

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 214.843 du 22 août 2011

G./A.201.247/VI-19.193

En cause : **la société anonyme VENTURIS,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Cédric MOLITOR, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles,

contre :

la Société nationale des chemins de fer belges,
en abrégé S.N.C.B.,

ayant élu domicile chez
Mes Frederik VANDENDRIESSCHE,
Bruno LOMBAERT et Irène MATHY, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société civile sous forme de société coopérative
à responsabilité limitée Gerechtsdeurwaarderskantoor
DE MEUTER & CORSTJENS,**

ayant élu domicile chez
Me Rika HEIJSE, avocat,
Kortrijksesteenweg, n° 867,
9000 Gand.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA DEMANDE DE SUSPENSION

Par une demande introduite le 28 juillet 2011, la société anonyme VENTURIS tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

- " la décision de la SOCIETE NATIONALE DES CHEMINS DE FER BELGES (en abrégé S.N.C.B.), pouvoir adjudicateur, de date inconnue, notifiée par lettre recommandée portant la date du 13 juillet 2011 et reçue le 15 juillet, d'attribuer le marché public de service relatif au recouvrement de créances exigibles dans le

cadre de dossiers relatifs à des voyageurs irréguliers (ref. : Cahier spécial des charges n° CT4/0000030079 (ex.65.200.121) du 17 février 2011) à la firme DE MEUTER & CORSTJENS".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 1^{er} août 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 12 août 2011 à 11 heures.

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

Par une requête introduite le 8 août 2011, la société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée Gerechtsdeurwaarderskantoor DE MEUTER & CORSTJENS demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M^{me} le Président de chambre Odile DAURMONT a exposé son rapport.

Me François BELLEFLAMME, loco Mes Jean BOURTEMBOURG, Cédric MOLITOR et Michel FORGES, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Irène MATHY, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Rika HEIJSE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Christian AMELYNCK, a donné son avis conforme.

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. La Société nationale des chemins de fer belges a décidé, au mois de février 2010, d'attribuer, selon une procédure négociée avec publicité, un marché public ayant pour objet le recouvrement de créances exigibles de voyageurs irréguliers.

III. 2. La procédure est mise en œuvre mais émaillée de difficultés relatives aux obligations professionnelles respectives des sociétés de recouvrement et des huissiers de justice.

III. 3. A la suite de ces événements, une nouvelle version du cahier spécial des charges est transmise aux neuf sociétés dont la candidature avait été retenue le 8 juin 2010.

III. 4. A l'issue de cette procédure à laquelle ont participé notamment la requérante, l'intervenante et la société INTRUM – cette dernière a introduit un recours, actuellement pendant, contre la décision attaquée dans le présent litige –, l'intervenante est classée première avec 96 points sur 100 et la requérante deuxième avec 82 points sur 100.

III. 5. Pour le critère du prix, la requérante s'était vu attribuer 95 points sur 100, soit 57 points sur 60. Pour le même critère, la société Gerechtsdeurwaarderskantoor DE MEUTER & CORSTJENS s'était vu attribuer 100 points sur 100, soit 60 points sur 60.

III. 6. La décision motivée d'attribution, jointe au courrier portant la date du 3 mai 2011 mentionnait à cet égard pour le critère du prix (2.2.1) et en ce qui concerne la phase judiciaire, ce qui suit :

" La firme DE MEUTER & CORSTJENS nous donne la garantie qu'elle portera en compte à la SNCB un maximum de 5 % des montants non récupérés.
Les trois autres soumissionnaires n'imposent aucune limitation et perdent de ce fait 5 points".

III. 7. L'arrêt n° 213.559 du 30 mai 2011 a sursis à statuer sur le recours introduit par la société VENTURIS contre la décision du 3 mai 2011 du comité de direction de la S.N.C.B. de conclure le marché avec la société Gerechtsdeurwaarderskantoor DE MEUTER & CORSTJENS en raison du retrait – non encore définitif – de cette décision par la partie adverse.

III. 8. Au terme de la présente requête :

" 13. Reprenant la procédure et statuant sur base des offres dont le dépôt avait été constaté à l'occasion de la séance d'ouverture des offres qui s'était tenue le 24 mars 2011, la partie adverse décide, à une date inconnue, dans le courant du mois de juillet 2011, d'attribuer le marché de service relatif au «recouvrement de créances exigibles dans le cadre de dossiers relatifs à des voyageurs irréguliers - C170» à la firme DE MEUTER & CORSTJENS, la décision d'attribution précisant que le marché est conclu sous la forme d'un accord-cadre pour une durée de deux ans à partir de la date de la notification d'approbation de l'offre, le marché étant ensuite au maximum deux fois renouvelable par tacite reconduction pour une période d'un an, sauf résiliation anticipée. Cette décision est communiquée sous une forme incomplète, c'est-à-dire en ne comprenant, en annexe, que le rapport d'analyse de l'offre de la requérante, par un mail du 13 juillet 2011 et, sous une forme complète, c'est-à-dire reprenant en annexe quatre rapports analysant les quatre offres déposées, par un pli recommandé reçu par la requérante le 15 juillet 2011.".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 8 août 2011, la société Gerechtsdeurwaarderskantoor DE MEUTER & CORSTJENS demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE DE SUSPENSION

La partie intervenante soulève trois exceptions d'irrecevabilité.

En l'espèce, ainsi qu'il apparaîtra ci-après, et au stade de la procédure d'extrême urgence, ces exceptions ne font pas l'objet d'un examen, la requête étant rejetée pour un autre motif : le moyen unique n'est pas sérieux.

VI. MOYEN UNIQUE

VI. 1. La requête

La partie requérante expose comme suit ce moyen :

- " Pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe de l'égalité des soumissionnaires, du principe «Patere legem quam ipse fecisti», de l'article 519 du Code judiciaire, de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant les tarifs des huissiers, de l'article 39, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, du défaut de motivation et de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir;

En ce que l'acte attaqué attribue un marché public de services ayant pour objet l'encaissement de créances exigibles dans le cadre de dossiers relatifs à des voyageurs irréguliers à la société DE MEUTER & CORSTJENS qui est une étude d'huissiers de justice, la partie adverse ayant considéré que l'offre remise par l'adjudicataire était régulière et la plus avantageuse d'un point de vue économique;

Alors qu'un pouvoir adjudicateur ne peut prendre en considération, en vue de leur comparaison et du choix de l'adjudicataire, que les offres régulières; que doivent être considérées comme régulières les offres qui sont conformes aux prescriptions essentielles du Cahier spécial des charges;

Qu'en l'espèce, tel n'était cependant pas le cas de l'offre déposée par la Société DE MEUTER & CORSTJENS;

Développements

1. En l'espèce, l'offre de la société DE MEUTER & CORSTJENS ne peut être considérée comme régulière, et ce pour au moins deux raisons.

Selon la motivation de l'acte attaqué, tel que notifié à la requérante, l'adjudicataire a donné à la partie adverse «la garantie qu'(il) portera en compte à la SNCB un maximum de 5 % des montants non-récupérés».

Il résulte clairement du Cahier spécial des charges que pour ce qui concerne le critère du prix, la seule indication qui devait être livrée par les soumissionnaires dans leurs offres était le «pourcentage que le soumissionnaire entend garder pour lui sur le montant total des sommes recouvrées en phase amiable» (cfr. p. 7, sub art. 6, et p. 13, sub art. 13; également annexe 4 du CSC). Il n'était donc pas prévu qu'un soumissionnaire puisse, dans son offre, apporter des modulations en ce qui concerne le prix des prestations à réaliser dans le cadre de l'exécution du marché litigieux, s'agissant du recouvrement judiciaire. En cela déjà, l'offre de l'adjudicataire était irrégulière.

2. D'autre part, il n'est pas établi que l'offre remise par l'adjudicataire respecte, pour ce qui concerne la limitation de prix à 5 % des montants non récupérés en phase judiciaire, les dispositions de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 et l'article 519 du Code judiciaire. Il faut rappeler que le Cahier spécial des charges prévoit expressément que pour «les opérations officielles de l'huissier de justice dans le cadre de la phase dite judiciaire, ce sont les règles et les tarifs légaux qui s'appliquent (cf. art. 619 C. jud et A.R. du 30/11/1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations).».

2.1 Pour l'ensemble des actes qu'ils posent, en tant qu'officiers publics, notamment dans le cadre de procédures de recouvrement judiciaire, les huissiers de justice sont tenus d'appliquer le tarif fixé par l'arrêté royal du 30 novembre 1976 visé au moyen, adopté sur la base de l'article 519 du Code judiciaire; que les dispositions qui viennent d'être citées sont d'ordre public (voy. à ce propos, E. Leroy, «Les émoluments, frais et débours des huissiers de justice : entre réalités antinomiques et paradoxe anachronique ? - Première partie», Jus & Actores, n° 1/2007, pp. 47 et ss., spéc. pp. 59-63). Il en résulte que toute convention contraire au tarif légal est sanctionnée de nullité absolue. L'huissier de justice ne peut consentir une remise, partielle ou totale, de ses droits, frais et débours et que sont prohibés le travail au forfait et le partage des droits, frais et débours avec des tiers. En vertu de l'arrêté royal précité, il est interdit aux huissiers de justice de renoncer à leurs honoraires dus pour les actes posés, lorsqu'il apparaît, in fine, que la créance est, en fait, irrécouvrable.

Au surplus, selon l'article 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal susvisé, «[l]es huissiers de justice ont droit au remboursement de leurs frais et déboursés et à des indemnités de déplacement». En vertu de cette disposition, le fait qu'un huissier de justice ne parvienne pas à recouvrer les sommes dues à un créancier n'implique pas une absence de rémunération. Au contraire, l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 prévoit une obligation de rémunération pour l'ensemble des actes posés par l'huissier quelle qu'en soit l'issue.

2.2 La requérante avait déjà attiré l'attention de la S.N.C.B. sur ce point en lui faisant remarquer, dans son courrier du 28 juin 2010, que la première version du cahier spécial des charges du 8 juin 2010 (CT4/0000030079 (ex.65.200.121)) ne respectait pas les dispositions précitées ; qu'en effet, l'article 13 (Prix et rendement

économique) de l'Annexe 1 de la première version du cahier spécial des charges disposait que :

«Le rendement économique sera jugé sur base des critères suivants :

- les frais forfaitaires uniques portés en compte pour le support informatique;
- les frais fixes forfaitaires portés en compte pour l'ouverture d'un dossier;
- le taux de commission (exprimé en %) appliqué en procédure de recouvrement amiable sur les sommes recouvrées depuis l'envoi des dossiers par le Pouvoir Judiciaire;
- le taux de récupération global (procédures amiables et judiciaires) garanti, celui-ci étant représentatif du montant net que le soumissionnaire affirme pouvoir récupérer en faveur du pouvoir judiciaire, soit :

Valeur des impayés - (frais fixes + commission en phase amiable + frais judiciaires) = montant net récupéré

- la prévisibilité et la maîtrise des coûts dans les procédures de recouvrement judiciaire, sachant que les frais judiciaires font l'objet d'une tarification légale touchant à l'ordre public (art. 519 et 1017 à 1024 du Code judiciaire) ce qui ne permet pas à ce niveau de mise en concurrence sur le prix.

Pour ce sous-critère, le soumissionnaire indiquera dans son offre :

- la méthodologie appliquée pour garantir la maîtrise des frais judiciaires;
- le pourcentage maximum de dossiers qui feront l'objet d'une procédure de recouvrement judiciaire;
- le pourcentage maximum de dossiers en recouvrement judiciaire qui ne pourront être clôturés avec le paiement complet des frais judiciaires par la partie condamnée et, pour ces dossiers, le montant plafond des frais non recouverts.».

Suite aux critiques émises par la requérante s'agissant de la première version du cahier spécial des charges, la S.N.C.B. a réalisé une seconde version du cahier spécial des charges relatif au marché litigieux. Cette seconde version prévoit désormais, en son article 13 (Prix) de l'Annexe 1, que :

«Le soumissionnaire est prié d'indiquer une commission à titre de rémunération de sa prestation en phase amiable, par laquelle on entend le pourcentage que le soumissionnaire entend garder pour lui sur le montant total des sommes recouvrées en phase amiable.

Pour les opérations officielles de l'huissier de justice dans le cadre de la phase dite judiciaire, ce sont les règles et les tarifs légaux qui s'appliquent (cf. art. 619 C. jud et A.R. du 30/11/1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations).

Les honoraires d'avocat dans le cadre de la phase judiciaire seront remboursés par la SNCB après dépense, jusqu'à un montant maximal à hauteur de l'indemnité de procédure (A.R. du 26 octobre 2007 – l'arrêté royal fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat).

(En cas de déboutement dans un dossier, les frais d'avocat seront calculés à concurrence d'un montant égal à l'indemnité de procédure).

Le coût de la mise en demeure par lettre dans laquelle il est formulé des menaces de poursuites, n'est pas intégré à la commission et sera indemnisé suivant une rémunération fixe (et donc pas récupérée en tant que telle auprès du débiteur, même s'il est procédé à un recouvrement judiciaire, à savoir (à la date de rédaction du présent cahier spécial des charges) :

- 6,9162 € lorsque la créance est égale ou inférieure à 124,99 €
- 8,1805 € lorsque la créance est égale ou supérieure à 125 €

La commission intègre cependant tous les autres frais.
Ceux-ci comprennent notamment :

- des frais forfaitaires fixes d'ouverture d'un dossier
- les frais administratifs et de secrétariat
- les frais de déplacement et de transport, d'assurances
- les coûts de la documentation éventuellement exigée
- les frais d'hôtel du personnel étranger
- les licences de logiciels utilisés dans le cadre de la mission
- les frais de livraison de documents ou de pièces liés à l'exécution des services
- les droits de douane et les accises relatifs au matériel et aux produits utilisés
- le coût des emballages
- les frais de contrôle et de réception
- les frais de fourniture d'un reporting mensuel comme prévu à l'article 7.2
- les frais de support informatique, y compris les coûts de la formation du pouvoir adjudicateur à la consultation en ligne des dossiers visés et de l'analyse du reporting comme prévu à l'article 11.2.

Les prix indiqués par le soumissionnaire dans son offre sont définitifs et invariables. Dans la détermination du prix, le soumissionnaire doit tenir compte du fait que toutes les sommes qui ont été récupérées doivent être reversées au pouvoir adjudicateur, déduction faite du pourcentage de commission. Il en va toujours de même si une partie des frais peut, en vertu de l'article 5 de la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur et des conditions générales en vigueur à SNCB Mobility, être réclamée au consommateur; le cas échéant, l'adjudicataire percevra les sommes pour les reverser ensuite à SNCB Mobility.

Ce qui précède ne porte pas atteinte au traitement et à l'imputation des frais personnels dans le cadre de la phase judiciaire conformément à l'A.R. du 30 novembre 1976 (à l'exclusion des frais d'entreprise qui sont supportés par la SNCB - voir ci-dessus) : ceux-ci sont imputés en première instance au débiteur et ont valeur de rémunération pour prestations dans le chef de l'huissier de justice et ne doivent pas être reversées.».

2.3 Malgré la modification de l'article 13 de l'Annexe 1 du cahier spécial des charges, l'acte attaqué ne respecte pas les dispositions visées au moyen dès lors qu'il juge l'offre de l'adjudicataire régulière alors que celui-ci a proposé d'appliquer un tarif en phase judiciaire qui ne dépasserait pas 5 % des montants non récupérés. Un tel taux de commission ne pouvait toutefois pas être proposé par l'adjudicataire dès lors que celui-ci est une étude d'huissiers de justice qui ne peut, de ce fait, proposer un taux de commission fixe en prenant ainsi le risque de ne pas être rémunéré pour certaines de ces prestations.

L'offre d'une étude d'huissiers de justice proposant, lors de la phase judiciaire, un taux de commission fixe ou un prix maximum consistant en un pourcentage des montants non récupérés est susceptible d'entraîner des situations dans lesquelles des huissiers de justice ne seraient pas rémunérés pour l'ensemble des actes posés dans un dossier dès lors que le taux de commission ne serait pas suffisant pour permettre de couvrir le montant total de ces actes.

Pour les actes qu'il pose en tant qu'officier public, et notamment les actes liés au recouvrement judiciaire, l'huissier de justice doit respecter, scrupuleusement, son tarif. Il n'est dès lors pas possible de prévoir ou de proposer un taux de commission ou un prix maximum, sous la forme d'un pourcentage, pour couvrir les honoraires d'huissier de justice liés au recouvrement judiciaire, et ce quel que soit le montant

total des créances à récupérer ou même le montant moyen d'une créance individuelle à recouvrer. En réalité, l'application d'un taux forfaitaire implique inévitablement une rémunération supérieure ou inférieure à celle prévue par le tarif fixé par l'arrêté royal du 30 novembre 1976. En l'espèce, et comme indiqué au moyen de l'exemple ci-dess[ous], cette rémunération serait inférieure. A ce stade, il est impossible de prévoir les actes qui devront être posés par l'huissier de justice dans le cadre de la phase judiciaire de l'exécution du marché, et de prévoir le nombre ou le taux de dossiers irrécouvrables. De même, le montant des sommes irrécouvrables est inconnu au moment de la passation du marché. Les honoraires qui devront être exposés en vue de conclure à une irrécouvrabilité d'un dossier constitue, tout autant, une inconnue, l'huissier de justice ne pouvant prévoir combien d'actes il devra poser avant de constater l'insolvabilité d'un débiteur.

A titre d'exemple, pour les années 2005 à 2009, la S.N.C.B. relève qu'il y a 210.245 voyageurs irréguliers qui font l'objet d'une créance auprès de la S.N.C.B. pour un montant total de 3.521.882 €, ce qui correspond donc à une moyenne de 16,75 € par voyageur. En imaginant que la société DE MEUTER & CORSTJENS ne parvienne pas à récupérer le montant d'une créance, elle aurait droit à 5 % du montant non-récupéré. En considérant une créance de 16,75 €, le taux de commission de la société DE MEUTER & CORSTJENS représenterait 0,84 €. On ne peut concevoir qu'avec un tel montant, un huissier de justice respecterait les dispositions auxquelles il est soumis en matière de tarification dans la mesure où, selon l'arrêté royal du 30 novembre 1976, une simple expédition doit être facturée 6,63 € (Tarif 2011, M.B., 31 décembre 2010, pp. 83491-83493).

La situation qui résulterait de l'offre présentée par la société DE MEUTER & CORSTJENS est dès lors en contradiction avec les dispositions de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 et l'article 519 du Code judiciaire. Ces dispositions établissent, dans le chef de l'huissier de justice, une obligation de résultat. Par conséquent, l'huissier de justice doit être rémunéré pour les prestations accomplies sans que le résultat ne puisse conditionner de quelque manière que ce soit sa rémunération. L'offre de l'adjudicataire, telle que libellée, ne permettait pas de s'assurer que, dans le cadre de l'exécution du marché litigieux, l'arrêté royal du 30 novembre 1976 précité pourrait être respecté.

Il en découle que l'offre de l'adjudicataire n'était pas régulière. Celle-ci aurait dû, pour cette raison, être écartée, le marché ne pouvait être attribué à la société DE MEUTER & CORSTJENS.

3. On ne peut, bien évidemment, manquer de relever que l'acte attaqué ne mentionne plus la circonstance que l'offre déposée par la société DE MEUTER & CORSTJENS donnait la garantie que ce soumissionnaire «porte(r)ait en compte à la S.N.C.B. un maximum de 5 % des montants non récupérés» dans le cadre du recouvrement judiciaire, alors que ceci était expressément mentionné dans la précédente décision d'attribution adoptée par la partie adverse le 3 mai 2011 dans le cadre de la même procédure d'attribution d'un marché public, décision retirée par la suite. De même, à la différence de la décision d'attribution précédente du 3 mai 2011, l'acte actuellement attaqué ne valorise plus cet élément de l'offre de la société DE MEUTER & CORSTJENS au bénéfice de celle-ci. On rappelle à cet égard que la décision d'attribution précédemment adoptée, le 3 mai 2011, constatant que les trois autres soumissionnaires, dont faisait partie la requérante, n'imposaient à cet égard aucune limitation, indiquait que ceux-ci «perd(ai)ent de ce fait 5 points» pour le critère du prix.

La circonstance que la limitation proposée par l'adjudicataire dans son offre n'est plus mentionnée dans la décision d'attribution et n'a plus été prise en compte pour la détermination de l'offre la plus intéressante ne permet cependant pas de considérer que l'offre déposée par la société DE MEUTER & CORSTJENS serait régulière.

Il ressort sans conteste de la motivation de la précédente décision d'attribution du 3 mai 2011 que la garantie offerte par l'adjudicataire qu'il portera en compte à la S.N.C.B. un maximum de 5 % des montants non récupérés dans le cadre de la phase judiciaire était un élément de son offre.

Comme démontré ci-dessus (n° 2), cet élément rendait l'offre irrégulière, dans la mesure où celui-ci contrevenait manifestement à des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges.

La circonstance qu'en l'espèce, la décision d'attribution du marché litigieux a été prise au terme d'une procédure négociée avec publicité n'enlève rien au constat qui vient d'être fait, et ne saurait mener à une autre conclusion. Lorsque dans le cadre d'une telle procédure, et en vue de l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur établit un cahier spécial des charges, il reste, malgré la souplesse offerte par ce mode d'attribution, tenu par les règles qu'il s'est ainsi lui-même imposées, au moment d'adopter la décision d'attribution (en ce sens, C.E., n° 209.502, du 3 décembre 2010, S.A. Polymedis).

L'application en l'espèce de la procédure négociée avec publicité ne permettait pas à la partie adverse, à l'occasion de l'adoption de l'acte attaqué qui a fait suite au retrait d'une précédente décision ayant le même objet, de ne plus tenir compte d'un des éléments de l'offre de l'adjudicataire, qui avait pour effet de rendre celle-ci irrégulière.

La circonstance qu'à l'occasion de l'adoption de l'acte attaqué, la partie adverse n'ait plus tenu compte de la garantie offerte par l'adjudicataire pour ce qui concerne le recouvrement judiciaire, à cet égard, apparaît être une reconnaissance du bien-fondé des critiques formulées par la requérante à ce propos, développées ci-dessus et qui figuraient déjà à l'appui du recours que la requérante avait introduit devant le Conseil d'Etat contre la précédente décision d'attribution, du 3 mai 2011. Il ne peut cependant être question, dans le cadre d'une procédure négociée, de faire usage des possibilités de négociation dont dispose le pouvoir adjudicateur dans le but de rendre régulière une offre qui ne l'était pas, parce qu'elle n'était pas conforme à des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges. De même, dans le cadre d'une procédure négociée, une offre irrégulière ne peut être jugée recevable, et doit être écartée. Il ne saurait dès lors être question de négocier à son propos.

Pour le surplus, il n'apparaît pas, en l'espèce, à la lecture de la motivation de l'acte attaqué, que la question de la garantie offerte par l'adjudicataire dans son offre, en ce qui concerne le coût du recouvrement en phase judiciaire, aurait fait l'objet de discussions ou de négociations entre l'adjudicataire et la partie adverse. Il semble donc que c'est d'autorité que le pouvoir adjudicateur a en l'espèce décidé de ne pas tenir compte de cet élément de l'offre de la société DE MEUTER & CORSTJENS, ce qu'il n'était pas, en vertu des dispositions et principes visés au moyen, autorisé à faire.

4. L'offre de la société DE MEUTER & CORSTJENS devait être jugée irrégulière. Elle devait pour cette raison être écartée par le pouvoir adjudicateur. Le recours à la procédure négociée avec publicité n'autorisait pas en l'espèce la partie adverse à ne pas tenir compte d'un des éléments de l'offre du soumissionnaire finalement retenu, qui avait pour effet de rendre cette offre irrégulière. On peut souligner qu'il résulte des considérations qui précèdent que la motivation de l'acte attaqué ne peut être jugée adéquate.

5. Le moyen est fondé."

VI. 2. La note d'observations

La partie adverse réfute comme suit l'argumentation de la partie requérante :

- " 13. La requérante expose, dans sa requête, que l'offre de la société De Meuter, soumissionnaire retenu par la décision attaquée, ne pouvait être considérée comme régulière par la partie adverse.

Elle invoque, à l'appui de cette affirmation, la mention qui figurait dans la première décision d'attribution du 3 mai 2011, aujourd'hui retirée, concernant l'offre de ce soumissionnaire, indiquant que l'adjudicataire aurait donné à la partie adverse «la garantie qu'(il) portera en compte à la SNCB un maximum de 5 % des montants non-récupérés».

Elle en déduit que cette offre ne respecte donc pas les prescriptions du cahier spécial des charges du 17 février 2011, concernant le prix des prestations effectuées dans le cadre du recouvrement judiciaire. Elle estime également, par voie de conséquence, que cette offre ne serait pas conforme aux dispositions de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 et à l'article 519 du Code judiciaire.

Comme cela ressort de l'exposé des faits ci-dessus, la mention ainsi invoquée par la requérante - figurant uniquement dans la première décision d'attribution et non dans l'acte attaqué - résultait d'une mauvaise compréhension, de la part de la partie adverse, de l'offre de De Meuter, qui a été corrigée lors de l'adoption de la décision actuellement attaquée (voyez également ci-dessous).

En effet, cette offre ne comporte pas - et n'a jamais comporté - la «garantie» ainsi décrite; elle ne prévoit nullement - et n'a jamais prévu - de ne pas facturer à la partie adverse l'intégralité des prestations effectuées, tant dans le cadre de la phase de recouvrement amiable qu'à l'occasion de la phase de recouvrement judiciaire.

Pour rappel, cette offre comportait en réalité, concernant la phase judiciaire, la proposition suivante (traduction) :

«En outre, nous souhaitons également prendre l'engagement que le pourcentage maximal des dossiers dans lesquels des frais judiciaires impayés doivent être mis à charge de la SNCB s'élève à 5 % du nombre de dossiers confiés pour l'Intérieur du pays qui n'ont pas été clôturés à la demande de la SNCB. Dans ce cadre, nous traitons toutes les infractions d'un même client comme un seul dossier, pour autant que la phase dans laquelle se trouve ce dossier permette encore d'y reprendre des infractions supplémentaires.

Si pour des raisons imprévisibles, ce pourcentage devait encore être supérieur à 5 %, nous nous engageons à faire don du montant des frais judiciaires impayés qui dépasse les 5 % à une bonne cause choisie par la SNCB et liée à l'activité principale de la SNCB» [...].

L'offre de l'adjudicataire n'emporte donc aucune renonciation ou remise, de la part des huissiers concernés, de leurs droits, frais et débours : selon les estimations réalisées par le soumissionnaire, celui-ci indique pouvoir escompter un pourcentage de recouvrement des dossiers menés, à la demande de la SNCB, jusqu'à la phase judiciaire, de 95 %. A supposer, toutefois, que son estimation s'avère présomptueuse et incorrecte, le soumissionnaire facturera bel et bien l'intégralité des frais judiciaires encourus à la SNCB mais s'engage à effectuer un versement caritatif au prorata de sa mésestimation.

Cette offre était donc, même avant sa négociation par la partie adverse, parfaitement régulière au regard des stipulations du cahier spécial des charges visées par la requérante. Elle est, de même, conforme aux dispositions de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 et à l'article 519 du Code judiciaire, dès lors qu'elle ne comporte aucune dérogation aux principes de tarification et d'imputation des prestations réalisées par un huissier de justice que ces dispositions contiennent. La partie adverse relève, pour le surplus, que la requérante ne remet pas en cause la conformité du cahier spécial des charges du 17 février 2011 avec les dispositions légales et réglementaires précitées.

Dès lors, la présente décision d'attribution attaquée, du 13 juillet 2011, ne viole pas les dispositions et principes visés au moyen mais en constitue, au contraire, l'exacte application.

Le moyen manque donc, à cet égard, tant en fait qu'en droit.

14. La requérante s'étonne, dans son recours, de la suppression dans le libellé de la décision entreprise du 13 juillet 2011 de la mention relative à la «garantie» prétendument accordée par l'adjudicataire, qui figurait dans la décision retirée du 3 mai 2011. Elle relève également que cet élément n'est plus valorisé dans l'appréciation de l'offre de De Meuter au regard du critère prix.

Elle estime, tout d'abord, que la simple suppression de cette mention et de sa valorisation ne permet pas de rendre l'offre de De Meuter régulière sur ce point, dès lors que la partie adverse était tenue de respecter les règles qu'elle s'était elle-même fixées dans son cahier spécial des charges.

La requérante déduit ensuite de cette suppression que la partie adverse aurait ainsi reconnu le caractère irrégulier de l'offre de De Meuter et aurait tenté, de la sorte, de dissimuler celui-ci ou décidé à tout le moins de ne pas en tenir compte. Elle relève à cet égard qu'«il ne peut cependant être question, dans le cadre d'une procédure négociée, de faire usage des possibilités de négociation dont dispose le pouvoir adjudicateur dans le but de rendre régulière une offre qui ne l'était pas, parce qu'elle n'était pas conforme à des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges».

A cet égard, il convient de renvoyer tout d'abord à ce qui a été indiqué ci-dessus : l'offre de De Meuter n'a jamais contenu de limitation ou de ristourne sur les montants susceptibles d'être facturés à la SNCB pour les frais, débours et droits afférents aux services prestés dans le cadre du présent marché.

Et rien n'indique que l'engagement qu'elle contenait effectivement, à l'origine, de reverser une partie de la rémunération effectivement perçue par la SNCB, dans certaines circonstances particulières, à une bonne œuvre, constituait quant à lui une irrégularité au regard des dispositions visées au moyen et aux stipulations du cahier spécial des charges.

Dès lors, la partie adverse pouvait à bon droit considérer cette offre comme régulière et, constatant qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges, décider en conséquence de mener des négociations bilatérales avec le soumissionnaire De Meuter.

Dans le cadre d'une procédure négociée, la libre négociation des conditions finales de l'offre susceptible d'être retenue, dans le respect du cahier spécial des charges et de l'égalité entre les soumissionnaires, constitue la caractéristique intrinsèque de la procédure négociée (D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 1997, p. 608; C.E. n° 156.427, du 15 mars 2006, Bouygues Belgium et crts; C.E., n° 116.962, du 12 mars 2003, Lieds et n° 104.014, du 22 février 2002, IGRETEC). Le pouvoir adjudicateur peut, dans ce cadre, décider de

négociier uniquement avec le soumissionnaire le mieux classé (C.E., n° 151.944 du 30 novembre 2005, Ets Beherman Demoen ; comp. C.E., n° 125.482, du 19 novembre 2003, s.a Derriks).

En l'occurrence, la partie adverse s'était, en outre, expressément réservé cette faculté dans le cahier spécial des charges (page 4 des dispositions administratives du cahier spécial des charges CT4/0000030079 du 17 février 2011).

La partie adverse a, en l'occurrence, décidé de mener des négociations avec le soumissionnaire De Meuter, mieux classé au regard des critères d'attribution, non pas en vue de «régulariser» son offre, mais bien en vue de la faire correspondre de manière optimale aux attentes du pouvoir adjudicateur : la proposition accessoire contenue dans l'offre de De Meuter ne pouvant s'intégrer de manière cohérente au programme d'actions de bienfaisance et de sponsoring déjà mené par la SNCB et étant susceptible de présenter des difficultés juridiques quant à son implémentation, elle était en droit de suggérer au soumissionnaire de retirer celle-ci.

La négociation ainsi menée portait donc sur une clause isolée de l'offre de De Meuter, ne remettant aucunement en cause les conditions - et en particulier le prix - dans lesquelles ce soumissionnaire s'était engagé à prester les services visés par le cahier spécial des charges ni les éléments de son offre ayant déterminé l'appréciation portée par la partie adverse sur celle-ci au regard des critères d'attribution.

En outre, même à supposer que cette «clause de bienfaisance» de l'offre de De Meuter aurait été irrégulière - quod certe non -, il conviendrait à tout le moins de relever que cette clause ne pourrait, en tout état de cause, être considérée comme une irrégularité substantielle de l'offre de De Meuter, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait faire rectifier dans le cadre des négociations.

Outre que les dispositions de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatives à la régularité des offres demeurent, comme telles, étrangères à la procédure négociée, il convient ici de renvoyer également à Votre arrêt n° 180.547, du 6 mars 2008, nv Brasschaat Financial Holding.

Cette affaire concernait en effet une procédure avec publicité ayant donné lieu à l'adoption d'une première décision d'attribution, contestée devant Votre Conseil et suspendue par celui-ci au motif que le pouvoir adjudicateur avait valorisé, dans sa décision, une clause particulière de l'offre du soumissionnaire retenu qui ne semblait pas nécessairement conforme au cahier spécial des charges (arrêt n° 178.884, du 24 janvier 2008).

En suite de cet arrêt, le pouvoir adjudicateur a décidé de procéder au retrait de la décision d'attribution et d'interroger le soumissionnaire concerné quant à la portée exacte de la clause litigieuse de son offre et quant à la possibilité de confirmer son offre en supprimant cette modalité particulière. Le soumissionnaire ayant fourni cette confirmation, le pouvoir adjudicateur lui a à nouveau attribué le marché en cause.

Dans le cadre du recours en suspension introduit contre cette nouvelle décision, Votre Conseil a constaté que cette décision ne faisait plus mention de cette clause particulière et que l'arrêt de suspension prononcé antérieurement avait manifestement conduit à la modification de l'offre du soumissionnaire retenu (point 24.1). Votre Conseil a ensuite considéré que :

«24.2. Zulks is echter in de eerste plaats in een beperkte en bijzondere context gebeurd : het enige punt waarop de offerte is gewijzigd, namelijk door de weglating van de borgstelling, is een gegeven dat niet in de offerte van de verzoekende partij was begrepen. Die wijziging in de offerte van de

tussenkomen de partij strekte er dan nog toe om aan een schorsingsarrest tegemoet te komen waarin werd vastgesteld dat de implicatie van die borgstelling op de waardering van de offerte van de tussenkomen de partij niet verduidelijkt was en vragen werden gesteld naar de juiste inhoud van die borgstelling en naar de impact ervan op de finale verantwoordelijkheid van de private partner.

24.3. De verzoekende partij gaat nu wel van de stelling uit dat die wijziging een "substantiële onregelmatigheid" verhielp die kleefde aan de offerte van de tussenkomen de partij. Op grond van welke normering, eigen aan de voorliggende onderhandelingsprocedure, dergelijke onregelmatigheid te dezen zou moeten blijken, toont de verzoekende partij echter onvoldoende aan. Mocht in dat verband het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 122bis van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, te dezen al toepasselijk zijn, dan lijkt in elk geval niet te worden aangetoond op welke wijze deze zeer algemeen gestelde bepaling, die de te expliciteren gunningscriteria betreft, zou zijn geschonden. In een onderhandelingsprocedure lijkt er in het algemeen alvast meer ruimte voor aanpassing van offertes zekerlijk te dezen waar deze gunningswijze verantwoord wordt vanuit het feit dat voor de opdracht de specificaties onvoldoende nauwkeurig werd vastgelegd (artikel 17, § 3, 4/ van de wet)» [...].

Ainsi, la modification négociée d'une clause isolée de l'offre d'un soumissionnaire, ne trouvant pas son équivalent dans l'offre d'un autre soumissionnaire, et dont il n'est pas démontré qu'elle constituerait une irrégularité substantielle devant, dans le cadre d'une procédure négociée, être prise en considération par le pouvoir adjudicateur, est parfaitement admissible et conforme aux principes d'égalité et de transparence applicables à cette procédure.

Telle est, précisément, la portée de la modification négociée entre la partie adverse et le soumissionnaire De Meuter quant à la clause relative à l'engagement de verser, dans certaines circonstances, une somme déterminée à une bonne œuvre.

Il convient dès lors, au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, que la négociation de pareille modification marginale de l'offre du soumissionnaire retenu par la partie adverse n'a pas rompu l'égalité entre les soumissionnaires et ne peut s'interpréter comme une «régularisation» non autorisée de l'offre de ce soumissionnaire.

Le moyen, en l'espèce, manque à nouveau en fait et en droit."

VI. 3. La requête en intervention

La partie intervenante développe sa réfutation en ces termes :

- " La partie intervenante souhaite démontrer dans sa requête en intervention que :
- Primo, le passage contesté de la première décision d'attribution n'est plus repris dans la deuxième décision, laquelle est la décision attaquée et que ce motif est donc inexistant.
 - Secundo, que l'offre de la partie intervenante n'a jamais contenu de telle proposition, et que la réelle proposition, telle que correctement interprétée ; ne viole pas les dispositions du cahier spécial des charges, ni celles de l'AR du 30.11.1976
 - Tertio, que la négociation entre la SNCB et la partie intervenante qui a donné lieu à une modification de l'offre de la partie intervenante, ne représente aucunement une infraction à la législation des marchés publics et que la négociation était donc encore permise.

1) Le motif est inexistant

8. Toute l'argumentation de la partie requérante est basée sur une seule phrase qui ressort de la première décision d'attribution du 3 mai 2011, concernant l'offre de ce soumissionnaire, indiquant que l'adjudicataire aurait donné à la partie adverse «la garantie qu'(il) portera en compte à la SNCB un maximum de 5 % des montants non-récupérés». Comme la partie adverse l'a reconnu, cette phrase de la première décision est basée sur une interprétation erronée de l'offre de la partie intervenante.

9. Toutefois, cette première décision d'attribution du 3 mai 2011 n'existe plus à ce jour puisqu'elle fut retirée par la décision du 24 mai 2011 de la SNCB [...]. Dès lors, cette décision du 3 mai 2011 ainsi que son contenu n'ont aucune valeur juridique et ne peuvent être utilisés comme un élément de preuve.

En conclusion le grief manque en fait et n'est pas sérieux.

10. La partie adverse a pris une deuxième décision d'attribution le 13.07.2011, laquelle est l'acte attaqué. Il ressort de la jurisprudence de Votre Conseil qu'un pouvoir adjudicateur n'est plus lié par les motifs d'une décision retirée (voy. Arrêt du 11 février 2010, n° 200.778, NV Eurobussing Vlaanderen, point 8.2) :

«8.2. Het intrekingsbesluit heeft tot gevolg dat de eerste toewijzingsbeslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan. De verwerende partij lijkt dan ook in principe niet gebonden door de motieven waarop deze steunde aangezien zij hiervan, precies als reactie op het arrest van de Raad van State, afstand heeft genomen door tot intrekking van de beslissing over te gaan. Op het eerste gezicht lijkt het inherent aan een nieuwe beoordeling en een nieuwe beoordelingswijze dat deze tot een verschillend resultaat kunnen leiden. Hieruit lijkt als dusdanig geen schending van de in het middel aangehaalde bepalingen te kunnen worden afgeleid.»

Dès lors seuls les motifs de la deuxième décision d'attribution, constituent l'acte administratif «en vigueur», dont les motifs et fondement peuvent être soumis au jugement de Votre Conseil. La partie requérante ne peut se prévaloir des motifs de la décision retirée.

2) L'offre de la partie intervenante n'a jamais violé les dispositions de l'AR du 30.11.1976

11. Le grief de la partie requérante se base sur une lecture erronée de l'offre de la partie intervenante. Dans son offre, la partie intervenante a voulu prendre un engagement supplémentaire afin de souligner son souhait et son ambition de réaliser la mission de recouvrement dans l'esprit d'économie de frais tel que demandé par la partie adverse dans le cahier spécial des charges.

L'offre de la partie intervenante comporte la proposition suivante [...] :

«Daarnaast willen wij ook het engagement aangaan dat het maximumpercentage van dossiers waarin onbetaalde gerechtskosten ten laste van de NMBS moeten gelegd worden 5 % bedraagt van het aantal toevertrouwde, binnenlandse dossiers die niet op verzoek van de NMBS werden afgesloten. Hierbij hanteren we alle overtredingen ten aanzien van één zelfde klant als één dossier, voor zover de fase waarin dit dossier zich bevindt nog toelaat om bijkomende overtredingen in dit dossier op te nemen.

Indien om onvoorzienbare redenen dit percentage alsnog meer dan 5 % zou bedragen, engageren we ons ertoe om het bedrag aan niet-gerecupereerde gerechtskosten dat de 5 % overstijgt te schenken aan een goed doel dat door de NMBS wordt gekozen en verbonden is aan de kernactiviteit van de NMBS.»

Traduction assermentée :

«En outre, nous souhaitons également prendre l'engagement que le pourcentage maximal des dossiers dans lesquels des frais judiciaires impayés doivent être mis à charge de la SNCB s'élève à 5% du nombre de dossiers confiés pour l'intérieur du pays qui n'ont pas été clôturés à la demande de la SNCB. Dans ce cadre, nous traitons toutes les infractions d'un même client comme un seul dossier, pour autant que la phase dans laquelle se trouve ce dossier permette encore d'y reprendre des infractions supplémentaires.

Si pour des raisons imprévisibles, ce pourcentage devait encore être supérieur à 5 %, nous nous engageons à faire don du montant des frais judiciaires impayés qui dépasse les 5 % à une bonne cause choisie par la SNCB et liée à l'activité principale de la SNCB».

12. Comme votre Conseil peut le constater, cette disposition ne correspond nullement à l'interprétation qui en fut donnée dans la première décision d'attribution. La partie adverse a également reconnu avoir effectué une lecture erronée de cet engagement (voy. infra 15).

Dans son offre, la partie intervenante explique comment elle réalise une méthodologie de recouvrement qui vise à exploiter au maximum la phase amiable et à limiter les coûts et frais aussi bien pour la SNCB que pour le voyageur. Il serait contraire à cette ambition d'entamer de manière légère une phase judiciaire. Afin de souligner son engagement de n'entamer une phase judiciaire que si elle juge celle-ci la plus efficace et réaliste en vue de la solvabilité du voyageur, la partie intervenante a ajouté cet engagement à son offre.

La proposition de la partie intervenante doit être lue de la manière suivante (et a été lue par la partie adverse préalablement à la deuxième décision d'attribution) : si le nombre de dossiers dans lesquels les frais judiciaires doivent être mis à charge de la SNCB dépasse un certain seuil (i.e. 5 % des dossiers confiés), l'huissier de justice donnera à une bonne œuvre le montant des frais judiciaires qui dépasse ce seuil, après en avoir reçu paiement par la SNCB.

Seulement en cas de dépassement du taux de 5 % du nombre de dossiers confiés, impliquant des frais judiciaires impayés, la partie intervenante s'engageait à verser le montant des frais judiciaires impayés des dossiers au-delà de ce 5 % à une bonne cause choisie par la SNCB. Après paiement intégral par la SNCB des frais imposés par l'AR du 30.11.1976, la partie intervenante utiliserait alors ses propres moyens pour financer le don. Le don serait déduit du résultat financier de l'activité professionnelle globale du cabinet d'huissier portant sur les revenus de toutes les opérations du cabinet, aussi bien celles en phase amiable que celles en phase judiciaire, et après déduction de tous les frais professionnels.

Une telle proposition ne viole nullement les dispositions du cahier spécial des charges, ni de l'AR du 30.11.1976.

13. Le cahier spécial des charges demande aux soumissionnaires de donner dans leur offre une commission à titre de rémunération de ses prestations en phase amiable. Les frais judiciaires (de l'huissier de justice et de l'avocat) sont régis par la législation qui s'y applique. Sur base de la commission proposée, la partie adverse est en état d'estimer le coût total de chaque offre et de comparer les offres des différents soumissionnaires.

La proposition de la partie intervenante telle que formulée dans son offre n'affecte nullement le prix total mis à charge de la partie adverse. Même si le nombre de dossiers confiés dépasse le seuil indiqué de 5 %, tous les frais judiciaires seront facturés à la SNCB et devront être payés par la SNCB à la partie intervenante.

14. Une telle offre est également conforme à l'AR du 30.11.1976. L'article 2 de l'AR stipule :

«Il est défendu aux huissiers de justice :

1° d'exiger pour les actes prévus au présent tarif, des droits, vacations, déboursés, indemnités de déplacement ou frais plus élevés que ceux qui y sont fixés;

2° de conserver plus d'un mois des sommes remises en paiement par un débiteur pour compte d'un créancier.

Il ne peut être dérogé à cette règle qu'en cas d'opposition ou de saisie-arrêt signifiée avant l'expiration du délai précité;

3° de partager leurs droits, frais ou déboursés avec des tiers hormis des confrères;

4° d'accorder à leurs clients une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés.» [...]

Comme il a été démontré ci-dessus, la proposition de la partie intervenante ne représente pas du tout une remise partielle ou totale des droits, frais ou déboursés auxquels l'huissier de justice a droit. Si, par exemple, dans 7 % des dossiers des frais judiciaires doivent être mis à charge de la SNCB, la partie intervenante facturera les frais judiciaires dans ces 7 % des dossiers et la partie adverse sera tenue de payer l'intégralité de ces frais. Ensuite, la partie intervenante proposait de verser de ses propres moyens financiers, l'équivalent des frais judiciaires dans 2 % des dossiers (dans cet exemple concret) à une bonne œuvre.

15. En proposant le don à une bonne cause, la partie intervenante a proposé quelque chose en surplus de ce qui était demandé par le cahier spécial des charges. La partie intervenante a respecté le cahier spécial des charges puisqu'elle n'a rien changé aux règles de paiement en phase amiable, ni en phase judiciaire. Par ailleurs, le cahier spécial des charges ne prévoyait aucune interdiction de formuler une proposition en surplus des règles de paiement propres du cahier spécial des charges. Cette partie de l'offre de la partie intervenante ne représente donc non plus une partie essentielle de son offre, bien qu'elle soit importante dans sa philosophie.

Par conséquent l'offre de la partie requérante n'était pas entachée par une irrégularité.

3) La négociation entre la partie adverse et la partie intervenante ne viole nullement la législation sur les marchés publics.

16. La partie adverse a reconnu que l'interprétation qui fut initialement donnée à l'offre de la partie intervenante et qui fut reprise dans la première décision d'attribution, était erronée. Après avoir retiré cette première décision et après une nouvelle lecture et évaluation des offres des différents soumissionnaires, la partie intervenante a activement communiqué par téléphone à la partie adverse que l'interprétation donnée dans la première décision d'attribution ne correspondait pas au réel contenu de sa proposition.

17. La SNCB a ensuite demandé par lettre du 15 juin 2011 à la partie intervenante de retirer la proposition relative au don de certaines sommes à une bonne cause [...]:

«In Uw offerte formuleert U het voorstel om, onder welbepaalde voorwaarden, een bepaald bedrag te schenken aan een goed doel dat samen met de NMBS zou worden gekozen. We begrijpen Uw voorstel aldus dat u wel degelijk de gerechtskosten voor de door u uitgevoerde opdrachten volledig aan de NMBS zou doorrekenen. U biedt echter aan om, indien het aantal dossiers met niet-gerecupereerde gerechtskosten de drempel van 5 % van de toevertrouwde, binnenlandse dossiers die niet op verzoek van de NMBS werden afgesloten overschrijdt, een bedrag dat overeenstemt met het bedrag aan niet-gerecupereerde

gerechtskosten te schenken aan een goed doel. U stelt tevens voor om de NMBS in voorkomend geval eventueel bij de keuze van dat goede doel te betrekken.

De NMBS is echter van oordeel dat dit voorstel, naast een aantal voordelen ook een aantal nadelen voor de NMBS vertoont. Vooreerst wenst de NMBS een eigen en specifiek sponsoring en ondersteuningsbeleid te voeren en hiervoor geen parallelle trajecten te verkennen. Ook eventuele juridische complicaties die de implementatie van dit voorstel met zich zouden kunnen meebrengen, verkiest de NMBS te vermijden.»

Traduction assermentée :

«Dans votre offre, vous formulez la proposition d'offrir, dans des conditions bien précises, un certain montant à une bonne cause qui sera choisie en concertation avec la SNCB. Si nous comprenons bien, l'intégralité des frais judiciaires encourus pour les missions que vous exécutez serait mise à charge de la SNCB. Vous proposez toutefois, dans le cas où le nombre de dossiers comportant des frais judiciaires non récupérés dépasse le seuil de 5 % des dossiers confiés pour l'intérieur du pays qui n'ont pas été clôturés à la demande de la SNCB, d'offrir à une bonne cause le montant qui correspond au montant des frais judiciaires non récupérés. Vous proposez également d'impliquer, le cas échéant, la SNCB dans le choix de cette bonne cause.

La SNCB est par contre d'avis que cette proposition, outre certains avantages, présente également pour la SNCB certains inconvénients. Tout d'abord, la SNCB souhaite mener sa propre politique spécifique de sponsoring et de soutien et ne pas explorer de trajets parallèles. La SNCB souhaite également éviter les éventuelles complications juridiques que pourrait engendrer la réalisation de votre proposition.

Pour ces raisons, nous vous demandons, dans le cadre d'une négociation, de confirmer que vous pouvez accepter de laisser tomber intégralement votre proposition relative au don de certaines sommes à une bonne cause. Nous vous demandons dès lors de nous confirmer par écrit, et ceci de préférence avant le 22/06/2011 à 12h00, que vous acceptez de maintenir sous "2.1. prix proposé" les dispositions relatives à la phase amiable mais de supprimer de votre offre les dispositions relatives à la phase judiciaire».

18. Par lettre du 17 juin 2011 la partie intervenante a donné suite positive à la demande de la SNCB de retirer la proposition relative au don de certaines sommes à une bonne cause [...]. Bien que la proposition fut importante dans l'offre de la partie intervenante dans la mesure où elle souligne et confirme son ambition de réaliser un recouvrement qui limite le plus possible les frais judiciaires pour les voyageurs et pour la SNCB, elle n'a pas considéré cette proposition comme étant essentielle et indispensable :

«Wij hebben uw schrijven van 15.06.2011 goed ontvangen. Uw interpretatie van het voorstel dat wij in onze offerte hebben gedaan betreffende niet-gerecupereerde gerechtskosten en de eventuele schenking aan een goed doel is correct. U verzoekt ons in uw schrijven om dit voorstel volledig te laten vallen. Wij antwoorden bevestigend op uw verzoek en stemmen ermee in om de bepalingen bij "2.1 voorgestelde prijs" m.b.t. de minnelijke fase te handhaven en de bepalingen m.b.t. de gerechtelijke fase uit onze offerte te schrappen»

Traduction assermentée :

«Nous accusons bonne réception de votre lettre du 15.06.2011. Votre interprétation de la proposition que nous avons faite dans notre offre concernant les frais judiciaires non récupérés et l'éventuel don à une bonne cause est correcte. Vous nous demandez dans votre lettre de laisser tomber intégralement cette proposition.

Nous répondons affirmativement à votre demande et acceptons de maintenir sous "2.1. prix proposé" les dispositions relatives à la phase amiable et de supprimer de notre offre les dispositions relatives à la phase judiciaire».

La procédure négociée est une procédure laissant suffisamment de liberté aux parties impliquées de négocier un résultat final qui convient au maximum aux demandes et besoins du marché. A cet effet référence peut être faite à l'article 122 bis, § 2 de l'AR du 8.1.1996 en secteurs classiques. Cet article dispose que :

«le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'il a indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier spécial des charges et dans les documents complémentaires éventuels et de rechercher la meilleure offre.

Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, il ne donne pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.» [...]

19. La partie adverse avait également indiqué dans le cahier spécial des charges qu'elle se réservait «le droit de continuer à négocier avec un ou plusieurs soumissionnaires» (p. 4/5 du cahier spécial des charges). Comme démontré ci-dessus, l'offre de la partie intervenante ne contenait pas de dispositions contraires au cahier spécial des charges ou à la législation qui régit le tarif d'huissiers de justice. Le passage supprimé de l'offre ne représente pas une partie essentielle et indispensable. Il n'a aucun impact sur la méthodologie de la partie intervenante ou sur le prix des services rendus. La négociation n'avait donc pas comme objet d'éliminer une irrégularité ou une partie essentielle de l'offre.

Conclusion : Le moyen n'est pas sérieux".

VI. 4. La décision du Conseil d'Etat

VI. 4.1. Les textes applicables

L'article 2 de l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations dispose comme suit :

- " Il est défendu aux huissiers de justice :
 - 1° d'exiger pour les actes prévus au présent tarif, des droits, vacations, déboursés, indemnités de déplacement ou frais plus élevés que ceux qui y sont fixés;
 - 2° de conserver plus d'un mois des sommes remises en paiement par un débiteur pour compte d'un créancier.Il ne peut être dérogé à cette règle qu'en cas d'opposition ou de saisie-arrêt signifiée avant l'expiration du délai précité;
- 3° de partager leurs droits, frais ou déboursés avec des tiers hormis des confrères;
- 4° d'accorder à leurs clients une remise partielle ou totale de leurs droits, frais ou déboursés."

L'article 13 de l'annexe 1 du cahier spécial des charges applicable en l'espèce prévoit ce qui suit :

- " 13.1. Détermination du prix

Le soumissionnaire est prié d'indiquer une commission à titre de rémunération de sa prestation amiable, par laquelle on entend le pourcentage que le soumissionnaire entend garder pour lui sur le montant total des sommes recouvrées en phase amiable.

Pour les opérations officielles de l'huissier de justice dans le cadre de la phase dite judiciaire, ce sont les règles et les tarifs légaux qui s'appliquent (cf. art. 619 Code Jud. et A.R. du 30/11/1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations).

Les honoraires d'avocat dans le cadre de la phase judiciaire seront remboursés par la SNCB après dépense, jusqu'à un montant maximal à hauteur de l'indemnité de procédure (A.R. du 26 octobre 2007 - l'arrêté royal fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat).

(En cas de déboutement dans un dossier, les frais d'avocat seront calculés à concurrence d'un montant égal à l'indemnité de procédure).

Le coût de la mise en demeure par lettre dans laquelle il est formulé des menaces de poursuites, n'est pas intégré à la commission et sera indemnisé suivant une rémunération fixe (et donc pas récupérée en tant que telle auprès du débiteur, même s'il est procédé à un recouvrement judiciaire), à savoir (à la date de rédaction du présent cahier spécial des charges) :

- 6,9162 € lorsque la créance est égale ou inférieure à 124,99 €
- 8,1805 € lorsque la créance est égale ou supérieure à 125 €

La commission intègre cependant tous les autres frais.
Ceux-ci comprennent notamment :

- des frais forfaitaires fixes d'ouverture d'un dossier
- les frais administratifs et de secrétariat
- les frais de déplacement et de transport, d'assurances
- les coûts de la documentation éventuellement exigée
- les frais d'hôtel du personnel étranger
- les licences de logiciels utilisés dans le cadre de la mission
- les frais de livraison de documents ou de pièces liés à l'exécution des services
- les droits de douane et les accises relatifs au matériel et aux produits utilisés
- le coût des emballages
- les frais de contrôle et de réception
- les frais de fourniture d'un reporting mensuel, comme prévu à l'article 7.2.
- les frais de support informatique, y compris les coûts de la formation du pouvoir adjudicateur à la consultation en ligne des dossiers visés et de l'analyse de reporting comme prévu à l'article 11.2.

Les prix indiqués par le soumissionnaire dans son offre sont définitifs et invariables.

Dans la détermination du prix, le soumissionnaire doit tenir compte du fait que toutes les sommes qui ont été récupérées doivent être reversées au pouvoir adjudicateur, déduction faite du pourcentage de commission. Il en va toujours de même si une partie des frais peut, en vertu de l'article 5 de la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur et des conditions générales en vigueur à SNCB Mobility, être réclamée au consommateur; le cas échéant, l'adjudicataire percevra les sommes pour les reverser ensuite à SNCB Mobility.

Ce qui précède ne porte pas atteinte au traitement et à l'imputation des frais personnels dans le cadre de la phase judiciaire conformément à l'A.R. du 30 novembre 1976 (à l'exclusion des frais d'entreprise qui sont supportés par la SNCB

- voir ci-dessus) : ceux-ci sont imputés en première instance au débiteur et ont valeur de rémunération pour prestations dans le chef de l'huissier de justice et ne doivent pas être reversés."

VI. 4.2. Les clauses litigieuses

VI. 4.2.1. La clause litigieuse figure dans la première décision du 3 mai 2011 dans les termes suivants :

" De firma De Meuter & Corstjens geeft ons de garantie dat ze maximaal 5 % van de niet gerecupeerde bedragen aan de NMBS zal doorrekenen.
De andere 3 inschrijvers leggen enkele beperking op en verliezen hierdoor 5 punten."

La traduction, non contestée par les parties, de la première phrase est la suivante :

La firme De Meuter & Corstjens nous donne "la garantie qu'[elle] portera en compte à la SNCB un maximum de 5 % des montants non récupérés."

La décision du 3 mai 2011 a cependant été retirée le 24 mai 2011 par la partie adverse.

VI. 4.2.2. L'offre du 24 mars 2011 de la partie intervenante ne contient aucune renonciation ou remise d'honoraires.

La clause dite de "bienfaisance" figurant dans l'offre de l'adjudicataire a été traduite de la manière suivante, non contestée par les parties :

" En outre, nous souhaitons également prendre l'engagement que le pourcentage maximal des dossiers dans lesquels des frais judiciaires impayés doivent être mis à charge de la SNCB s'élève à 5 % du nombre de dossiers confiés pour l'intérieur du pays qui n'ont pas été clôturés à la demande de la SNCB. Dans ce cadre, nous traitons toutes les infractions d'un même client comme un seul dossier, pour autant que la phase dans laquelle se trouve ce dossier permette encore d'y reprendre des infractions supplémentaires.

Si pour des raisons imprévisibles, ce pourcentage devait encore être supérieur à 5 %, nous nous engageons à faire don du montant des frais judiciaires impayés qui dépasse les 5 % à une bonne cause choisie par la SNCB et liée à l'activité principale de la SNCB".

Elle a été retirée de l'offre, ainsi qu'il ressort des pièces n° 36 et 37 du dossier administratif, pour faciliter la comparaison des offres déposées.

Le cahier spécial des charges applicable en l'espèce, dont la régularité n'est pas contestée par les parties, prévoit une possibilité de négociation et dès lors le retrait susvisé de la clause de bienfaisance n'est pas critiquable.

VI. 4.2.3. Conclusion

Le moyen unique n'est pas sérieux.

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée Gerechtsdeurwaarderskantoor DE MEUTER & CORSTJENS dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

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.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le vingt-deux août deux mille onze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.