnant pas expressément aux parties

requérantes [Or. 14] même la possibilité d'apporter la preuve des mesures correctrices.

Étant donné que la directive 2014/24 ne précise qu'en termes très généraux comment le système en matière de mesures correctrices doit être concrétisé, il est particulièrement difficile pour le pouvoir adjudicateur de déterminer, sur la base de l'article 57, paragraphe 6, comment il doit appliquer le [système de] « *self cleaning* » (auto-réhabilitation). Ainsi, la directive 2014/24 ne prévoit effectivement aucune disposition quant à l'instance qui est compétente pour apprécier les mesures correctrices, ni quant au moment où le candidat ou soumissionnaire doit mentionner que des mesures correctrices ont été prises, ni de quelle manière cela doit ce faire. Selon la partie défenderesse, il est dès lors logique, dans de telles circonstances, de chercher à se rattacher aux dispositions de la loi du 17 juin 2016, même si celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur. En premier lieu, le législateur a décidé de confier au pouvoir adjudicateur lui-même, au lieu d'un organisme de contrôle indépendant, la compétence d'évaluer les mesures correctrices. De plus, l'article 70, paragraphe 2, de la loi du 17 juin 2016 prévoit aussi que le candidat ou soumissionnaire doit apporter, de sa propre initiative, la preuve des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel qu'il a prises pour prévenir de nouvelles fautes professionnelles. Selon la partie défenderesse, rien n'empêchait les parties requérantes, lors du dépôt de leur offre, de faire connaître elles-mêmes les mesures correctrices concernées, comme cela devra se faire dès que la loi du 17 juin 2016 entrera en vigueur.

La partie défenderesse estime qu'une telle concrétisation du régime des mesures correctrices n'est pas contraire à l'article 57 de la directive 2014/24. Contrairement à ce que les parties requérantes soutiennent, le soumissionnaire est bel et bien mieux placé que personne pour évaluer s'il se trouve dans une des situations d'exclusion facultative et si, de ce fait, il doit prendre des mesures correctrices. De toute évidence, l'entreprise concernée est elle-même au courant de ce qu'elle a fait par le passé qui pourrait éventuellement [Or. 15] entraîner une exclusion. En l'espèce, la gravité des manquements commis dans le cadre de marchés de travaux antérieurs était manifeste, ce d'autant plus que ces marchés avaient également été organisés par la partie défenderesse.

En ce qui concerne la comparaison avec la procédure de vérification contradictoire en cas de prix anormaux, la partie défenderesse rétorque encore que les termes exprès de l'article 5[7], paragraphe 6, et la comparaison des termes exprès de l'article 5[7], paragraphe 6, et de l'article 69, paragraphe 1, de la directive 2014/24 montrent la différence fondamentale qui existe entre ces dispositions.

À titre tout à fait subsidiaire, la partie défenderesse affirme que les principes de bonne administration n'ont pas été violés. À ce propos, elle observe, tout d'abord, que le point de vue des parties requérantes à ce sujet est développé de manière extrêmement sommaire, de sorte qu'il n'est pas évident de savoir à quel égard les

principes en question auraient été méconnus. En ce qui concerne le droit d'être entendu, elle se réfère à la jurisprudence constante du Conseil d'État, énoncée en ces termes : « Enfin, les conditions d'application de l'obligation d'audition, en tant que principe de bonne administration, ne paraissent pas être remplies, étant donné qu'une décision de non-sélection semble ne pas être une mesure ayant pour effet d'enlever un avantage antérieurement accordé ou constituant une sanction, comme le suppose le principe général de l'obligation d'audition, mais qu'elle consiste uniquement à ne pas accorder un avantage demandé ». Par conséquent, la partie défenderesse estime qu'il est admis que, en principe, il n'incombe aucune obligation d'audition à un pouvoir adjudicateur qui entend prendre une décision d'exclusion.

De plus, dès lors qu'il appartenait aux parties requérantes de faire connaître, de leur propre initiative, quelles mesures correctrices elles avaient déjà prises et d'en apporter la preuve, ce qu'elles n'ont pas fait, leur argumentation sur le défaut de motivation formelle quant à leur « justifications absentes », qu'elles ne devaient pas être invitées à fournir, n'est pas non plus fondée. **[Or. 16]**

Pour le reste, la partie défenderesse estime que la relation des faits montre que la décision attaquée repose bien sur des motifs valables, de sorte qu'il est satisfait à l'obligation de motivation matérielle. En outre, le rapport d'adjudication en fait un exposé approfondi, de sorte qu'il ne saurait davantage être question d'une violation de l'obligation de motivation formelle. Il ne peut pas non plus être reproché à la partie défenderesse d'avoir manqué de diligence en n'offrant pas la possibilité aux parties requérantes de démontrer les mesures correctrices concernées. Qui plus est, les parties requérantes ne montrent pas en quoi elles auraient fait l'objet d'un traitement différent par rapport aux autres soumissionnaires.

En ce qui concerne la demande d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice, la partie défenderesse objecte que celui-ci n'est en l'espèce aucunement nécessaire, compte tenu de l'enseignement de l'arrêt « CILFIT » rendu par la Cour de justice. En effet, eu égard à ce qui précède, il ne peut raisonnablement pas y avoir de doute quant à l'interprétation correcte de la directive 2014/24. Selon la partie défenderesse, la juridiction de céans n'a donc aucune raison de soumettre la présente problématique à la Cour de justice.

9. Dans leur mémoire en réplique, les parties requérantes soulignent, une fois encore, que l'article 57 de la directive 2014/24 est inconditionnel et suffisamment clair. Selon elles, indépendamment des conditions procédurales et matérielles éventuelles, la disposition telle que précisée à l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 peut, en soi, parfaitement être appliquée par une administration qui a l'intention d'écarter une entreprise déterminée en raison du fait que celle-ci ne remplirait pas les conditions requises ou ne serait pas fiable. L'approche de la partie défenderesse est, selon elles, trop formaliste.

Les parties requérantes se réfèrent également à la jurisprudence constante de la juridiction de céans selon laquelle, en cas d'imprécision, le pouvoir adjudicateur est autorisé, dans le respect du principe d'égalité, à demander des informations complémentaires. Un opérateur économique ne peut pas, selon elles, être la victime **[Or. 17]** du fait qu'un État membre n'a pas procédé dans les délais à la transposition de la directive 2014/24.

Les parties requérantes considèrent que, en outre, l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 n'a rien de « plus facultatif » que le régime prévu pour les prix anormaux et que le régime contenu dans les autres arrêts de la Cour de justice qu'elles ont invoqués dans leur requête.

Elles estiment que ne saurait davantage être admise l'argumentation de la partie défenderesse selon laquelle la décision attaquée ne méconnaît pas la directive 2014/24 parce que l'opérateur économique doit apporter la preuve des mesures correctrices de sa propre initiative. À cet égard, la partie défenderesse s'abstient, à tort, de tenir compte de la référence que les parties requérantes ont faite à l'agencement de la directive, dont il ressort effectivement, selon elles, que l'administration peut procéder à l'exclusion si elle justifie à suffisance que l'opérateur économique a commis des fautes. L'opérateur économique qui se trouve dans une situation d'exclusion est, selon elles, en droit de prouver qu'il est bel et bien fiable. Elles considèrent que cela s'oppose dès lors à l'interprétation selon laquelle l'opérateur économique devrait spontanément annoncer qu'il « s'est amendé », et ce abstraction faite de la question de savoir s'il pouvait en tout état de cause comprendre qu'il lui était reproché quelque chose. Selon elles, la directive 2014/24 doit dès lors être lue en ce sens que, si le pouvoir adjudicateur estime qu'une faute remet en question l'intégrité, tout opérateur économique doit recevoir la possibilité de prouver qu'il a pris des mesures.

En ce qui concerne les questions préjudicielles suggérées, il ne peut pas en l'espèce être fait application de l'arrêt « CILFIT » de la Cour de justice, selon les parties requérantes, parce que c'est à tort que la partie défenderesse considère que tout est « limpide » et qu'il ne saurait exister le moindre doute quant à l'interprétation correcte de la directive. Il n'y a pas encore eu d'arrêt de la Cour de justice qui donne une réponse définitive sur cette interprétation cruciale. Les parties requérantes observent qu'elles ont démontré, sur la base de bon nombre d'arrêts, que l'approche formaliste des conditions ne peut pas être admise. **[Or. 18]**

10. Dans son dernier mémoire, la partie défenderesse fait encore valoir qu'il n'y a aucune raison de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice ; selon elle, il ne saurait être contesté que l'interprétation de l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 est suffisamment claire en ce qui concerne les points qui sont en cause en l'espèce, ou du moins qu'il n'est pas nécessaire pour la solution du présent litige de poser les questions préjudicielles concernées.

Selon la partie défenderesse, les termes clairs de la directive 2014/24 et les principes sous-jacents du droit des marchés publics n'excluent nullement qu'un État membre exige que les soumissionnaires apportent, de leur propre initiative, la preuve des mesures d'auto-réhabilitation ; elle estime qu'un soumissionnaire est, de surcroît, la personne qui, par excellence, est la mieux placée pour signaler elle-même quelque chose, qu'une telle façon de procéder favorise la transparence étant donné que les entreprises sont incitées, par là, à mettre cartes sur table dès le départ et que la comparaison avec le régime des prix anormaux, figurant à l'article 69 de la directive 2014/24, montre clairement que, à la différence de cette disposition, l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 n'impose en aucune façon une obligation semblable au pouvoir adjudicateur.

Elle se réfère encore, à présent, complémentairement au règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission, du 5 janvier 2016, établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen (ci-après le « règlement 2016/7 »), dont le formulaire type figurant en annexe donne la possibilité, en ce qui concerne chacun des motifs facultatifs d'exclusion, y compris les fautes professionnelles graves dont il s'agit en l'occurrence, d'indiquer si des mesures d'auto-réhabilitation ont été prises et, en ce cas, de les décrire. Elle en déduit que la Commission européenne estime également que la directive 2014/24 implique qu'il appartient au candidat ou soumissionnaire de prendre l'initiative de signaler au pouvoir adjudicateur les mesures correctrices éventuelles.

La partie défenderesse conteste également qu'il puisse être admis que la procédure en matière de « *self cleaning* » (auto-réhabilitation) serait différente en fonction du motif [Or. 19] d'exclusion applicable. La directive 2014/24 entend justement apporter une simplification administrative considérable de la procédure des marchés publics et elle ne laisse apparaître en aucune façon, selon la partie défenderesse, que le législateur européen avait l'intention de prévoir différentes procédures sur le plan du « *self cleaning* » (auto-réhabilitation). La partie défenderesse souligne à cet égard que l'application éventuelle du motif d'exclusion relatif aux fautes professionnelles graves devrait être parfaitement prévisible pour l'entreprise concernée, précisément parce que celle-ci aura pris des mesures correctrices pour y remédier.

En outre, elle rappelle qu'il ne peut pas raisonnablement être contesté que l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 n'a aucun effet direct dans l'ordre juridique interne. La partie défenderesse ne voit pas comment le simple fait que cet article comporterait une garantie minimale pour une entreprise justifierait que la directive a un effet direct. Le point de savoir si cette disposition contient ou non cette garantie minimale est une question distincte de celle de savoir si cet article ou cette garantie minimale répond aux conditions de l'effet direct. Même dans cette hypothèse, il reste totalement incertain de savoir comment un pouvoir adjudicateur devra s'y prendre dans le cadre de l'obligation d'interroger une entreprise et d'apprécier la réponse donnée, puisque la directive 2014/24 laisse aux États membres le soin de développer les modalités

procédurales et matérielles à cet égard et, en conséquence, ne règle pas un grand nombre d'aspects du régime ou ne le fait qu'en des termes très généraux.

La partie défenderesse souligne encore que, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans le cadre de la demande de suspension d'extrême urgence qui a été introduite dans la présente affaire, la juridiction de céans a aussi déjà confirmé l'absence d'effet direct. Il s'ensuit, ajoute la partie défenderesse, qu'il n'est pas nécessaire de poser une question préjudicielle sur l'existence ou non d'une obligation pour un pouvoir adjudicateur d'organiser une procédure contradictoire sur le plan du « *self cleaning* » (auto-réhabilitation), puisqu'il ne peut tout de même pas lui être reconnu un effet direct. **[Or. 20]**

11. Dans leur dernier mémoire, les parties requérantes se rangent à l'avis du premier auditeur de soumettre, à la Cour de justice, les questions préjudicielles qui y figurent, et ce dans une formulation légèrement différente et dans un ordre inversé. En outre, elles répondent encore aux points de vue que la partie défenderesse a fait valoir concernant, d'une part, l'obligation de signaler de sa propre initiative les mesures d'auto-réhabilitation et, d'autre part, l'effet direct de la directive 2014/24. Elles soulignent à cet égard, entre autres, que le soumissionnaire ne peut « comprendre » ce que l'administration considère comme une faute ou un manquement grave, compte tenu de la vaste marge discrétionnaire de celle-ci en la matière, que si cela lui est communiqué. Par conséquent, même si la directive 2014/24 prévoit explicitement une procédure contradictoire en matière de prix anormaux et reste muette en ce qui concerne les mesures correctrices quant au moment où l'entrepreneur doit procéder à la communication, « la ratio legis du caractère contradictoire implique que celui qui a droit à opposer une contradiction sache ce sur quoi il peut opposer une contradiction ». Elles observent encore que, en ce qui concerne les fautes professionnelles graves, le formulaire type de DUME repose sur une qualification, définie au préalable dans la propre législation [interne] ou dans les documents du marché, de la faute professionnelle. Dès lors qu'il n'était pas question en Belgique, et certainement pas dans le présent cas d'espèce, d'une qualification définie au préalable, elles estiment qu'il ne saurait être attendu d'un soumissionnaire qu'il doive faire mention spontanément de ces fautes et mesures correctrices. Les parties requérantes proposent pour cette raison d'apporter encore une légère adaptation à la première question suggérée dans le rapport de l'auditeur :

[omissis : question préjudicielle suggérée]

[Or. 21]

Par ailleurs, elles soulignent encore que la directive 2014/24 donne clairement le droit à l'opérateur économique de faire apprécier ses mesures et que la jurisprudence de la Cour de justice montre que l'élaboration procédurale d'un droit conféré à un particulier ne saurait enlever l'effet direct de ce droit.

Appréciation

12. Les dispositions applicables en l'espèce de l'article 57 de la directive 2014/24 énoncent ce qui suit :

« 4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

[...]

c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

[...]

g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;

[...]

6. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 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, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché.

À cette fin, l'opérateur économique 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 les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de [Or. 22] l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières.

Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets.

7. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article. Ils déterminent notamment la durée maximale de la période d'exclusion si aucune des mesures visées au paragraphe 6 n'a été prise par l'opérateur économique pour démontrer sa fiabilité. Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif dans les cas visés au paragraphe 1 et trois ans à compter de la date de l'événement concerné dans les cas visés au paragraphe 4. »

Le préambule de la directive 2014/24 confirme formellement que le non-respect des obligations contractuelles pourrait être considéré comme une faute grave de l'opérateur économique concerné, pouvant entraîner son exclusion de la procédure de passation de marché public.

En outre, concernant ces dispositions, le préambule expose encore, entre autres, ce qui suit :

« (101) Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique et avoir pour conséquence que celui-ci ne remplit pas les conditions requises pour se voir attribuer un marché public, indépendamment du fait qu'il disposerait par ailleurs des capacités techniques et économiques pour exécuter le marché concerné.

Compte tenu du fait qu'ils seront responsables des conséquences d'une éventuelle décision erronée de leur part, les pouvoirs adjudicateurs devraient également avoir la faculté de considérer qu'il y a eu faute professionnelle grave lorsque, avant qu'une décision finale et contraignante quant à l'existence de motifs d'exclusion obligatoires ne soit prise, ils peuvent démontrer, par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a [Or. 23] manqué à ses obligations, y compris ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, sauf disposition contraire du droit national. Ils devraient également pouvoir exclure des candidats ou des soumissionnaires lorsque des défaillances importantes dans

l'exécution d'obligations essentielles ont été constatées lors de l'exécution de marchés publics antérieurs, par exemple un défaut de fourniture ou d'exécution, des carences notables du produit ou du service fourni qui le rendent impropre aux fins prévues, ou un comportement fautif jetant sérieusement le doute quant à la fiabilité de l'opérateur économique. La législation nationale devrait prévoir une durée maximale pour ces exclusions.

Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion.

(102) Il convient cependant de laisser aux opérateurs économiques la possibilité de prendre des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché. Cependant, il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas. Ils devraient, en particulier, être libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé. »

13. Conformément à l'article 90 de la directive 2014/24, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à cette directive au plus tard le 18 avril 2016. **[Or. 24]**

Quant à l'applicabilité de la directive 2014/24 à la présente affaire, il convient d'observer que l'avis de marché a été publié les 11 et 13 mai 2016, c'est-à-dire postérieurement à la date à laquelle la directive 2014/24 devait avoir été transposée, à savoir le 18 avril 2016. Les parties ne contestent pas que la directive 2014/24 soit d'application au marché concerné *ratione temporis*.

Dans un souci d'exhaustivité, il convient aussi d'attirer l'attention sur le règlement 2016/7, qui prévoit que, à compter de la date susmentionnée du 18 avril 2016, le formulaire type figurant à l'annexe 2 de ce règlement sera utilisé aux fins de l'établissement du document unique de marché européen visé à l'article 59 de la directive 2014/24.

Dans la partie III, intitulée « Motifs d'exclusion », le formulaire type précité indique à chaque fois la possibilité de mentionner si l'opérateur économique a pris des mesures d'auto-réhabilitation et de décrire ces mesures dans ce cas.

14. L'article 61, paragraphe 2, point 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, au titre duquel les parties requérantes ont été exclues, énonçait ce qui suit :

« § 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 :

(...)

4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave ; »

15. L'article 69 de la loi du 17 juin 2016 énonce ce qui suit :

« Article 69 - Motifs d'exclusion facultatifs

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 [Or. 25] stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

[...]

3° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

[...]

7° lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ; [...]

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 cette même loi précise, en ce qui concerne les mesures correctrices, ce qui suit :

« 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 d'initiative 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.

Un opérateur économique qui a été exclu par une décision judiciaire ayant force de chose jugée de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent article pendant la période d'exclusion [Or. 26] fixée par ladite décision dans les États membres où le jugement produit ses effets. »

Sur cette nouvelle disposition en matière de « mesures correctrices », l'exposé des motifs observe notamment ce qui suit :

« Cette nouvelle disposition, qui transpose l'article 57.6 de la directive 2014/24/UE, traite de la possibilité dont doit disposer le candidat ou le soumissionnaire de fournir des preuves afin d'attester qu'il a pris des mesures correctrices suffisantes pour démontrer sa fiabilité malgré le motif d'exclusion obligatoire ou facultatif applicable au sens des articles 66 et 68.

Les opérateurs économiques ont la possibilité de prendre, par le biais des mesures correctrices (ou encore des *self-cleaning measures*), des mesures de

mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent, leur permettant de démontrer leur fiabilité malgré le motif d'exclusion applicable. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs par le pouvoir adjudicateur. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation.

[...]

L'attention est attirée sur le fait que l'opérateur économique doit d'initiative indiquer les mesures correctrices prises. En l'absence de précisions en ce sens, le pouvoir adjudicateur peut estimer qu'aucune mesure correctrice n'a été prise.

La vérification des prétendues mesures correctrices prises est confiée aux pouvoirs adjudicateurs individuels. Si un pouvoir adjudicateur estime que les mesures prises sont suffisantes, ce n'est aucunement contraignant à l'égard d'un autre pouvoir adjudicateur.

[...] » **[Or. 27]**

À la date de la décision attaquée, les articles 69 et 70 précités de la loi du 17 juin 2016 n'étaient toutefois pas encore entrés en vigueur.

Ces dispositions ne sont entrées en vigueur que le 30 juin 2017, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre a été lancée à partir de cette date.

16. Pour apprécier le moyen tel qu'exposé dans le recours en annulation, il y a lieu de répondre à la question de savoir si les dispositions combinées de l'article 57, paragraphe 4, sous c) et g), et de l'article 57, paragraphes 6 et 7, de la directive 2014/24 s'opposent ou non à une application qui exclut un opérateur économique qui a commis une faute professionnelle grave, comme en l'espèce selon le pouvoir adjudicateur, et qui n'a pas de sa propre initiative fait état de mesures correctrices éventuelles, et ce sans qu'il ait reçu la possibilité (accordée formellement par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une exclusion envisagée) d'apporter la preuve de mesures éventuelles pour démontrer malgré tout sa

fiabilité ou sans y avoir été invité dans l’avis de marché ou dans les documents du cahier des charges.

La partie défenderesse estime que non et cherche, à cet égard, à se rattacher au nouveau régime en matière de mesures correctrices (qui n’est pas d’application en l’espèce) de la loi du 17 juin 2016. Effectivement, l’article 70 précité de cette loi, comme nous l’avons vu plus haut, prévoit que l’opérateur économique doit déclarer de sa propre initiative qu’il a pris des mesures correctrices.

Si la réponse à la question susmentionnée est que la directive 2014/24 permet l’application concernée, la question de savoir si les dispositions pertinentes de la directive 2014/24 ont un effet direct ne doit pas être examinée de manière plus approfondie. **[Or. 28]**

17. Il n’apparaît pas que les dispositions concernées de la directive 2014/24 aient déjà été interprétées par la Cour de justice sur l’aspect qui est en cause dans le présent litige.

Dans l’arrêt du 24 octobre 2018, *Vossloh Laeis* (C-124/17, EU:C:2018:855), la Cour de justice s’est déjà prononcée une première fois sur le nouveau régime en matière de « *self cleaning* » (auto-réhabilitation). Elle y a déclaré pour droit ce qui suit :

« 1) L’article 80 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, lu en combinaison avec l’article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens qu’il ne s’oppose pas à une disposition du droit national, qui exige d’un opérateur économique souhaitant démontrer sa fiabilité malgré l’existence d’un motif d’exclusion pertinent qu’il clarifie totalement les faits et circonstances en lien avec l’infraction pénale ou la faute commise, en collaborant activement non seulement avec l’autorité chargée de l’enquête, mais aussi avec le pouvoir adjudicateur, dans le cadre du rôle propre de ce dernier, afin de lui apporter la preuve du rétablissement de sa fiabilité, pour autant que cette coopération est limitée aux mesures strictement nécessaires à cet examen.

2) L’article 57, paragraphe 7, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que, lorsqu’un opérateur économique s’est livré à un comportement relevant de la cause d’exclusion visée à l’article 57, paragraphe 4, sous d), de cette directive, qui a été sanctionné par une autorité compétente, la durée maximale d’exclusion est calculée à compter de la date de la décision de cette autorité. »

L'arrêt concerne plus particulièrement [omissis], d'une part, la collaboration requise d'un opérateur économique et, d'autre part, le point de départ de la durée maximale de l'exclusion. À cet égard, la Cour a aussi considéré notamment ce qui suit :

« 20 Conformément au libellé du paragraphe 6, deuxième alinéa, de l'article 57 de la directive 2014/24, un opérateur économique souhaitant démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent visé aux paragraphes 1 et 4 de cet article prouve qu'il [Or. 29] a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'il a clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'il a 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.

21 En ce qui concerne le contexte dans lequel s'inscrit cette disposition, il convient, en premier lieu, de relever que, selon l'article 57, paragraphe 6, premier alinéa, de la directive 2014/24, si les preuves fournies par l'opérateur économique sont jugées suffisantes au regard des règles du droit national pertinentes à cette fin, celui-ci n'est pas exclu de la procédure de passation de marché. En revanche, en vertu de l'article 57, paragraphe 6, troisième alinéa, de cette directive, lorsque les mesures prises sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

22 En second lieu, il ressort du considérant 102 de la directive 2014/24 que, lorsqu'un opérateur économique a pris des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences d'une infraction pénale ou d'une faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent, offrant des garanties suffisantes, cet opérateur ne devrait plus être exclu pour ce seul motif. Selon ce considérant, les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché. En outre, ledit considérant précise qu'il appartient aux États membres de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas et qu'ils devraient, en particulier, être libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé.

23 La preuve que des mesures visées à l'article 57, paragraphe 6, deuxième alinéa, de la directive 2014/24 ont été prises, parmi lesquelles figure, notamment, la collaboration avec les autorités chargées de l'enquête, doit donc être apportée, en fonction de la réglementation nationale, dans le cadre de la relation avec le même pouvoir adjudicateur qui décide de l'exclusion au titre de l'article 57 de cette directive. Ainsi, lorsque les États

membres autorisent le pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes, c'est à ce dernier qu'il revient d'apprécier non seulement s'il existe un motif d'exclusion d'un opérateur économique, mais également si, le cas échéant, cet opérateur économique a effectivement rétabli sa fiabilité. »

Toutefois, la Cour ne paraît pas encore s'être prononcée explicitement jusqu'à présent sur la question de savoir si l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 peut être interprété en ce sens qu'un opérateur économique doit lui-même, de sa propre initiative, **[Or. 30]** signaler les mesures d'auto-réhabilitation ou en ce sens que, avant que son exclusion puisse être décidée, il doit être invité à les signaler.

18. La réponse à cette question ne ressort en tout cas pas clairement des termes de la directive 2014/24 même, où il est seulement précisé que « [t]out opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 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 ». Le considérant 102 du préambule de la directive 2014/24 ne précise, également, qu'en des termes généraux que « [l]es opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché ».

Dans la partie III intitulée « Motifs d'exclusion », le formulaire type joint en annexe 2 du règlement 2016/7 mentionne à chaque fois la possibilité d'indiquer si l'opérateur économique a pris des mesures d'auto-réhabilitation et de décrire ces mesures dans ce cas.

Or, les motifs d'exclusion concernent des situations diverses. Dans certains cas, il sera clairement prévisible pour l'opérateur économique de savoir s'il est ou non question d'un motif d'exclusion applicable. Dans d'autres cas de motifs d'exclusion, cela est moins évident. Il existe des motifs d'exclusion obligatoires et des motifs d'exclusion facultatifs.

Dans le cas d'une « faute grave », motif en cause en l'espèce, il appartient en effet au pouvoir adjudicateur, conformément au considérant 101 de la directive 2014/24, d'apprécier dans quelle mesure il y a eu faute professionnelle grave. Bien qu'une entreprise soit elle-même au courant de ce qu'elle a fait par le passé, certainement si cela a donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal de mise en demeure ou même de constatation, et ce d'autant plus lorsque cela a donné lieu à l'application d'une pénalité, la qualification des faits en tant que « faute grave » par le pouvoir adjudicateur ne sera pas toujours prévisible pour **[Or. 31]** le soumissionnaire concerné. En outre, il est aussi possible qu'un pouvoir adjudicateur en juge différemment qu'un autre pouvoir adjudicateur, par exemple en fonction du temps écoulé. Du reste, il est aussi douteux que les entreprises seront enclines à se prêter à une forme d'autoaccusation et à fournir une énumération, qui y est associée, de mesures d'auto-réhabilitation concernant tout

ce qu'elles ont fait par le passé qui pourrait être éventuellement qualifié par le pouvoir adjudicateur de « fautes graves ».

La question se pose dès lors de savoir si, dans un tel cas, il y a lieu d'attendre d'un soumissionnaire qu'il signale de sa propre initiative des fautes professionnelles graves éventuelles et des mesures d'auto-réhabilitation qu'il aurait prises à cet égard ou si c'est plutôt au pouvoir adjudicateur qu'il incombe néanmoins d'assurer une procédure contradictoire après avoir constaté qu'il est question, selon lui, d'une faute grave pouvant donner lieu à une exclusion et avant de pouvoir effectivement décider l'exclusion.

Il pourrait être admis que les mesures d'auto-réhabilitation doivent aussi être nécessairement prises en considération dans l'appréciation par le pouvoir adjudicateur de la proportionnalité de la mesure d'exclusion.

Une interprétation en ce sens qu'il y a lieu d'assurer une procédure contradictoire avant de pouvoir décider effectivement l'exclusion paraît aussi favoriser davantage la concurrence.

19. En revanche, la partie défenderesse observe à juste titre que, en laissant l'initiative au soumissionnaire, les chances sont plus fortes que plusieurs pouvoirs adjudicateurs disposent des mêmes informations lorsqu'ils doivent prendre une décision d'attribution et que, en ce sens, il est question d'une plus grande transparence. [Or. 32]

La partie défenderesse observe également que, du fait de la durée maximale d'exclusion, le soumissionnaire sait en tout état de cause pendant combien de temps il doit, de sa propre « initiative », faire état des mesures correctrices.

En l'espèce, la partie défenderesse a exclu les deux parties requérantes sur la base de faits qui ont eu lieu lors de marchés précédents qu'elle avaient lancés dans le cadre du même programme « TV3V » pour le réaménagement de carrefours et tronçons de route dangereux en Région flamande, dont le présent marché fait également partie.

20. En ce qui concerne l'analogie que les parties requérantes préconisent avec le régime en matière de vérification des prix anormaux, il y a lieu d'observer que, dans sa jurisprudence sur la vérification de l'existence d'une offre anormalement basse, la Cour de justice a déjà jugé que l'administration était tenue de demander, à un moment utile, à un candidat de fournir les justifications nécessaires pour prouver que son offre est sérieuse, en vue d'éviter l'arbitraire de l'autorité adjudicatrice, de garantir une saine concurrence entre les entreprises et d'assurer les soumissionnaires qu'ils ne seront pas écartés du marché concerné sans avoir pu s'expliquer sur le sérieux de leur offre.

Il faut constater, tout comme le fait la partie défenderesse, que, alors que le régime contenu à l'article 69 de la directive 2014/24 en matière de prix anormalement bas prévoit un certain nombre d'actions que le pouvoir adjudicateur doit entreprendre,

tel n'est pas explicitement le cas dans le régime en matière d'« auto-réhabilitation » de l'article 5[7], paragraphe 6, de la directive 2014/24. Conformément à l'article 69, paragraphe 1, les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services. Conformément à l'article 69, paragraphe 3, le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire et il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante **[Or. 33]** le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2. En revanche, l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 prévoit que tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 « 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 ».

Il peut également être fait référence aux objectifs différents que poursuivent, d'une part, le régime des prix anormaux et, d'autre part, celui de l'« auto-réhabilitation ».

21. Eu égard à ce qui précède, la juridiction de céans ne peut toutefois pas accepter le point de vue de la partie défenderesse selon lequel « il ne saurait exister aucun doute raisonnable » quant à « l'interprétation de l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 », qui est selon la partie défenderesse « suffisamment claire en ce qui concerne les points qui sont en cause en l'espèce ».

22. Pour ce qui concerne par ailleurs la question de l'effet direct des dispositions concernées, il y a lieu d'observer, tout comme l'a fait la partie défenderesse dans son dernier mémoire, que, dans l'arrêt n° 237 029 du 12 janvier 2017 qu'elle a rendu dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, la juridiction de céans a répondu *prima facie* par la négative à cette question.

Les parties requérantes demandent de poser également une question préjudicielle à la Cour de justice à cet égard.

La Cour de justice ne paraît pas encore s'être prononcée jusqu'à présent sur la question de savoir si les dispositions de l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24, ou des éléments de celles-ci, peuvent se voir reconnaître un effet direct. **[Or. 34]**

23. À cet égard, la juridiction de céans constate que, en ce qu'il prévoit que tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 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, l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 nécessite des mesures complémentaires pour pouvoir être appliqué.

Ainsi, l'article 57, paragraphe 7, de la directive 2014/24 précise expressément que les États membres arrêtent les conditions d'application du présent article par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union. La version anglaise de l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 fait état des « implementing conditions for this article ». Même le préambule de la directive 2014/24 mentionne explicitement qu'« il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas ». Contrairement à ce que les parties requérantes font valoir, il ne peut pas davantage être admis que l'utilisation des termes « en particulier » et « notamment » dans le considérant 102 et à l'article 57, paragraphe 7, de la directive 2014/24 impliquerait que les États membres sont exclusivement compétents pour, d'une part, désigner l'organisme public qui doit apprécier les mesures correctrices et pour, d'autre part, déterminer la durée maximale de l'exclusion. Le fait que la directive 2014/24 et le préambule mentionnent déjà deux aspects différents paraît le confirmer.

Par ailleurs, la partie défenderesse observe à juste titre que la directive 2014/24 ne précise ni quand le candidat ou soumissionnaire doit annoncer qu'il a pris des mesures correctrices ni comment cela doit se faire. En outre, il ressort du préambule que les États membres sont libres de décider, entre autres, s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations concernées ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé. **[Or. 35]**

À juste titre, la partie défenderesse observe également que l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 ne peut en aucune façon être considéré comme une « copie » de l'article 57 de la directive 2014/24.

24. Dans le cadre du recours en annulation, les parties requérantes se réfèrent toutefois aussi à la jurisprudence de la Cour de justice, dont il ressort que la mention dans une disposition précisant qu'un État membre « adopte les mesures nécessaires » n'empêche pas en soi qu'un droit déterminé ait été conféré de manière inconditionnelle et suffisamment précise par la directive.

Ainsi, il ne peut pas être exclu totalement que, quand bien même aucun effet direct ne semble pouvoir être conféré aux dispositions en matière d'« auto-réhabilitation » dans leur ensemble, cela puisse peut-être bien être le cas pour certains éléments de ces dispositions qui constituent des garanties minimales. Si la Cour de justice considère que la possibilité de démontrer sa fiabilité malgré l'exclusion pour faute grave, que l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24 confère à un soumissionnaire, implique que le pouvoir adjudicateur doit en tout état de cause donner cette chance à un soumissionnaire avant de l'exclure à ce titre, la question se pose ainsi de savoir si cela peut être considéré comme une sorte de protection minimale qui peut bel et bien être précisément établie sur la base de la directive 2014/24.

Contrairement à ce que la partie défenderesse en pense, il ne peut dès lors pas être admis que l'application correcte du droit de l'Union, y compris sur le plan de la question de l'effet direct, « est si évidente » qu'elle « ne laisse place à aucun doute raisonnable » quant à l'interprétation correcte.

25. Ainsi, il est accédé à la demande de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice. **[Or. 36]**

Eu égard à ce qui précède, l'ordre des deux questions est inversé et ces deux questions sont reformulées comme suit :

1. Les dispositions combinées de l'article 57, paragraphe 4, sous c) et g), et de l'article 57, paragraphes 6 et 7, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une application qui oblige l'opérateur économique à apporter, de sa propre initiative, la preuve des mesures qu'il a prises pour démontrer sa fiabilité ?
2. Dans l'affirmative, ainsi interprétées, les dispositions combinées de l'article 57, paragraphe 4, sous c) et g), et de l'article 57, paragraphes 6 et 7, de la directive 2014/24/UE ont-elles un effet direct ?

DÉCISION

[mentions procédurales, réitération des deux questions préjudicielles]

[omissis] **[Or. 37]** [omissis]