

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**A R R E T**

n° 236.274 du 26 octobre 2016

G./A.220.376/VI-20.870

En cause : **la société anonyme ISS CATERING,**ayant élu domicile chez
Mes Carlos DE WOLF et
Anthony VERHEGGEN, avocats,
etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

le Centre Public d'Action Sociale de Jodoigne,ayant élu domicile chez
Mc Jean BOURTEMBOURG, avocat
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,****I. OBJET DE LA REQUETE**

Par une requête introduite le 28 septembre 2016, la société anonyme ISS CATERING sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du Conseil d'Administration de la Partie Adverse d'attribuer le marché public [portant sur] «les fournitures et préparation de repas au Home de repos "Le Clair Séjour", à la Résidence-Services du C.P.A.S. et à la Crèche Communale "Les Lutins"» à [la société TCO SERVICE]".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 29 septembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 18 octobre 2016 à 10 heures.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Anthony VERIEGGEN, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Mathieu CLEMENT DE CLETY, *loco* Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme, sauf en ce qui concerne le montant de l'indemnité de procédure.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Le 2 juin 2015, le Conseil de l'action sociale du centre public d'action sociale de Jodoigne décide de lancer un marché public conjoint C.P.A.S. - Ville de Jodoigne ayant pour objet la fourniture et la préparation de repas pour une durée de deux ans pour la fourniture et la préparation de repas à la maison de repos et de soins "Le Clair Séjour", à la crèche communale "Les Lutins" et à la résidence-services "Larivière". La société requérante était, à cette date, attributaire d'un précédent marché couvrant notamment ces prestations jusqu'au 31 octobre 2015.

Le 8 octobre 2015, le Conseil de l'action sociale de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société requérante.

III.2. Le 11 décembre 2015, le Gouverneur du Brabant wallon annule les délibérations des 2 juin et 8 octobre 2015 du Conseil de l'action sociale de la partie adverse.

III.3. Le 23 décembre 2015, le Conseil de l'action sociale de la partie adverse prend acte de la décision d'annulation de l'autorité de tutelle et décide de recommencer la procédure en vue de la passation d'un nouveau marché public conjoint pour les fournitures et prestations concernées, sur la base d'un nouveau cahier spécial des charges. Il fixe au 1^{er} juillet 2016 la date de prise de cours du nouveau marché et décide de prolonger exceptionnellement le marché en cours jusqu'au 30 juin 2016.

III.4. Le 16 février 2016, le Conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Jodoigne marque son accord sur le marché public conjoint entre le Centre Public d'Action Sociale et la Ville de Jodoigne pour la fourniture et la préparation de repas à la maison de repos et de soins "Le Clair Séjour", à la crèche communale "Les Lutins" et à la résidence-services "L'arivière", désigne la partie adverse comme opérateur du marché, choisit l'appel d'offres général comme mode de passation du marché et approuve le cahier spécial des charges.

Il s'agit du marché litigieux dont le montant estimé s'élève à 315.000 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise.

III.5. Un avis de marché est publié le 30 mars 2016.

Cet avis de marché précise que le marché en cause concerne des services visés par l'annexe II, B, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

III.6. Le cahier spécial des charges prévoit en son article 12*bis* que les critères d'attribution du marché sont les suivants:

" Prestation 1 : Fourniture de repas au home de repos du CPAS Le Clair Séjour et à la résidence-services du CPAS

1. la mise en place un contrôle de la traçabilité des produits alimentaires (AR 14/11/03).
Cette traçabilité devra permettre, en cas d'alerte alimentaire, de stopper la livraison du produit suspect en exploitation mais aussi la consommation du produit déjà livré. (10 points)
2. la quantité et l'équilibre nutritionnel des menus et repas proposés (40 points)
3. le montant de l'offre (100 points)
4. la sûreté de l'approvisionnement, c'est-à-dire la capacité dont dispose le soumissionnaire pour mettre en tout temps à disposition des partenaires la quantité de marchandises nécessaires à la bonne exécution du marché ainsi que sa capacité à faire face à des situations d'urgence sociale (20 points)
5. les suggestions éventuelles (10 points)
6. la quantité d'approvisionnement en produits frais, bio et locaux (20points)

Prestation 2 : Fourniture des repas de midi à la Crèche Communale Les lutins

1. la mise en place un contrôle de la traçabilité des produits alimentaires (AR 14/11/03).
Cette traçabilité devra permettre, en cas d'alerte alimentaire, de stopper la livraison du produit suspect en exploitation mais aussi la consommation du produit déjà livré. (5 points)
2. la quantité et l'équilibre nutritionnel des menus et repas proposés (20 points)
3. le montant de l'offre (50 points)
4. la sûreté de l'approvisionnement, c'est-à-dire la capacité dont dispose le soumissionnaire pour mettre en tout temps à disposition des partenaires la quantité de marchandises nécessaires à la bonne exécution du marché ainsi que sa capacité à faire face à des situations d'urgence sociale (10 points)

5. les suggestions éventuelles (5 points)
6. la quantité d'approvisionnement en produits frais, bio et locaux (10 points)".

III.7. Lors de l'ouverture des offres, le 10 mai 2016, cinq offres ont été déposées, dont celles de la requérante et de la société TCO SERVICE.

III.8. Le 28 juin 2016, le Conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Jodoigne décide de déclarer régulières toutes les offres et d'attribuer le marché à la société TCO SERVICE pour un montant total de 342.942,56 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise.

Il s'agit de l'acte attaqué.

III.9. Le 12 août 2016, l'autorité de tutelle informe le C.P.A.S. de Jodoigne de ce que la délibération du 28 juin 2016 ne soulève pas d'observations.

Le 13 septembre 2016, la partie adverse adresse un courrier recommandé aux soumissionnaires. Les documents suivants y sont joints: la décision d'attribution du 28 juin 2016, le procès-verbal d'ouverture des offres, le rapport d'analyse des offres et le courrier du 12 août 2016 de l'autorité de tutelle.

IV. RECEVABILITE

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe que le marché a été conclu et qu'il ne peut, par conséquent, plus être suspendu. Elle en conclut que la demande de suspension en extrême urgence est sans intérêt et, partant, irrecevable. Elle expose, à cet égard, que "selon l'article 21 de la loi du 17 juin 2013, «sauf dans les cas prévus aux articles 13 et 17 à 20, le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit)". Se fondant sur les travaux parlementaires relatifs à la proposition de loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, elle fait valoir que "les mots «quelle qu'elle soit» ont ainsi été ajoutés afin de souligner que l'instance de recours visée aux articles 21 et 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013, devait être, selon le cas, le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire ". Selon elle, "par cette précision, le législateur a sans nul doute souhaité faciliter et harmoniser l'interprétation de ces dispositions en précisant que celles-ci étaient également applicables au Conseil d'Etat". Elle ajoute que "mise à part l'hypothèse prévue par l'article 13 de la loi du 17 juin 2013, un marché, une fois

conclu, ne peut donc plus être suspendu ni par le Conseil d'Etat, ni par le juge judiciaire".

Elle expose ce qui suit quant aux conséquences qu'il convient d'attacher à cette indication:

" Selon les articles 15 et 23 de la loi du 17 juin 2013, toute décision d'une autorité adjudicatrice peut, en principe, faire l'objet d'une demande en suspension selon la procédure d'extrême urgence dans un délai de quinze jours. Sur base de ces dispositions, votre Conseil estime également que toute demande en suspension de l'exécution d'une décision d'attribution introduite dans un délai de quinze jours doit être jugée recevable.

Il paraît cependant que les articles 15 et 23 de la loi doivent également être lus à la lumière des dispositions relatives au délai d'attente.

En effet, si l'examen de la recevabilité d'une demande en suspension d'une décision d'attribution devait être totalement étranger de la question du délai d'attente, il conviendrait alors de s'interroger sérieusement sur les raisons qui auraient poussé le législateur à ne pas imposer, dans certaines hypothèses, le respect d'un tel délai. L'article 11 de la loi du 17 juin 2013 dispose ainsi que la conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas intervenir avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision est envoyée aux candidats ou soumissionnaires concernés.

Si les articles 15 et 23 de la loi prévoient la possibilité d'introduire une demande en suspension d'une décision d'une autorité adjudicatrice dans un délai de quinze jours, l'article 11 précise toutefois que, pour les marchés soumis à un délai d'attente obligatoire, la conclusion du contrat ne peut avoir lieu avant l'expiration de ce délai de quinze jours. D'initiative, un pouvoir adjudicateur peut également appliquer ce délai d'attente de manière volontaire.

Dans la mesure où, conformément aux articles 21 (marchés atteignant les seuils européens) et 30 (marchés n'atteignant pas les seuils européens) de la loi du 17 juin 2013, la conclusion du contrat empêche la suspension de la décision préalable d'attribution, l'article 13 de la loi du 17 juin 2013 paraît dès lors parfaitement cohérent en vue de garantir le respect de l'article 11.

En effet, la conclusion d'un contrat empêchant la saisine de votre Conseil, le législateur a prévu qu'en cas d'application d'un délai d'attente obligatoire ou volontaire, la conclusion du contrat ne puisse avoir lieu avant l'échéance du délai d'attente.

Afin d'éviter que certains pouvoirs adjudicateurs peu scrupuleux ne procèdent à la conclusion du contrat en méconnaissant le délai d'attente obligatoire, l'article 13 de la loi dispose donc que la suspension de l'exécution de la décision d'attribution entraîne, de plein droit, l'exécution du marché.

Pour garantir l'effectivité du contrôle de la régularité des décisions d'attribution, le législateur a ainsi empêché que la conclusion du contrat intervienne avant l'expiration du délai de recours en suspension.

En cas de non-respect de l'article 11 de la loi du 17 juin 2013, le législateur a néanmoins autorisé les instances de recours à suspendre l'exécution des décisions d'attribution soumises à leur censure, ce qui entraînait, de plein droit, la suspension de l'exécution du marché.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur conclut un marché avant l'expiration du délai d'attente obligatoire ou volontaire, votre Conseil demeure donc exceptionnellement compétent pour suspendre l'exécution de la décision préalable d'attribution sur pied de l'article 13 de la loi alors que cette décision a pourtant épuisé ses effets et que la matière est devenue contractuelle.

A l'inverse, lorsqu'aucun délai d'attente n'est imposé par la réglementation ou appliqué volontairement par l'autorité adjudicatrice, votre Conseil ne peut encore se déclarer compétent pour connaître d'une demande en suspension de l'exécution d'une décision d'attribution lorsque le contrat est déjà conclu.

A cet égard, il convient de relever à nouveau que cette interprétation était celle adoptée par votre Conseil sous l'empire de l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993.

En effet, l'article 21bis ne prévoyant pas la possibilité, pour l'instance de recours, d'encore suspendre une décision d'attribution lorsque le contrat était déjà conclu, votre Conseil considérait, à l'époque, que si le pouvoir adjudicateur ne respectait pas le délai d'attente ou procédait à la conclusion du contrat sans tenir compte de l'introduction, par un candidat ou un soumissionnaire évincé, d'une demande en suspension, votre Conseil était toutefois contraint de constater que, si cette circonstance affectait peut-être la régularité du contrat, il était néanmoins incompétent pour se prononcer à cet égard et intervenir de quelque manière que ce soit dans une matière devenue contractuelle (C.E., 14 avril 2005, n° 143.140, S.P.R.L. Brussels Office for Architecture ; C.E., 4 mai 2006, n° 158.316, S.P.R.L. Advisers et S.A. Sophia Management; C.E., 4 janvier 2009, n° 192.127, S.P.R.L. FHW Architectes ; C.E. 5 mars 2009, n° 191.149, S.A. Cegelec).

20. Il convient enfin de préciser que les dispositions relatives au délai d'attente et qui ont été insérées par la loi du 23 décembre 2009 dans la loi du 24 décembre 1993 étaient parfaitement conformes à la directive 2007/66/CE.

En effet, si la directive entendait imposer le respect de délais minimaux entre la notification d'une décision d'attribution et la conclusion du marché afin de garantir l'efficacité des recours, le 8^{ème} considérant du préambule de la directive disposait que:

«De tels délais de suspension minimaux n'ont pas vocation à s'appliquer si la directive 2004/18/CE ou la directive 2004/17/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne, plus particulièrement dans les cas d'urgence impérieuse visés à l'article 31, paragraphe 1, point c), de la directive 2004/18/CE ou à l'article 40, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/17/CE. Dans de tels cas, il suffit de prévoir des procédures de recours efficace après la conclusion du contrat. De même, un délai de suspension n'est pas nécessaire si le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés. Dans ce cas de figure, il n'y a plus d'autre partie prenante à la procédure de passation de marché qui aurait intérêt à recevoir la notification et à bénéficier d'un délai de suspension lui permettant d'exercer un recours efficace.»

Cette dérogation au délai d'attente a ainsi été consacrée par l'article 2ter de la directive et transposée ensuite en droit belge par la loi du 23 décembre 2009 et reprise enfin dans la loi du 17 juin 2013.

La directive 2007/66/CE ne s'appliquant pas aux marchés inférieurs aux seuils européens de publicité ou pour lesquels aucune publicité européenne n'est requise, il est logique que le législateur européen permettent aux Etats membres de décider si, pour ces marchés, un délai d'attente doit être imposé ou non.

A cet égard, le législateur belge a pris la décision de ne pas rendre applicable le délai d'attente pour les marchés ne devant pas faire l'objet d'une publicité européenne; le législateur estimant vraisemblablement que des procédures efficaces existaient afin de contester le contrat conclu.

21. Dans le cas d'espèce, il n'y a donc pas eu d'application volontaire du délai de standstill. Il convient dès lors de se conformer à la volonté du législateur qui est de réserver la procédure en suspension d'extrême urgence au standstill légal et au standstill volontaire.

A défaut d'agir en ce sens, la législation applicable au standstill serait dépourvue d'intérêt puisque n'importe quel marché serait finalement susceptible de bénéficier du délai d'attente pourtant réservé à certains d'entre eux seulement.

A défaut de quoi on n'aperçoit pas le motif de traiter de manière différente une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence dans le cas présent et dans toutes les matières autres que les marchés publics".

La partie adverse indique être consciente que la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat n'est pas conforme à la thèse qu'elle défend, mais cite des arrêts plus anciens déclarant irrecevables des recours en suspension lorsqu'ils étaient introduits après la conclusion du contrat. S'appuyant sur cette jurisprudence, elle fait valoir que "dans la mesure où, en l'espèce, le contrat a déjà été conclu avant que votre Conseil ne soit saisi du présent recours, la demande doit être déclarée sans intérêt et irrecevable".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ouvre un droit à former un recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Ni cet article ni aucune autre disposition de la loi du 17 juin 2013 précitée ne font obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension, la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence, alors même que le marché a déjà été conclu.

Il appartient, dès lors, au Conseil d'Etat d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, suite à un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire, voire sur son exécution en cours. En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés et, partant, d'égalité entre les justiciables.

L'exception est rejetée.

V. PREMIER MOYEN

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la "violation des articles 5 et 20 de la Loi du 15 juin 2006, des articles 58 et 61 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, des principes de bonne administration, notamment la prudence et la motivation matérielle".

En substance, elle reproche à la partie adverse d'avoir attribué le marché litigieux sans avoir au préalable procédé à la vérification de la déclaration sur l'honneur de l'attributaire selon laquelle il n'a pas fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée dans une des hypothèses visées à l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Elle concède que le cahier spécial des charges n'obligeait pas les soumissionnaires à joindre à leur offre un extrait de casier judiciaire, mais fait valoir qu'il revenait à la partie adverse, conformément à la technique de la déclaration sur l'honneur, prévue à l'article 61, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, de vérifier la déclaration avant de prendre la décision d'attribution. Or, elle constate qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier porté à sa connaissance que la partie adverse a effectivement procédé à cette vérification.

Elle estime donc "que la partie adverse, en prenant la décision attaquée, n'a pas respecté les exigences des articles 5 et 20 de la loi du 15 juin 2006, ainsi que les articles 58 et 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et que le premier moyen est sérieux et fondé".

La requérante expose encore qu'elle a intérêt au premier moyen, dès lors que le contrôle *a priori*, c'est-à-dire avant la décision d'attribution est essentiel en vue d'une "protection préventive efficace dans la matière des marchés publics". En effet, s'il était permis à la partie adverse d'attendre jusqu'à la conclusion du contrat pour vérifier la déclaration sur l'honneur, les soumissionnaires non choisis n'auraient plus de possibilité de contester les résultats de l'enquête du pouvoir adjudicateur au niveau du droit d'accès. Elle ajoute, à cet égard, que s'il l'on admettait que la déclaration sur l'honneur ne soit vérifiée qu'après la décision d'attribution, "la compétence de contrôle (même s'il s'agit d'une compétence marginale) sera vidée de sa substance, étant donné qu'un pouvoir adjudicateur peut simplement attendre jusqu'après l'expiration du délai d'attente, ou même après une éventuelle procédure en suspension d'extrême urgence, pour s'exprimer sur le sujet du droit d'accès". En l'espèce, elle considère que puisque "la déclaration sur l'honneur [n'a pas été] vérifiée, il n'est plus certain que le marché est attribué à un soumissionnaire qui ne se trouve pas dans une situation d'exclusion".

Elle conclut que "la partie adverse a donc violé les articles 5 et 20 de la Loi du 15 juin 2006 et les articles 58 et 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

B. Note d'observations

La partie adverse expose, notamment, ce qui suit concernant la vérification de la déclaration sur l'honneur:

" En ce qui concerne singulièrement la vérification de l'absence de condamnation pénale dans le chef des soumissionnaires, la partie adverse a ainsi uniquement tenu compte de la déclaration sur l'honneur fournie par chaque soumissionnaire conformément au cahier spécial des charges.
Avant d'attribuer le marché litigieux, aucun extrait de casier judiciaire n'a ainsi été exigé de la part des soumissionnaires.
Si la partie adverse admet qu'elle a omis de vérifier, avant l'attribution du marché, que la S.P.R.L. TCO Service n'avait pas fait l'objet de condamnation judiciaire, le conseil de la S.P.R.L. TCO Service a toutefois transmis spontanément un extrait de casier judiciaire (vierge) daté du 25 août 2016 suite à l'introduction du présent recours.
Ce document démontre dès lors clairement que, conformément à ce qu'elle indiquait dans sa déclaration sur l'honneur, la S.P.R.L. TCO Service n'a fait l'objet d'aucune condamnation judiciaire, de sorte qu'elle ne devait pas être exclue du marché litigieux".

La partie adverse joint à son dossier administratif un extrait de casier judiciaire délivré le 25 août 2016 à l'attributaire du marché, extrait sur lequel figure la mention suivante: "casier judiciaire néant à la date du: 25/08/2016".

Se référant à un arrêt du Conseil d'Etat du 8 septembre 2016, elle estime que, "compte tenu des circonstances particulières de la cause et notamment de la transmission spontanée d'un extrait de casier judiciaire, l'éventuelle illégalité liée à la méconnaissance de l'article 61, § 4, alinéa 4, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'a pas lésé la requérante" et que "le moyen doit dès lors être déclaré irrecevable".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 61, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit:

" § 4. En cas de procédure ouverte, de procédure négociée directe avec publicité et de procédure négociée sans publicité, lorsque cette dernière procédure se déroule en une seule phase, le soumissionnaire, par le simple fait d'introduire l'offre, déclare implicitement sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux paragraphes 1^{er} et 2.

L'application obligatoire de la déclaration implicite sur l'honneur ne vaut que dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a accès gratuitement, par des moyens électroniques visés à l'article 60, § 1^{er}, aux renseignements ou documents relatifs aux cas d'exclusion sur lesquels porte la déclaration.

Pour les procédures mentionnées à l'alinéa 1^{er}, lorsque n'est pas remplie la condition de l'alinéa 2, mais aussi en cas de procédure restreinte, de dialogue compétitif, de procédure négociée avec publicité et de procédure négociée sans publicité, lorsque cette dernière procédure se déroule en plusieurs phases, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché que par le simple fait d'introduire la demande de participation ou l'offre, respectivement le candidat ou le soumissionnaire déclare implicitement sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux paragraphes 1^{er} et 2.

Sous réserve des dispositions de l'article 63, § 2, dernier alinéa, concernant la vérification du respect des obligations fiscales visées au § 2, 6°, le pouvoir

adjudicateur, en application de la déclaration visée aux alinéas précédents, procède à la vérification de la situation, selon le cas :

- 1° des candidats entrant en considération pour la sélection, avant de prendre la décision de sélection;
- 2° du soumissionnaire susceptible d'être désigné adjudicataire, avant de prendre la décision d'attribution".

Il n'est pas contesté, en l'espèce, que la partie adverse n'avait pas procédé à la vérification visée à l'article 61, § 4, alinéa 4, 2°, avant d'adopter la décision d'attribution du marché litigieux. Il apparaît toutefois qu'entre-temps, l'attributaire a produit un extrait de casier judiciaire démontrant qu'il n'avait pas fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée au moment de la décision d'attribution. La partie requérante ne conteste pas la validité de cet extrait.

Il s'ensuit, à première vue, qu'à supposer que l'absence de vérification de la déclaration sur l'honneur préalablement à l'adoption de la décision d'attribution du marché soit de nature à entacher d'illégalité cette décision, l'irrégularité alléguée n'aurait, en toute hypothèse, pas pu léser la requérante dans les circonstances particulières de la cause, puisqu'il apparaît de celles-ci que l'attributaire satisfaisait bien aux conditions du droit d'accès au marché.

Le moyen est irrecevable.

VI. SECOND MOYEN

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un second moyen "de la violation des articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006, des articles 5 et 8 de la loi du 17 juin 2013, l'article 1 de l'arrêté royal n° 20 du 20 juillet 1970 fixant le taux de la taxe sur la valeur ajoutée et déterminant la répartition des biens et services selon ces taux [...]; l'article 95, §3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ainsi que les principes d'égalité et de transparence et de *patere legem quam ipse fecisti*, des principes de motivation matérielle [et] au moins formelle (prévu dans les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs)".

En substance, elle critique l'évaluation des offres à laquelle a procédé la partie adverse, en particulier quant au critère lié au montant des offres. Elle estime que "l'évaluation des offres au niveau des prix est contraire à ce que la partie adverse a prévu et annoncé dans le cahier des charges" et que cette évaluation ne lui permet pas de vérifier si l'offre de l'attributaire du marché est évaluée de manière correcte.

Elle mentionne à cet égard les éléments suivants:

- " i) la partie adverse a, contrairement à ce qu'elle avait annoncé dans le Cahier des Charges, évalué les prix hors TVA (première branche, [...]);
- ii) la comparaison des prix HTVA et TVAC de la partie intéressée pour la maison de repos «Le Clair Séjour» (MRS), semble être basée sur un taux TVA de 10,59%, ce qui est un taux impossible, car il n'est pas prévu dans la législation TVA (deuxième branche, [...]);
- iii) ni la décision attaquée, ni le rapport d'adjudication[ne] permet[tent] à la partie requérante de comprendre le taux de T.V.A. proposé par la partie intéressée et retenu par la partie adverse pour les prestations 1, c.-à-d. les prestations à livrer dans la maison de repos (troisième branche, [...]); et
- iv) le taux TVA correct est décisif pour le classement des offres, et alors l'attribution du marché (quatrième branche, [...])."

La requérante relève que le rapport d'évaluation des offres et la décision attaquée se basent sur les montants hors taxe sur la valeur ajoutée, alors que le cahier spécial des charges indique clairement et répétitivement que "le montant de l'offre" doit être compris comme étant le prix incluant ladite taxe. Elle cite, en ce sens, plusieurs articles du cahier spécial des charges.

Dans une première branche du moyen, elle reproche à la partie adverse d'avoir violé l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 prévoyant la transparence, ainsi que le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Elle explique qu'outre qu'elle s'imposait au vu des prescriptions du cahier spécial des charges, la prise en compte de la taxe sur la valeur ajoutée "est aussi impérative pour identifier l'offre économiquement la plus intéressante (article 25 de la loi du 15 juin 2006), car la T.V.A. est un taux/frais qui s'ajoute au prix de l'offre et est une dépense qui doit être portée par la partie adverse".

A cet égard, elle rappelle que l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 prescrit ceci pour les procédures d'adjudication :

- " Pour la détermination de l'offre régulière la plus basse, le pouvoir adjudicateur tient compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter ses débours".

Elle considère que, par analogie, lorsque le pouvoir adjudicateur fait appel au critère du prix dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre, ce prix doit aussi être évalué en tenant compte des éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, augmenter les débours dudit pouvoir adjudicateur. En l'espèce, dès lors que la partie adverse n'est pas assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne l'objet du marché, le montant de celle-ci est à sa charge.

Elle estime, par conséquent, que la partie adverse devait prendre en considération les prix "taxe sur la valeur ajoutée comprise".

Dans une deuxième branche du moyen, elle fait valoir que le taux de la taxe sur la valeur ajoutée indiqué par l'attributaire est impossible. Elle observe à cet égard qu'une "comparaison des prix I.T.V.A. et T.V.A.C. [de l'attributaire] laisse déduire qu'un taux de 10,59 % serait appliqué". Or, un tel taux n'est pas prévu dans la réglementation. Ce taux peut donc, selon elle, "seulement être compris comme taux moyen dans l'hypothèse où [l'attributaire] applique un taux différent pour les services individuels de la prestation 1". La requérante poursuit en indiquant que "cependant, Votre Conseil constatera que tous les autres soumissionnaires ont offert un taux unitaire, soit 12 % (Compass sa), soit 6 % (Sodexo Belgium, ISS Catering, API Restauration) pour la maison de repos".

En conséquence, dès lors que : "le taux de 10,59 % n'est pas un taux reconnu par l'arrêté royal n° 20; et [...] que la décision attaquée ne permet pas de constater avec sûreté que [l'attributaire] a proposé un taux différencié, la partie requérante fait, en première instance, remarquer que l'offre de [l'attributaire] contient une irrégularité substantielle, à savoir une irrégularité au niveau de sa tarification". Elle en conclut que "la décision attaquée, attribuant le marché à une offre irrégulière, viole l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

La requérante fait encore valoir qu'"une décision d'attribution reposant sur des données non réalistes, à cause de l'absence d'une vérification ou contrôle conformément aux dispositions du cahier des charges, viole de plus les principes de bonne gestion administrative, car une telle décision avantage des soumissionnaires qui, afin d'obtenir l'attribution d'un marché, incluent dans leur offre des éléments irréalistes, à savoir un taux T.V.A. non prévu par l'article 1 de l'arrêté royal n° 20".

Dans une troisième branche du moyen la requérante soutient que "la décision attaquée n'est pas en concordance avec le principe de motivation formelle suffisante, car elle ne [lui] permet pas de comprendre la décision à la lecture de celle-ci". Elle expose, à cet égard, que le "taux de 10,59 % retenu pour les prestations «MRS», est incompréhensible sans explication plus profonde dans la décision attaquée, soit le rapport d'adjudication". Elle reproche, dès lors, à la partie adverse de ne pas avoir fourni une motivation adéquate et suffisante dans la décision attaquée et le rapport d'adjudication en ce qu'"elle ne permet pas à la partie requérante de comprendre le montant retenu et de vérifier si les taux appliqués par la partie intéressée sont en concordance avec la législation applicable".

Dans ce qu'elle présente comme une quatrième branche, la requérante développe ensuite une argumentation visant à démontrer qu'elle a un intérêt au moyen, dès lors qu'il est de nature à lui faire obtenir une nouvelle chance de voir son offre classée première. En effet, selon elle, "les «prix de l'offre» mentionnés dans le rapport d'attribution montrent que, dans l'hypothèse où [l'attributaire] doit appliquer un taux unitaire de 12 % (comme est le cas pour le soumissionnaire COMPASS GROUP), l'offre de la partie requérante obtient, en total, la cotation la plus haute". Elle produit à l'appui de sa thèse le tableau comparatif suivant, qui prend comme base de calcul de la taxe sur la valeur ajoutée 12 pourcents pour l'offre de l'attributaire, au lieu de 10,59 pourcents, tout en laissant inchangée le taux appliqué par les autres soumissionnaires.

Total Prest 1	HTVA	TVAC	Punt TVAC %	PuntP	PuntQ	
Compass	318 893,52	354 325,79	88,82	88,82	81	169,82
Sodexo	300 656,55	318 695,95	100,00	100,00	90	190,00
TCO	291 202,20	323 436,34	98,51	98,51	89	187,51
ISS	292 256,38	309 791,76	102,79	102,79	85	187,79
API	292 449,75	309 996,72	102,73	102,73	72	174,73
Total Prest 2	HTVA	TVAC	Punt TVAC %	PuntP	PuntQ	
Compass	17 100,00	18 126,00	100,00	50,00	34	84,00
Sodexo	22 032,00	23 353,92	71,16	35,58	31	66,58
TCO	21 672,00	22 972,32	73,26	36,63	43	79,63
ISS	18 050,40	19 133,42	94,44	47,22	33	80,22
API	19 680,00	20 860,80	84,91	42,46	27	69,46
Punten	Tot	TotTVAC				
Compass	255,49	253,82	4			
Sodexo	253,33	256,58	3			
TCO	268,63	267,14	2			
ISS	264,86	268,02	1			
API	241,025	244,19	5			

Elle estime donc qu'"en appliquant un taux unitaire pour [l'attributaire], l'offre de la partie requérante semble l'offre économiquement la plus avantageuse avec 0,88 points de plus que celle de [l'attributaire]".

Concernant le taux retenu, la requérante expose encore "que les services de restauration sont en principe à considérer comme des prestations de services, et alors conformément à la rubrique I du tableau B de l'annexe à l'Arrêté Royal n° 20 passibles du taux réduit de 12 %". Elle précise que ces services de restauration peuvent être considérés comme des livraisons de biens, soumis au taux réduit de 6% lorsque, notamment, la mise à disposition de locaux et la prise en charge de certains frais sont effectuées à titre onéreux, ce qui est le cas dans son offre.

La requérante suppose, en revanche, que l'offre de l'attributaire n'est pas conforme auxdites conditions, "raison pour laquelle il est raisonnable d'argumenter que le taux de 12 % TVA doit en effet être pris en considération".

VI.2. Décision du Conseil d'Etat quant aux quatre branches réunies

La partie requérante ne critique la décision d'attribution qu'au regard du critère du montant de l'offre, qui constitue l'un des six critères d'attribution pour chacune des deux prestations. Le moyen ne peut dès lors être de nature à lui rendre une chance de se voir attribuer le marché que s'il apparaît qu'en tenant compte des prix incluant la taxe sur la valeur ajoutée, le classement final des offres aurait pu être inversé en sa faveur.

Il convient à cet égard, en premier lieu, de constater que le calcul auquel se livre la requérante dans le tableau comparatif est, *prima facie*, entaché d'une erreur, puisque les critères d'attribution prévoient pour le montant de l'offre une note maximale de 100 points pour la prestation 1, alors que la requérante parvient à des notes de 102,79 points pour son offre concernant cette prestation et de 102,73 points pour l'offre d'un autre soumissionnaire.

Il convient, ensuite, de relever que la prise en compte de la taxe sur la valeur ajoutée ne peut avoir une incidence qu'en ce qui concerne le montant des offres pour la "prestation 1", dans la mesure où la requérante et l'attributaire n'appliquent pas les mêmes taux pour tous les postes relatifs à cette prestation, tandis que pour la "prestation 2", les deux offres proposent un taux identique de 6 pourcents.

Par ailleurs, indépendamment de l'appréciation qui pourrait être portée sur la régularité du choix fait par la partie adverse de ne pas tenir compte de la taxe sur la valeur ajoutée dans l'évaluation du critère de prix, la décision querellée mentionne, en toute hypothèse, les prix remis par chaque soumissionnaire avec et sans taxe sur la valeur ajoutée, en sorte que chacun d'entre eux a pu vérifier la notation effectuée par la partie adverse sur chacun de ces prix. La requérante démontre elle-même dans les développements de son moyen que la seule mention des montants de l'offre avec et sans taxe sur la valeur ajoutée lui a permis de calculer le montant de cette taxe pour l'attributaire, comme pour les autres soumissionnaires, et d'en contester le taux. Il s'ensuit que la critique de la requérante n'est pas sérieuse en ce qu'elle reproche à la partie adverse d'avoir motivé sa décision de manière incompréhensible sur ce point.

Il ressort, par ailleurs, du dossier administratif et des explications fournies par la partie adverse qu'à l'exception de la société COMPASS GROUP et de l'attributaire, tous les soumissionnaires ont considéré que l'ensemble des prestations

relatives à la maison de repos et de soins "Le Clair Séjour" étaient soumises à un taux de taxe sur la valeur ajoutée unique de 6 pourcents, l'attributaire ayant, pour sa part, proposé un taux de taxe sur la valeur ajoutée de 6 pourcents pour la plupart des postes et un taux de 21 pourcents pour les postes relatifs aux frais mensuels de personnel et aux frais mensuels généraux. Le taux moyen constaté de 10,59 pourcents s'explique donc par l'application de ces deux taux de taxe sur la valeur ajoutée différents et rien n'autorise à considérer, à première vue, qu'un taux unique de douze pourcents aurait dû nécessairement s'appliquer à cette prestation dans l'offre de l'attributaire, alors qu'un taux de 6 pourcents aurait pu être retenu pour la requérante et d'autres soumissionnaires. Le moyen manque, en conséquence, en fait en ce qu'il fait grief à la partie adverse d'avoir accepté un taux de taxe sur la valeur ajoutée impossible.

Eu égard aux précisions qui précèdent, il apparaît qu'un calcul du prix de l'offre intégrant la taxe sur la valeur ajoutée pour la "prestation 1" aboutit au montant de 319.970, 24 euros pour l'attributaire et de 309.791,76 euros pour la requérante. A suivre la thèse de la requérante, celle-ci aurait dû, en fonction de ce calcul, se voir attribuer 100 points (au lieu de 99,64), tandis que l'attributaire n'aurait dû obtenir que 96,71 points (au lieu de 100). Comme indiqué plus haut, la prise en compte de la taxe sur la valeur ajoutée aurait, en revanche, été sans incidence sur le classement des offres concernant la "prestation 2". Au total, la requérante aurait donc, selon ce calcul, obtenu 265,22 points (au lieu de 264,86) et l'attributaire en aurait obtenu 265,34 (au lieu de 268,63). Il s'ensuit qu'en toute hypothèse, même si la prise en compte de la taxe sur la valeur ajoutée aurait été de nature à réduire l'écart entre les deux offres, elle n'aurait pas suffi à modifier le classement des offres, celle de l'attributaire obtenant toujours le nombre le plus élevé de points. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il s'ensuit qu'en ce qu'il fait grief à la partie adverse de ne pas avoir pris en compte les prix incluant la taxe sur la valeur ajoutée, le moyen n'est pas de nature à rendre à la société requérante une chance de se voir attribuer le marché.

Le moyen est partiellement irrecevable et pour le reste n'est pas sérieux.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse joint à son dossier les offres de différents soumissionnaires et demande qu'elles soient tenues confidentielles.

La divulgation de ces pièces n'étant, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige et étant de nature à nuire au secret des affaires, il y a lieu d'accueillir la demande de la partie adverse.

VIII. INDEMNITE DE PROCEDURE

VIII. 1. Thèses des parties

La partie adverse demande que soit mise à charge de la requérante une indemnité de procédure fixée à son montant de base de 700 euros.

A l'audience du 18 octobre 2016, la requérante fait valoir que dans la mesure où ce n'est que suite à l'introduction du recours que l'attributaire du marché a transmis un extrait de casier judiciaire, il y a lieu de considérer que la partie adverse avait effectivement commis une illégalité en ne procédant pas à la vérification de la déclaration sur l'honneur avant de prendre la décision attaquée. Elle estime que cette circonstance devrait amener à considérer qu'elle a, en quelque sorte, obtenu gain de cause sur ce moyen et qu'il y a lieu, à tout le moins, de réduire en conséquence le montant de l'indemnité de procédure.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort des motifs de l'arrêt que la partie adverse est celle qui a obtenu gain de cause au sens de l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Cette disposition prévoit par ailleurs, dans son § 2 que :

- " § 2. La section du contentieux administratif peut, par décision spécialement motivée, soit réduire l'indemnité soit l'augmenter, sans pour autant dépasser les montants maxima et minima prévus par le Roi. Dans son appréciation, elle tient compte :
- 1° de la capacité financière de la partie succombante, pour diminuer le montant de l'indemnité;
 - 2° de la complexité de l'affaire;
 - 3° du caractère manifestement déraisonnable de la situation.
- [...]"

Les circonstances alléguées par la partie requérante ne tombent pas sous le coup de cette disposition.

Il s'ensuit qu'aucune circonstance ne justifie de réduire l'indemnité de procédure en-deçà de son montant de base, fixé à 700 euros. Cette indemnité est mise à la charge de la partie qui succombe, soit, en l'espèce, la requérante.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 16 à 20 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-six octobre deux mille seize par :

M. Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,



Caroline HUGÉ.



Serge BODART.