

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.897 du 31 mai 2016

G./A.219.159/VI-20.779

En cause : **la société privée à responsabilité limitée MW-CARS,**

ayant élu domicile chez
Mes Guillaume POSSOZ et
Virginie POSSOZ, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

la ville de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
Me Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat,
Place de Jamblinne de Meux, n° 41,
1030 Bruxelles,

Partie intervenante :

la société anonyme ABC-CARS,

ayant élu domicile chez
Me Xavier CLOSE, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège.

**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 4 mai 2016, la société privée à responsabilité limitée MW-CARS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la "décision prise par la partie adverse d'attribuer le marché public de services de transport de personnes (principalement des élèves) par autobus vers le Centre de Santé de la Ville de Bruxelles (lot 7)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme ABC-CARS a, par une requête introduite le 25 mai 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 9 mai 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 26 mai 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 dans le délai prescrit.

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.

Mes Guillaume POSSOZ et Virginie DOR, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Xavier CLOSE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en 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

Le 10 novembre 2015, un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications concernant un marché de services à bordereau de prix, divisé en huit lots et ayant pour objet le transport, pendant soixante mois, de personnes (principalement des élèves) par autobus et autocar pour divers départements de la Ville de Bruxelles. Le mode de passation du marché est l'adjudication ouverte.

Les conditions de ce marché sont fixées dans le cahier spécial des charges CDA/007448/NDH.

Lors de la séance d'ouverture des offres, le 7 janvier 2016, il est apparu que quatre soumissionnaires avaient remis une offre, à savoir :

- la requérante, uniquement pour le lot 7 du marché;
- la société privée à responsabilité limitée GEO BUSTOURS;
- la société anonyme ABC CARS;
- la société anonyme EUROBUSSING BRUSSELS.

Par un courrier recommandé du 21 janvier 2016, la partie adverse a informé la requérante qu'elle était en possession d'une attestation fiscale (datée du 7 janvier 2016) indiquant que la requérante était redevable de plus de 3.000 euros de dettes fiscales. Elle l'invitait, dans le même courrier, à produire, dans un délai de dix jours calendrier, la preuve qu'à la date de cette attestation, elle avait obtenu pour sa dette fiscale des délais de paiement qu'elle respectait strictement ou qu'elle possédait à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ou d'une entreprise publique au sens de l'article 2, 2°, de cette loi, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 3.000 euros près, à celui pour lequel elle était en retard de paiement de ses dettes fiscales.

Le 5 février 2016, la requérante a fait parvenir par courriel à la partie adverse les documents suivants :

- deux attestations de l'Office National de Sécurité Sociale des 31 décembre 2015 et 12 janvier 2016;
- une attestation du S.P.F. Finances du 18 janvier 2016 indiquant que l'Etat lui était redevable d'un montant de 21.517,30 euros;
- une attestation du S.P.F. Finances indiquant qu'à la date du 20 janvier 2016, elle était redevable d'un montant de 3.607,68 euros à l'impôt des sociétés pour l'exercice d'imposition 2015.

En sa séance du 17 mars 2016, le collège des bourgmestre et échevins a notamment décidé :

- d'exclure la requérante de l'accès au marché;
- de sélectionner les trois autres soumissionnaires;
- de considérer comme régulières les offres de ceux-ci;
- d'attribuer les lots 1, 4 et 7 à la société ABC CARS.

Par un courriel du 15 avril 2016 et par un courrier recommandé du 19 avril 2016, la partie adverse a communiqué à la requérante l'extrait de la délibération du collège des bourgmestre et échevins du 17 mars 2016 relatif à sa non-sélection.

Le passage de cette délibération relatif à l'offre de la requérante se lit comme suit:

- " Considérant que les soumissionnaires ont été examinés eu égard au droit d'accès et aux critères de sélection qualitative repris dans le cahier spécial des charges;

Considérant qu'il ressort de cette vérification, dont les résultats sont joints à la présente délibération pour en faire partie intégrante, que le soumissionnaire MW-CARS SPRL est exclu de l'accès au marché en application de l'article 61, § 2, 6°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. En effet, l'attestation fiscale délivrée par le Service Public Fédéral Finances (SPF Finances) le 7 janvier 2016 via Digiflow mentionnait que le soumissionnaire était redevable vis-à-vis de ce service d'impôt(s), amende(s) administrative(s) exigibles, d'intérêt(s) de retard, de frais de poursuites en matière d'impôts directs et/ou de taxe(s), d'intérêt(s), d'amende(s) fiscale(s) ou accessoire(s) en matière de TVA dont la somme globale dépassait 3.000,00 EUR. Conformément à l'article 63, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la Ville a invité le soumissionnaire à fournir la preuve qu'à la date de l'attestation fiscale, soit le 7 janvier 2016, il a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il a respectés strictement ou possédait à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics ou d'une entreprise publique au sens de l'article 2, 2°, de cette même loi, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement l'égard de tiers, pour un montant au moins égal, à 3.000,00 EUR près, à celui pour lequel il était en retard de paiement de ses dettes fiscales. En réponse, le soumissionnaire a fourni :

- un accusé de réception de déclaration TVA du 18 janvier 2016, mentionnant une somme due par l'Etat de 21.517,30 EUR. Ce document est postérieur au 7 janvier 2016, date à laquelle le montant de 21.571,30 EUR n'était dès lors pas encore établie ni acceptée par le SPF Finances;

- une invitation du SPF Finances au paiement immédiat d'une somme de 3.607,68 EUR d'impôt des sociétés (exercice d'imposition 2015). Ce document tient compte des paiements effectués jusqu'au 20 janvier 2016. Le soumissionnaire a payé ce montant le 5 février 2016, donc après le 7 janvier 2016. En plus, il a fourni une attestation de l'ONSS. Toutefois, ce document ne concerne pas la situation fiscale du soumissionnaire.

Le soumissionnaire n'a dès lors pas fourni la preuve qu'à la date de l'attestation fiscale il était en règle par rapport à ses obligations fiscales conformément à l'article 63, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

Par un courrier recommandé du 29 avril 2016, la partie adverse a notifié aux seuls soumissionnaires retenus la décision motivée d'attribution.

Il s'agit de la décision dont la suspension est demandée.

IV. INTERVENTION

Par une requête du 25 mai 2016, la société anonyme ABC CARS demande à intervenir à la cause.

La société ABC CARS est l'attributaire du marché. Elle a donc un intérêt à la cause. En conséquence, il y a lieu d'accueillir sa demande.

V. RECEVABILITE

La partie intervenante soulève une exception d'irrecevabilité *ratione temporis* de la requête. A l'audience, tant la partie intervenante que la partie adverse renoncent toutefois à cette exception, au vu de la date de notification de l'acte attaqué, telle qu'elle ressort du dossier administratif.

Il apparaît, en toute hypothèse, que l'acte attaqué a été notifié à la requérante par pli recommandé le 19 avril 2016. Le dernier jour du délai ouvert à la requérante pour former recours était donc le 4 mai, date à laquelle il a été introduit.

Le recours introduit le 4 mai 2016 est recevable *ratione temporis*.

VI. MOYEN UNIQUE

VI.1. Thèses des parties

A. Partie requérante

La requérante prend un moyen unique "de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, particulièrement de son article 20 et 24; de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, particulièrement de ses articles 59, 1°, 61 et 63; et, en cas d'attribution du marché à ABC cars (ce que la partie requérante ignore), de ses articles 95, 99 et 21; des articles 60, § 2, 61, 62 et 63 des clauses administratives du cahier spécial des charges; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; du principe général *patere legem quam ipse fecisti*; du principe général de bonne administration, dont les principes de diligence, de minutie, de légitime confiance, de transparence, d'égalité, ainsi que l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse de ne pas avoir sélectionné son offre au motif qu'elle tombait sous le coup d'une cause d'exclusion reprise aux articles 61 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et d'avoir, dès lors, attribué le marché à un concurrent, alors qu'elle avait déposé l'offre régulière la plus basse et ne relevait pas d'une cause d'exclusion et alors que les dispositions visées au moyen imposent, en adjudication ouverte, d'attribuer le marché à l'offre régulière la plus basse.

Dans ce qui s'analyse comme une première branche du moyen, elle soutient qu'elle n'était pas visée par une des causes d'exclusion reprises à l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle considère qu'elle a "démontré qu'elle disposait de créances à l'égard de pouvoirs adjudicateurs – en l'occurrence l'administration de la T.V.A. et l'O.N.S.S. – qui justifiaient sa situation" et qu'elle a, "en outre, dûment démontré qu'elle avait éteint sa dette fiscale".

Elle indique à cet égard que même "à considérer que l'attestation fiscale du 7 janvier 2016 était bien à jour et mentionnait des dettes fiscales dans [son] chef, [elle] était titulaire de plusieurs créances «certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers» à l'égard d'un pouvoir adjudicateur pour un montant au moins égal aux dettes avancées".

Elle affirme ainsi avoir démontré "plus de 21.000 euros de créance à l'égard de l'administration de la TVA et une créance de 749,30 euros à l'égard de l'ONSS (couvrant donc, «à 3.000 euros près», sa dette fiscale)". Elle ajoute que "ces créances étaient exigibles à la date à laquelle la partie adverse a sollicité l'attestation digiflow sur la base de laquelle elle a décidé d'écarter [son] offre [...] puisqu'en particulier la créance TVA se rapporte à la situation de la requérante à la fin du mois de décembre 2015". Elle précise que cette créance était certaine et libre de tout engagement vis-à-vis de tiers qu'elle a été confirmée par un extrait de compte TVA du 16 février 2016 que lui a transmis par l'administration. Il en va, selon elle, de même pour la créance émanant de l'O.N.S.S..

La requérante considère donc que "tant à la séance d'ouverture des offres qu'à la date à laquelle la partie adverse a procédé à la vérification de [sa] situation fiscale [...] et qu'enfin, à la date de la décision de sélection, [elle] disposait de créances à l'égard de pouvoirs adjudicateurs qui démontraient qu'elle satisfaisait aux conditions d'accès prescrites par les articles 61 et 63 de l'arrêté royal".

Elle ajoute encore qu'elle a "démontré qu'elle avait éteint sa dette fiscale et ce avant la décision de sélection, ce qui est à tout le moins aussi bien que de disposer de délais de paiement et de les respecter".

La requérante indique encore que "quoiqu'il en soit, le pouvoir adjudicateur est malvenu d'écarter les justificatifs apportés par la partie requérante au motif qu'ils sont datés postérieurement à la date de l'attestation fiscale. Cette date n'est en rien une date butoir avant laquelle la situation de la partie requérante doit être démontrée. Au contraire, cette démonstration peut intervenir jusqu'à la décision d'attribution du marché conformément à l'article 63, § 2, de l'arrêté royal".

Dans ce qui apparaît comme une seconde branche du moyen, la requérante allègue que, à en juger par les seules informations dont elle dispose, l'offre de la partie intervenante présente un prix anormalement bas, dès lors que ce prix est de 190.492,60 euros T.V.A.C. alors que son propre prix est de 421.784,60 euros T.V.A.C. et que le troisième soumissionnaire proposait un prix de 485.395,20 euros T.V.A.C.. Elle constate une différence de prix de plus de 121 pourcents entre son offre et celle de la partie intervenante, la différence s'élevant à 154 pourcents avec le troisième soumissionnaire. A l'audience, elle ajoute avoir constaté que la décision d'attribution, dont elle n'a pris connaissance qu'en consultant le dossier administratif, indique dans son premier considérant que la partie adverse avait elle-même estimé la dépense pour le lot litigieux à 540.000 euros, ce dont elle conclut que l'offre de la partie intervenante était inférieure de 185 pourcents au montant estimé initialement par la partie adverse.

Elle estime qu'une telle différence de prix démontre le caractère anormalement bas de l'offre de la partie intervenante, qui aurait, en conséquence, selon elle, dû être écartée, sa propre offre étant, dès lors, l'offre régulière la plus basse.

B. Partie adverse

La partie adverse soulève dans sa note d'observations une exception prise du défaut d'intérêt au moyen. Elle expose à cet égard que "le moyen soulevé par la requérante n'est opérant que si elle démontre que son offre devait être considérée comme l'offre régulière la plus basse pour le lot 7". En effet, selon la partie adverse, à supposer même que la requérante ait été exclue à tort de l'attribution de ce lot, "ce constat serait sans incidence concrète si par ailleurs, la requérante n'établit pas qu'elle aurait dû se voir attribuer le lot 7 dans l'hypothèse où elle aurait été sélectionnée". Or, elle estime qu'à cet égard, la requérante "se limite à prétendre que l'adjudicataire de ce lot aurait remis une offre anormalement basse et que ce faisant la partie adverse aurait méconnu les articles 95, 99 et 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011", alors qu'il ressort de la décision d'attribution que le pouvoir adjudicateur a, en l'espèce, "pris soin de comparer le montant de l'offre de la S.A. ABC CARS avec celui qu'elle avait proposé pour une prestation similaire lors du marché précédent", soit 247.467,6 euros

T.V.A.C., et qu'elle a valablement pu considérer, en l'absence d'une disposition lui imposant des formalités particulières en matière de vérification des prix et compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose, que le prix offert par la partie intervenante pour le lot litigieux ne revêtait pas un caractère anormal.

La partie adverse indique que sur la base de cette motivation, qui est exprimée dans la décision d'attribution, "elle a estimé que le sérieux de l'offre de la S.A. ABC CARS ne pouvait être mis en doute et que le prix proposé par ce soumissionnaire pour le lot 7, nonobstant l'écart qui le séparait de celui offert par l'autre soumissionnaire sélectionné, ne laissait aucunement augurer des difficultés dans le cadre de l'exécution de ce lot". Elle en conclut que "dès lors qu'elle n'établit pas que le lot 7 a été irrégulièrement attribué par la partie adverse, la requérante n'a pas intérêt à son moyen".

Quant au fond, la partie adverse "souligne qu'en ce qui concerne l'application de l'article 61, § 2, 6° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il est admis qu'en vertu du principe de bonne administration un pouvoir adjudicateur ne se lie pas à un soumissionnaire qui n'est pas en règle avec ses obligations fiscales professionnelles". Elle renvoie, sur ce point, au commentaire de cet article dans le rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Citant une source doctrinale à l'appui de sa thèse, elle expose que la situation fiscale d'un soumissionnaire doit, en règle, être examinée au moment de l'ouverture des offres ou de la date ultime pour l'introduction des demandes de participation. Elle en conclut que "le paiement effectué le 5 février 2016 par la requérante pour apurer sa dette à l'impôt des sociétés ne pouvait donc pas être pris en considération par la partie adverse".

Concernant les attestations fournies par la requérante, la partie adverse expose, en premier lieu que celle qu'a délivrée l'Office national de sécurité sociale le 12 janvier 2016 contient des réserves concernant "des frais judiciaires déjà exposés mais non encore enregistrés", en sorte que puisque ces frais "viendront nécessairement en déduction du solde en faveur de la requérante" il ne peut s'agir d'une créance certaine et exigible. Quant à l'attestation émanant de l'administration de la T.V.A., elle "révèle, quant à elle, que les déclarations à la TVA relatives au quatrième trimestre de l'année 2015 ont été reçues le 18 janvier 2016 de sorte que la créance de la requérante à l'égard de cette administration n'a pu acquérir un caractère certain au plus tôt qu'à cette date, postérieure de plusieurs jours à la date d'ouverture des offres". Or, la partie adverse considère que "si l'article 63, § 2, alinéa 3 autorise le soumissionnaire, dont la dette fiscale est supérieure à 3.000 €, à produire des documents postérieurement à l'ouverture des offres, ces documents doivent avoir trait

à sa situation au plus tard au moment de cette ouverture". Elle estime, enfin, qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard à l'extrait de compte T.V.A. du 16 février 2016 produit par la requérante, cette pièce ayant été produite très largement au-delà du délai qui lui était imparti pour démontrer qu'elle satisfaisait à ses obligations fiscales professionnelles et postérieurement à la décision d'attribution.

C. Partie intervenante

Concernant l'intérêt de la requérante au moyen, la partie intervenante fait valoir ce qui suit:

- " L'exécution de l'acte attaqué ne pourrait être suspendue que si les deux branches du moyen étaient reconnues sérieuses.

Le caractère sérieux de la seule première branche ne permettrait en effet pas de remettre en question l'attribution du marché à la requérante en intervention, qui a remis l'offre la plus basse.

Le caractère sérieux de la seule seconde branche du moyen ne remettrait pas en question l'exclusion de l'offre de la requérante, qui n'aurait dès lors aucun intérêt à la suspension d'un marché qu'elle n'a pas pour vocation à obtenir".

Quant au fond, elle expose, concernant la première branche du moyen, que la partie adverse, a pleinement respecté les articles 61 et 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle a demandé à la requérante de justifier de l'existence, à la date de l'ouverture des offres, soit le 7 janvier 2016, de délais de paiement accordés par le S.P.F. ou d'une créance à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au moins égale à sa dette fiscale. Or, d'une part, "il ressort de la requête en suspension que la requérante a payé sa dette fiscale le 5 février 2016, soit postérieurement au 7 janvier 2016" et que, d'autre part, dès lors que ce n'est que suite au dépôt de sa déclaration T.V.A., le 18 janvier 2016, qu'il est apparu que la requérante disposait d'une créance à l'égard de l'administration de la T.V.A., cette créance est donc également postérieure au 7 janvier 2016.

Elle ajoute que "l'article 63, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose certes au pouvoir adjudicateur de tenir compte des justifications déposées «avant la décision de sélection ou d'attribution du marché», mais que "cette mention ne concerne que la période pendant laquelle les justifications peuvent être déposées auprès du pouvoir adjudicateur, et non la date à laquelle la situation des soumissionnaires doit être appréciée". Elle précise, à cet égard, que "les justifications déposées «avant la décision de sélection ou d'attribution du marché» doivent concerner la situation fiscale de l'intéressé à la date de la vérification opérée par le pouvoir adjudicateur".

La partie intervenante explique encore que l'interprétation qu'a faite la partie adverse de l'article 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, est confirmée par le rapport au Roi de cet arrêté royal, qui rappelle notamment le "principe selon lequel le pouvoir adjudicateur doit toujours, lors de l'examen des causes d'exclusion, vérifier la situation personnelle au moment ultime d'introduction des demandes de participation ou des offres (séance d'ouverture) - ce afin d'éviter qu'un candidat ou soumissionnaire se mette en règle *a posteriori* avec ses obligations fiscales ou de sécurité sociale, au cours de la procédure de passation, dans le seul but d'obtenir le marché [...]".

Elle estime que "la première branche du moyen, qui repose sur une interprétation différente, est donc non-fondée".

Concernant la seconde branche du moyen, la partie intervenante estime qu'elle est irrecevable.

Elle rappelle, à cet égard, qu'"en raison de l'information limitée dans elle dispose, la requérante indique se réserver «le droit d'invoquer des moyens complémentaires ou de développer le présent moyen suite à la consultation du dossier administratif à déposer par la partie adverse» [et qu'elle] se réserve la possibilité d'invoquer la contrariété de l'offre de ABC CARS au regard des articles 95, 99 et 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011". Or, la partie intervenante relève que la requérante "n'indique toutefois pas avoir demandé au pouvoir adjudicateur de lui communiquer la décision d'attribution". Elle estime que dans la mesure où la requérante n'a "accompli aucune démarche raisonnable lui permettant de prendre connaissance de la décision qu'elle entend contester dans la seconde branche de son moyen [et qu'elle] n'indique par ailleurs aucun motif l'ayant empêché d'introduire une telle demande d'information, [...] il faut [...] constater [qu'elle] est la principale responsable de l'information limitée dont elle dispose, et donc de l'imprécision de son moyen".

La partie intervenante ajoute que la "requérante s'abstient en outre d'énoncer le moindre argument de nature à démontrer l'anormalité du prix de la société ABC CARS, puisqu'elle se limite à évoquer les dispositions réglementaires applicables lors de la vérification des prix des soumissions [et qu'elle] ne fait aucun effort pour exposer, fût-ce de manière sommaire, les bases factuelles de son argumentation".

Elle conclut que dans ces conditions, le moyen doit être jugé imprécis et, partant, irrecevable.

Quant au fond, la partie intervenante fait valoir qu'un contrôle des prix a bien été effectué par la partie adverse, ainsi que cela ressort de la décision d'attribution

et qu'à l'issue de ce contrôle, elle "a conclu, en se fondant sur le montant du marché précédent (d'une durée de cinq ans) qui avait reçu une bonne exécution, que le prix de la requérante en intervention n'était pas anormal". Elle estime qu'en procédant de la sorte, la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

La partie intervenante ajoute qu'elle "était la titulaire du marché précédent, et qu'elle a, de ce fait, acquis une excellente connaissance du marché concerné", que "lors du précédent marché, elle avait déposé une offre d'un montant TVAC de 247.467,60 EUR" et que "cinq ans après, en raison de l'expérience acquise, elle a pu calculer son prix avec une plus grande précision, et diminuer encore son montant par rapport à l'offre précédente, tout en conservant une marge bénéficiaire".

Elle développe ensuite une série de considérations factuelles justifiant, selon elle, qu'elle ait pu adapter de la sorte son prix ainsi que d'autres qui visent à démontrer l'intérêt stratégique du marché litigieux pour elle "ce qui justifie une certaine agressivité dans le prix proposé". Elle estime que "la requérante, dont le modèle économique est différent et qui ne dispose pas de marchés de transports scolaires, ne bénéficie pas d'un avantage économique équivalent [et qu'elle] n'est donc pas en mesure d'offrir un prix aussi avantageux sur un tel marché".

Elle conclut que "la requérante ne démontre pas que le prix de la requérante en intervention est anormal [ni] que l'appréciation de la Ville de Bruxelles à cet égard résulte d'une erreur manifeste d'appréciation".

La seconde branche du moyen est, donc, selon elle, également non-fondée.

VI.2.Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à l'intérêt au moyen

Un soumissionnaire qui n'a pas été sélectionné a, en principe, intérêt à critiquer la décision qui refuse de le sélectionner et qui sélectionne d'autres soumissionnaires. En effet, s'il conteste avec succès la décision de ne pas le sélectionner, il pourrait obtenir une chance de se voir attribuer le marché litigieux à la faveur d'une nouvelle procédure d'attribution de celui-ci. Il n'en irait autrement que s'il devait apparaître des circonstances propres à la cause que ce soumissionnaire n'aurait en aucun cas pu se voir attribuer le marché.

En l'espèce, si la partie requérante n'avait pas été exclue de l'accès au marché, et à supposer qu'elle ait ensuite été sélectionnée, son offre aurait dû être prise

en compte par la partie adverse et comparée avec les deux autres offres portant également sur le lot 7. Il n'appartient, pour le surplus, pas au Conseil d'Etat de préjuger de la décision qu'aurait prise la partie adverse, notamment au regard de la vérification du prix des offres, à l'issue de cette comparaison portant non plus sur deux mais sur trois offres.

La requérante a donc intérêt au moyen.

B. Quant au fond

L'article 61, §2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose notamment comme suit:

" Art. 61.

§ 2. Conformément à l'article 20 de la loi, peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :

[...]

6° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi, conformément aux dispositions de l'article 63";

L'article 63, §2 du même arrêté royal se lit comme suit:

" Art. 63.

§ 2. Pour un candidat ou soumissionnaire belge, le pouvoir adjudicateur vérifie le respect des obligations fiscales à l'égard du SPF Finances, sur la base de l'attestation délivrée par ce dernier.

Est en règle par rapport aux obligations visées au présent paragraphe, le candidat ou le soumissionnaire qui n'a pas, pour ces obligations, une dette supérieure à 3.000 euros, à moins qu'il n'ait obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.

Toutefois, même si la dette visée au présent paragraphe est supérieure à 3.000 euros, le candidat ou le soumissionnaire sera considéré comme étant en règle s'il établit, avant la décision de sélection ou d'attribution du marché, selon le cas, qu'il possède, à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, de la loi ou d'une entreprise publique au sens de l'article 2, 2°, de la loi, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 3.000 euros près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de ses dettes fiscales.

S'agissant des obligations fiscales visées au présent paragraphe, le pouvoir adjudicateur qui a accès gratuitement, par les moyens électroniques visés à l'article 60, § 1^{er}, à l'attestation du SPF Finances, procède à la vérification de la situation de tous les candidats ou de tous les soumissionnaires, selon le cas, dans les quarante-huit heures suivant la séance d'ouverture, si celle-ci a lieu, ou dans les quarante-huit heures suivant le moment ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres, selon le cas".

Cette dernière disposition a été introduite par un arrêté royal du 7 février 2014 dont le rapport au Roi mentionne que:

" En outre, ce dernier élément, associé au principe selon lequel le pouvoir adjudicateur doit toujours, lors de l'examen des causes d'exclusion, vérifier la situation personnelle au moment ultime d'introduction des demandes de participation ou des offres (séance d'ouverture) - ce afin d'éviter qu'un candidat ou soumissionnaire se mette en règle a posteriori avec ses obligations fiscales ou de sécurité sociale, au cours de la procédure de passation, dans le seul but d'obtenir le marché - a nécessité l'insertion d'une disposition supplémentaire. Celle-ci précise que le pouvoir adjudicateur doit procéder à la vérification de la situation de tous les candidats ou soumissionnaires dans les quarante-huit heures suivant la séance d'ouverture, si celle-ci a lieu, ou dans les quarante-huit heures suivant le moment ultime d'introduction des demandes de participation ou des offres, selon le cas, ce en tout état de cause pour ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs ayant accès à l'application Télémarch".

En l'espèce, la séance d'ouverture des offres a eu lieu le 7 janvier 2016. A cette même date, la partie adverse a interrogé le service public fédéral Finance dont l'attestation fiscale du même jour indique que la société requérante était redevable d'une dette relative à ses obligations fiscales dont la somme globale dépasse 3.000 euros.

La preuve que la requérante possédait une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers devait donc se rapporter à des créances existant à la date d'ouverture des offres soit à la date du 7 janvier 2016.

En l'espèce, la requérante a notamment fourni à la partie adverse le 5 février 2016 un document intitulé "accusé de réception de déclarations TVA". Elle explique, sans être contredite, que ce document se rapporte à sa situation au 31 décembre 2015. Il résulte effectivement du "Cadre I : Renseignements généraux", de ce document qu'il se rapporte au quatrième trimestre de l'année 2015. Il s'ensuit que ce document établit le solde des dettes et des créances de la requérante à l'égard de l'administration de la T.V.A. à la date du 31 décembre 2015. Or, il est indiqué au "Cadre VI: Solde" du document qu'aucune taxe n'est due par la requérante, tandis que les sommes qui lui sont dues par l'Etat s'élèvent à 21.517,30 euros. La circonstance que ce solde n'a été établi qu'à la date du 18 janvier 2016 n'enlève rien au fait que la dette est antérieure à cette date, puisqu'elle se rapporte à un exercice clôturé le 31 décembre 2015. En produisant ce document, la requérante a donc, à première vue, établi qu'elle possédait, à la date de l'ouverture des offres, au moins une créance certaine, exigible et libre de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant supérieur à celui pour lequel elle était en retard de paiement de ses dettes fiscales.

Il s'ensuit que, dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, la partie adverse ne pouvait, sans violer les dispositions et principes visés au moyen exclure la requérante de l'accès au marché au motif qu'elle n'était pas en règle par rapport à ses obligations fiscales.

Le moyen est sérieux en sa première branche et suffit à justifier la suspension de l'acte attaqué.

Il n'y a, par conséquent, pas lieu d'examiner la seconde branche du moyen.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie requérante demande que son offre soit gardée confidentielle, de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à la concurrence entre les entreprises. Pour les mêmes motifs, la partie adverse demande la confidentialité pour les offres remises par les autres soumissionnaires. Elle demande également la confidentialité pour la pièce relative à l'analyse des prix de la partie intervenante, cette pièce reposant sur une comparaison entre l'offre remise par celle-ci pour le marché litigieux et celle qu'elle avait remise à l'occasion du précédent marché. Enfin, la partie intervenante demande aussi que soit préservée la confidentialité de son offre qu'elle annexe à sa requête.

La divulgation de ces pièces n'étant, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de faire droit aux demandes des parties.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par la société anonyme ABC CARS est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par la ville de Bruxelles du 17 mars 2016, d'attribuer le lot 7 du marché public de services de transport de personnes régi par le cahier spécial des charges n° CDA/007448/NDH, à la société anonyme ABC CARS, ainsi que d'exclure de l'accès à ce marché la société privée à responsabilité limitée MW-CARS.

Article 3.

Les pièces portant les références 1, 2 et 3, du dossier administratif "B" confidentiel, contenant les offres des soumissionnaires et l'analyse du prix remis par la partie intervenante, l'annexe 3 à la requête en intervention contenant l'offre de la partie intervenante, ainsi que l'annexe 7 à la requête contenant l'offre de la partie requérante, sont tenues pour confidentielles

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente et un mai deux mille seize par :

M. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.