

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.269 du 29 juin 2016

G./A.219.451/VI-20.798

En cause : **la société privée à responsabilité limitée JEE-BEE,**

ayant élu domicile chez
Me Nicolas PETIT, avocat,
rue du Palais, n° 60,
4800 Verviers,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA,

ayant élu domicile chez
Mes Jean LAURENT et
Olivier LOUPPE, avocats,
avenue Louise, n° 250,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme MOMENTS FURNITURE,

ayant élu domicile chez
Mes Marie VASTMANS et
Célie VAN AUDENHAEGE, avocats,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur la plateforme électronique du Conseil d'Etat le 9 juin 2016, la société privée à responsabilité limitée JEE-BEE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " la décision prise le 29 mars 2016 par le Conseil d'Administration de la partie adverse attribuant le Marché public de «Fourniture et installation de Mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsalm et Chanly (CSC n°1/018/2015) en ce que, par cette décision, la partie adverse a décidé :
 - d'une part, d'attribuer le lot 2 (Mobilier de chambre) à la SA MOMENTS FURNITURE Deefakkerstraat 2, 8770 Ingelmunster

- d'autre part, implicitement, de ne pas attribuer ce lot 2 (Mobilier de chambre) à la requérante".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 10 juin 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 23 juin 2016 à 10 heures 30.

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

La société anonyme MOMENTS FURNITURE a, par une requête introduite le 20 juin 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Nicolas PETIT, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Jean LAURENT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Célie VAN AUDENHAEGE, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, 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

III. 1. Par des avis publiés au Bulletin des adjudications, le 22 septembre 2015, et aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne, le 26 septembre 2015, la partie adverse lance la procédure d'attribution d'un marché public de "fourniture et installation de Mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsam et Chanly (CSC n°1/018/2015". Le mode de passation choisi est l'appel d'offres ouvert.

Ce marché est composé de 6 lots.

Le lot 2, dont la décision d'attribution fait l'objet du présent recours, porte sur la fourniture de mobilier de chambre. Le mobilier doit notamment comporter des fauteuils gériatriques.

III. 2. L'ouverture des offres a lieu le 20 novembre 2015. Il y est constaté que six firmes ont répondu à l'appel d'offres dont la partie requérante et la société anonyme MOMENTS FURNITURE.

III. 3. En date du 29 mars 2016, la partie adverse décide d'attribuer les lots 4 et 6 à la requérante et les lots 1, 2, 3 et 5 à la société MOMENTS FURNITURE.

La décision d'attribution du deuxième lot constitue l'acte attaqué par le présent recours.

Ce lot a été attribué à la SA MOMENTS FURNITURE sur la base du tableau suivant :

"

Nom des soumissionnaires	CRITERE PRIX		Aspects technique (45 points)	Amélioration du délai de garantie (5 ans)	Amélioration du délai de livraison (5 points)	NOMBRE TOTAL DE POINTS (sur 100 points)
	Prix de l'offre pour 2 ans en EUR TVAC	Nombre de points «prix» de l'offre (sur 45 points)				
MOMENTS FURNITURES	450.721,86	41,39	42,65	5	4	93,04 points
MOMENTS FURNITURES VARIANTE	467.021,29	39,95	42,65	5	4	91,60 points
JEE BEE	414.565,36	45	37,96	4	5	91,96 points
JEE BEE - VARIANTE	420.644,40	44,35	37,96	4	5	91,31 points

"

Cette décision a fait l'objet de la motivation suivante :

" 5.2.1. Prix
Voir tableau ci-dessus

5.2.2. Aspect techniques
Voir grille d'analyse technique

5.2.3. Délai de garantie

Nom des soumissionnaires	Délai de garantie indiqué dans l'offre
Moments Furnitures	10 ans (2 ans sur les frigos)
Jee Bee	85 mois (36 mois sur les frigos)

5.2.4.Délai de livraison

Nom des soumissionnaires	Délai de livraison indiqué dans l'offre
Moments Furnitures	40 jours de calendrier
Jee Bee	39 jours de calendrier

En conclusion, nous proposons d'attribuer le lot 2 (mobilier de chambre) à Moment Furnitures, sis Deefakkerstraat, 2, B-8770 Inglemunster sélectionné, qui a remis l'offre régulière la plus avantageuse, pour un montant de 450.721,86 EUR TVAC, selon son offre du 10 novembre 2015".

III. 4. Le 25 mai 2016, la décision de ne pas retenir l'offre de la requérante pour les lots 1, 2, 3 et 5 est notifiée à celle-ci par email et par courrier recommandé.

III. 5. Le 28 mai 2016, le conseil de la requérante envoie un courrier à la partie adverse, en contestant le fait que les prix repris dans les offres ont été comparés "T.V.A.C." et en l'invitant à suspendre l'attribution du marché le temps de corriger le rapport d'attribution.

Dans ce courrier, le conseil de la requérante soutient que celle-ci a appliqué un taux de T.V.A. de 21 % pour le fauteuil gériatrique proposé, alors que la société MOMENTS FURNITURE aurait appliqué un taux de T.V.A. de 6 %. Il fait également état de ce que, en déposant son offre, la requérante avait attiré l'attention de la partie adverse sur la question relative au taux de T.V.A. applicable.

III. 6. Le 1^{er} juin 2016, la partie adverse répond à la partie requérante, en se prévalant de la légalité du rapport d'attribution dès lors qu'il est permis qu'un pouvoir adjudicateur réalise une comparaison des prix augmentés de la T.V.A..

Il ressort notamment de ce courrier que la partie adverse confirme bien l'application d'un taux de T.V.A. de 6 % au fauteuil gériatrique proposé par la société MOMENTS FURNITURE.

III. 7. Le 2 juin 2016, la requérante réitère sa demande de suspension de l'attribution du marché.

La partie adverse confirme son intention de ne pas suspendre l'attribution du marché dans un courrier du 6 juin 2016.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 20 juin 2016, la société anonyme MOMENTS FURNITURE demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Cette société ayant été désignée comme attributaire du lot litigieux, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante fait valoir que, son offre ayant été déclarée régulière pour le lot 2, "si la comparaison des prix était intervenue sur base des prix HTVA, le lot 2 aurait dû lui être attribué car obtenant à l'issue de l'analyse des offres 91,96 points sur 100 pour sa meilleure offre, soit plus que les 90,10 points de la meilleure offre de sa seule concurrente pour ce lot, la SA MOMENTS FURNITURE". Cet argument ne tient toutefois pas compte de la possibilité qu'a la partie adverse, en cas de suspension de l'acte attaqué, de retirer celui-ci et de mettre un terme à la procédure, pour ce qui concerne le lot 2, sans prendre une nouvelle décision d'attribution.

Dans ces circonstances, force est de constater que la requérante échoue à démontrer que le marché passé avec l'intervenante, pour le lot 2, devait lui être attribué.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le lot litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, "pris de la violation du cahier spécial des charges (spécialement en ses art. 2.e.b et art. 7), du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, de l'AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (spécialement en ses art. 16 et 101), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de fournitures et de services (spécialement en son art. 25), des art. 10 et 11 de la constitution, des principes généraux d'égalité et de non-discrimination des soumissionnaires". Elle le formule comme suit:

" L'art. 2.e.b du cahier des charges [...] stipule :

«
Eléments compris dans le prix :

(...)

b. Tous droits, taxes et impositions quelconques, sauf la TVA, qui fait l'objet d'un poste distinct.

»

S'agissant de la comparaison des prix, l'art. 7 du cahier des charges prévoit :

«La comparaison des prix de l'inventaire se fera sur le total des prix pour chaque lot».

Il ressort donc de l'application conjointe de ces dispositions que la comparaison des prix devait intervenir entre des prix hors TVA, conformément à la définition des prix de l'art. 2.

Il s'agit bien d'une violation du cahier des charges et du principe général *patere legem quam ipse fecisti*.

Le principe *patere legem quam ipse fecisti* implique qu'un pouvoir adjudicateur est tenu, dans l'attribution du marché, d'appliquer les règles qu'il a stipulées lui-même dans le cahier des charges (voir CE n° 164.037 du 24 octobre 2006 ; CE n° 224.527 du 29 août 2013).

La comparaison des prix HTVA n'est, en fait, qu'une simple application de l'art. 16 *initio* de l'AR du 15 juillet 2011 :

«
Sauf disposition contraire dans les documents du marché, sont inclus dans les prix unitaires et globaux du marché toutes les impositions généralement quelconques auxquelles est assujéti le marché, à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée.

»

Dans ses correspondances du 1.06.2016 [...] et du 6.06.2016 [...], la partie adverse fait grand cas d'un arrêt n°163.735 du 18 octobre 2006, déduisant de cet arrêt qu'aucune disposition n'interdit au pouvoir adjudicateur de procéder à une comparaison des prix TVA comprise.

Cependant, dans le cas de figure ayant fait l'objet de cet arrêt n° 163.736, le cahier des charges prévoyait expressément une comparaison des prix TTC.

Il en va tout autrement dans le cas qui nous préoccupe, le cahier des charges définit expressément le prix, objet de la comparaison, comme incluant tous frais, mais excluant la TVA.

En comparant des prix comprenant des taux de TVA distincts, la partie adverse en arrive à comparer «des pommes et des poires»...

Il s'agit de la sorte d'une violation des art. 10 et 11 de la constitution et des principes généraux d'égalité et de non discrimination des soumissionnaires.

L'attribution en est tronquée de sorte qu'il s'avère que la partie adverse n'a pas attribué le lot n° 2 au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, en violation des art. 101 de l'AR du 15 juillet 2011 et 25 de la Loi du 15 juin 2006.

Le moyen est donc sérieux et fondé".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante se prévaut de la disposition, inscrite à l'article 2.e.b du cahier spécial des charges, libellée comme suit:

- " Eléments compris dans le prix :
[...]
b. Tous droits, taxes et impositions quelconques, sauf la TVA, qui fait l'objet d'un poste distinct ".

Par ailleurs, l'article 7 du même cahier spécial des charges, qui énumère et pondère les critères d'attribution, vise notamment le "Prix comprenant le coût d'acquisition". Dès lors que, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur ne peut déduire la T.V.A. se rapportant aux fournitures qui font l'objet du marché, celle-ci doit – sauf à priver de sens le critère d'attribution ainsi énoncé – être considérée comme relevant du coût d'acquisition des fournitures, pour la comparaison des offres au regard de ce critère.

De la lecture combinée des deux dispositions précitées, il ne peut se déduire, pour la comparaison des offres, et contrairement à ce que soutient la requérante, que "le cahier des charges définit expressément le prix, objet de la comparaison, comme incluant tous frais, mais excluant la TVA".

Par ailleurs, au regard de ce qu'imposent ainsi ces deux dispositions, lues conjointement, la référence à l'article 16 de l'arrêté du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'apparaît, *prima facie*, pas pertinente.

Enfin, en tant qu'elle reproche à la partie adverse d'avoir comparé "des pommes et des poires", la requérante n'indique pas à suffisance, en termes de requête, en quoi auraient été, par la mise en œuvre d'une telle méthode de comparaison, méconnus les articles 10 et 11 de la Constitution et le principe d'égalité des soumissionnaires, dont la violation est invoquée par le moyen.

Il s'ensuit que le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, "pris de la violation de l'AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (spécialement en son art. 21), des principes généraux de minutie et de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et pour autant que de besoin, des art. 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs". Elle le formule comme suit:

" Les fauteuils médicalisés (fauteuils gériatriques) proposés par la requérante et MOMENTS FURNITURE sont tout à fait similaires (voir fiches descriptives, pièces #13 fauteuil GAÏA proposé par la requérante dans son offre, on ignore à ce stade si l'offre retenue de MOMENTS FURNITURE concerne fauteuil Echo Hospital NS, pièce #14 ou fauteuil Laguna Hospital NS, pièce #15 – ceci pourra être vérifié après réception du dossier administratif).

Un doute plane sur le taux de TVA à appliquer sur ce type de produit : 6% ou 21%.

Avant la remise de l'offre, le fournisseur de la SPRL JEE-BEE l'informait qu'une TVA de 21% devait être appliquée sur ce produit. Il se basait sur une réponse transmise à ce sujet par Madame Noëlle Van den Eede, expert fiscal du SPF Finances (contrôle TVA de Seraing).

Dès l'offre de prix, la SPRL JEE-BEE a informé la partie adverse de la question relative au taux de TVA à appliquer, en joignant à son courrier du 12 novembre 2015 l'AR du 20.07.1970 applicable, l'explication de Mme Van den Eede du SPF Finances, et copie d'une décision d'attribution d'un marché d'un client (un CHR) argumentant en ce sens [...].

Dans son métré, la SPRL JEE-BEE a même indiqué le taux de TVA 21% en jaune afin d'attirer l'attention de la partie adverse sur ce point [...].

Alors que la requérante attirait l'attention de la partie adverse sur cette difficulté potentielle et transmettait des informations pertinentes à ce sujet... il n'est pas compréhensible qu'il n'en soit nullement fait mention dans le rapport d'attribution.

L'absence de motivation à cet égard et de réponse aux observations reprises dans l'offre de la requérante constitue une violation des principes généraux de minutie et de bonne administration et des art. 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Au cours de la vérification des prix, la partie adverse aurait dû relever que le prix proposé par la SA MOMENTS FURNITURE (s'il devait - *quod non*, mais conformément à la thèse adverse - comprendre la TVA) était anormalement bas (en raison de cette confusion de taux de TVA) et à tout le moins solliciter de la SA MOMENTS FURNITURE les justifications nécessaires sur ce prix. Il s'agit là d'une violation de l'art. 21 de l'AR du 15 juillet 2011.

Il est à tout le moins léger, pour la partie adverse, de croire qu'elle peut feindre d'ignorer cette problématique, dès lors que :

- Tant à la banque-carrefour des entreprises que sur la base de données VIES, elle apparaît comme assujettie (à tout le moins partiellement) à la TVA [...].
- Elle est susceptible de se trouver en situation d'être tenue, solidairement avec son fournisseur, au paiement de la TVA auprès du SPF Finances, en application de l'art. 51 bis du code TVA.

Le moyen est donc sérieux et fondé".

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 1. La société Moments Furniture a transmis à la partie adverse une attestation de l'administration centrale de la TVA démontrant que les fauteuils proposés dans son offre se voyaient appliquer un taux de TVA réduit de 6%.

La prise en compte d'un prix à un taux de TVA de 6 % est donc bien validée par un courrier émanant de l'Administration centrale de la TVA de sorte qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

2. Contrairement à ce que prétend la partie requérante, la partie adverse, en sa qualité d'assujetti mixte à l'administration TVA, ne déduit pas la TVA dans le cadre de marchés relatifs à du mobilier au sein du secteur PCPA (Prise en Charge de la Personne Agée) .

L'article 44 § 2 2° du Code de la TVA prévoit que :

«§ 2. Sont aussi exemptées de la taxe :

(...)

2° les prestations de services et les livraisons de biens étroitement liées à l'assistance sociale, à la sécurité sociale et à la protection de l'enfance et de la jeunesse, effectuées par des organismes de droit public, ou par d'autres organismes reconnus comme ayant un caractère social par l'autorité compétente.

Sont notamment visés :

- les organismes qui ont pour mission de prendre soin des personnes âgées;»

Il est donc bien établi que la partie adverse est exemptée de la taxe et qu'elle ne peut donc déduire celle-ci.

Il en résulte que, si le fauteuil proposé par la société Moments furniture ne se voyait pas appliquer un taux de TVA de 6%, quod non, la partie adverse serait seulement tenue de payer le prix TTC proposé par Moments furniture dans son offre.

La partie adverse n'est donc nullement concernée par l'incertitude sur le taux de TVA à appliquer de sorte qu'elle n'était pas tenue de motiver la décision d'attribution en ce sens.

Au surplus, comme cela sera examiné à l'occasion du troisième moyen, le taux de TVA à 6 % est clairement appliqué par le soumissionnaire choisi en concordance avec une attestation de l'administration de la TVA.

3. Au surplus, dès lors que les fauteuils proposés par la société Moments Furniture dans son offre se voient incontestablement appliquer un taux de TVA réduit de 6%, le prix proposé par celle-ci dans son offre n'est pas anormalement bas.

La partie adverse n'a donc pas violé l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Le moyen est donc non fondé et par conséquent pas sérieux".

C. Requête en intervention

L'intervenante fait valoir ce qui suit :

- " 23. La partie requérante soutient que le fait pour la partie adverse de ne pas avoir mentionné la problématique du taux de TVA dans l'acte attaqué contreviendrait à son devoir de minutie et de bonne administration et violerait les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Une telle affirmation est manifestement erronée.

24. Pour rappel, «pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif, au sens de l'article 1^{er}, doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce» (C.E., arrêt n° 198.186 du 24 novembre 2009, SOORS; C.E., arrêt n° 216.919 du 16 décembre 2011, SCRL COMPAGNIE INTERCOMMUNALE LIÉGEOISE).

Le respect du principe de bonne administration implique l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, l'interdiction de l'arbitraire et la nécessité de faire reposer toute décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles (C.E., arrêt n° 222.925 du 20 mars 2013, ERNOTTE ET NOISET).

Par ailleurs, la motivation d'une décision d'attribution doit reposer sur une «justification précise et claire des éléments de comparaison et de leur appréciation» (C.E., arrêt n° 172.400 du 18 juin 2007, SARL DE DROIT CONGOLAIS AFRIQUE-EDITIONS; C.E., arrêt n° 181.351 du 19 mars 2008, SA DALKIA). Plus précisément, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, il est établi que «le choix du soumissionnaire doit faire l'objet d'une motivation particulière, indiquant clairement les raisons qui ont conduit à ce choix»

(P. THIEL, Mémento des marchés publics et des PPP 2013, op.cit., p. 337, n° 221). Par conséquent, «une motivation, qui ne décrit pas les points forts et faibles des différentes offres et ne permet pas de comprendre pour quels motifs la partie adverse a décidé d'attribuer aux différents soumissionnaires les cotes qu'elle leur a accordées, ne peut être tenue pour suffisante» (C.E., arrêt n° 223.704 du 4 juin 2013, SOCIÉTÉ DE DROIT FRANCAIS MEDASYS).

En matière de marchés publics, la motivation de la décision d'attribution doit permettre aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue de comprendre les raisons pour lesquelles l'offre choisie a été préférée à la leur.

25. En l'espèce, le rapport d'attribution fait partie intégrante de l'acte attaqué et permet assurément à la partie requérante de comprendre les raisons pour lesquelles la partie requérante en intervention a obtenu la meilleure cote totale, au vu des points attribués pour chacun des critères d'attribution.

Du reste, seule la motivation relative au critère d'attribution du prix est contestée par la partie requérante.

Or, l'on aperçoit difficilement quels motifs complémentaires la partie adverse aurait pu développer alors que l'attribution des points pour ce critère repose sur une simple application de la règle de trois.

Il convient également de rappeler que l'obligation de motivation formelle du pouvoir adjudicateur n'est pas illimitée.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'exposer les motifs de ses motifs.

Votre Conseil admet également qu'un pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de mentionner, dans sa décision d'attribution, le fait que le soumissionnaire ait produit telle ou telle attestation ou, au contraire, le fait qu'il se soit abstenu de produire de telles attestations (C.E. (6^e ch.) n° 221.600, 30 novembre 2012). L'obligation de motivation formelle du pouvoir adjudicateur ne lui impose dès lors pas de relever chaque document joint par le soumissionnaire à son offre et de faire part, dans sa décision, de la manière dont il a examiné et analysé chacun de ces documents.

En l'espèce, la partie requérante en intervention constate que la partie adverse a adéquatement motivé, aux termes de l'acte attaqué, les motifs pour lesquels elle a retenu l'offre de la partie requérante en intervention et la manière dont elle a calculé les points attribués aux soumissionnaires pour le critère du prix. Rien n'imposait toutefois à la partie adverse d'exprimer son analyse concernant chacun des documents joints par la partie requérante concernant la question de la TVA.

26. Plus fondamentalement, la partie requérante semble reprocher à la partie adverse de ne pas avoir indiqué les raisons pour lesquelles elle a estimé devoir retenir le taux de TVA de 21 % pour son offre alors qu'il existait, selon elle, un doute à cet égard.

Il convient de rappeler que l'offre de la partie requérante contenait une justification précise concernant le taux de TVA applicable puisqu'elle a joint à son offre un courrier, l'avis de Madame VAN DEN EEDE et la décision d'attribution d'un autre marché.

Sur la base de ces documents, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que les taux de TVA appliqué par la partie requérante était justifié.

Contrairement à ce que semble indiquer la partie requérante, il ne revenait pas à la partie adverse de se positionner quant à l'application ou non d'un taux de TVA réduit, ni de modifier, le cas échéant, l'offre de la partie requérante en lui

appliquant un taux de TVA de 6 %. Une telle manière de procéder ne pourrait être admise et entraînerait une modification de l'offre de la partie requérante *a posteriori* qui violerait la réglementation relative aux marchés publics et le principe d'intangibilité des offres.

Ce faisant, la partie adverse a appliqué la réglementation relative aux marchés publics et comparé les prix mentionnés par chacun des soumissionnaires dans leur offre. L'on aperçoit difficilement en quoi elle aurait, par ailleurs, été tenue de le préciser expressément dans l'acte attaqué.

Aucun défaut de motivation ne pourrait dès lors résulter de l'acte attaqué.

27. La partie adverse avait d'autant moins de raisons de se pencher sur cette éventuelle question qu'elle n'aurait, en tout état de cause, eu aucune incidence sur le prix et l'exécution du marché.

Comme elle l'a précisé dans sa note d'observations et comme cela résulte de la pièce n° 4 qu'elle produit, la partie adverse est exemptée de la TVA de sorte qu'elle ne pourrait être solidairement tenue de verser celle-ci auprès de l'administration de la TVA en cas de défaillance de son fournisseur.

L'argumentation de la partie requérante sur ce point manque manifestement de tout fondement.

28. Enfin, les allégations de la partie requérante selon lesquelles les prix proposés par la partie requérante en intervention seraient anormalement bas manquent manifestement de pertinence.

Il convient de constater que la partie requérante en intervention a proposé un prix total de 450.721,86 € TVAC dans son offre de base alors que la partie requérante a proposé un prix total de 414.565,36 €. Le prix proposé par la partie requérante en intervention ne pourrait dès lors être considéré comme un prix anormalement bas alors qu'il n'est pas le prix le plus bas.

La partie adverse n'avait dès lors aucune raison d'inviter la partie requérante en intervention à fournir des justifications concernant ses prix.

Votre Conseil souligne d'ailleurs que le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer les prix à propos desquels il juge opportun de demander des justifications (C.E., arrêt n° 222.635 du 26 février 2013; C.E., arrêt n° 221.759 du 14 décembre 2012).

Aucune erreur manifeste d'appréciation ne pourrait être reprochée à la partie adverse et aucune violation de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'est démontrée en l'espèce.

Le deuxième moyen n'est dès lors manifestement pas sérieux, ni fondé".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il apparaît que, s'agissant des fauteuils médicalisés respectivement proposés par la requérante et l'intervenante, dont aucune partie n'a sérieusement mis en cause la similarité, ces soumissionnaires ont proposé des taux de T.V.A. différents, alors qu'une telle différence de taux ne s'impose pas de toute évidence, et, à tout le

moins, pas à la lecture des documentations jointes à leurs offres par ces soumissionnaires.

Il n'est pas davantage contesté que la requérante, en introduisant son offre, avait attiré l'attention de la partie adverse sur les hésitations que laissait subsister la détermination du taux de T.V.A. applicable aux fauteuils médicalisés faisant l'objet du marché concerné.

Les écrits de procédure et les débats imposent de constater que l'acte attaqué, pas plus que le dossier administratif, ne permet de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a fondé sa comparaison des offres respectivement déposées par la requérante et l'intervenante, sur des prix qui faisaient application de taux de T.V.A. différents.

Plus fondamentalement, il n'apparaît pas que la partie adverse aurait cherché à obtenir des informations auprès de l'administration de la T.V.A., permettant de conclure – sur la base des documents déposés – quel taux devait être appliqué aux fournitures proposées, ni examiné les observations formulées à cet égard par la requérante. Or, pareille investigation relevait, en vertu de l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et dans les circonstances de l'espèce, de l'obligation de procéder au contrôle des prix qui lui incombait.

Dans ces circonstances, il s'impose de décider qu'en tant qu'il est pris de la méconnaissance des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et du principe de minutie, le moyen est sérieux.

Il n'y a, dès lors, pas lieu, à ce stade de la procédure, d'examiner le troisième moyen soulevé à l'appui de la requête.

VIII. BALANCE DES INTERETS

VIII. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait état des considérations suivantes:

- " 1. En vertu de la théorie de la balance des intérêts, le Conseil d'Etat peut vérifier si la suspension de l'acte ne serait pas de nature à créer un préjudice plus important que celui invoqué par la partie requérante pour justifier son recours.

2. En l'espèce, la partie adverse a fixé l'ouverture des portes de la nouvelle maison de repos et de soins «La Bouvière», qui sera située rue de la Bouvière à Vielsalm, au 5 septembre 2016.

Les déménagements de la MRS Saint Gengoux et du Home Sainte Marie vers ce nouveau bâtiment sont prévus respectivement pour les 5 et 6 septembre 2016.

On relèvera que les maisons de repos et de soins sont destinées à accueillir un public âgé dont certains se situent dans des catégories de dépendance fixées par l'INAMI. Les normes d'accueil sont particulièrement importantes pour le confort, la santé et le maintien de certaines personnes âgées.

Les anciennes maison de repos et de soins sont datées et doivent être fermées.

Le retard dans l'ouverture de la nouvelle maison de repos, aux motifs de l'absence de fourniture des fauteuils, impactera nécessairement le confort de vie des personnes âgées.

3. Il en est de même pour le centre d'accueil lequel vise à maintenir l'autonomie des personnes âgées que le fréquente et faciliter la vie des aidants proches.

Le report de l'ouverture du centre d'accueil empêchera le maintien de certaines personnes en leur domicile dès lors qu'il n'y aura de solutions de jours permettant le placement partiel de certaines personnes âgées.

Pour certaines d'entre elles, il deviendra impossible de rester en leur domicile et ces situations deviendront irréversibles.

4. Les prix d'hébergement et des services demandés au sein de la nouvelle maison de repos sont les suivants :

- Prix d'hébergement pour un appartement : 775 € /mois;
- Services obligatoirement mis à disposition par l'établissement :
 - 200 € versé à titre d'acompte chaque mois sur les factures d'eau, d'électricité et de chauffage ;
 - La possibilité de prendre 3 repas par jour, dont obligatoirement un repas chaud complet :

° Déjeuner : 2€ par personne

° Dîner : 4 € par personne ou un forfait de 110 € par mois et par personne

° Souper : 3 € par personne ou un forfait de 80 € par mois et par personne

- La possibilité de nettoyage des logements privés au moins une fois par semaine (tarifié par l'établissement) au prix de 25 €/heure.
- La possibilité d'entretien du linge personnel du (des) résident(s) par les «Lavandières du Bonalfa» (Siège d'exploitation : rue Sergent Ratz à 6690 Vielsalm) pour un montant forfaitaire mensuel de 75,283€ ou pour un demi forfait mensuel de 40,566€ (moins de 20 pièces).

- Services facultatifs tarifiés par l'établissement aux montants suivants :
 - service petit ménage : 25€/heure
 - service de nettoyage obligatoire si négligence : 25€/heure
 - repas visiteur : 5€

Un centre d'accueil sera ouvert au sein de la nouvelle maison de repos «La Bouvière» également en date du 5 septembre 2016. Le prix journalier d'accueil s'élève à 32 euros par jour.

Si la date d'ouverture de la nouvelle maison de repos et de son centre d'accueil devait être postposée en raison de la suspension de l'attribution du second lot, il en

résulterait une perte financière pour la partie adverse supérieure à 1500 euros par mois par établissement.

Le préjudice qui serait subi par les personnes âgées destinées à intégrer la maison de repos et de soin et par la partie adverse serait donc supérieur au préjudice invoqué par la partie requérante si une suspension de l'attribution du second lot devait être prononcée.

Sur base de l'ensemble des éléments susvisés, il convient de refuser la suspension d'extrême urgence sur base d'une balance des intérêts à effectuer".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'argumentation développée par la partie adverse pour justifier une mise en œuvre de la balance des intérêts procède du postulat selon lequel l'ouverture (fixée au début du mois de septembre 2016) des institutions pour l'aménagement desquelles le marché litigieux est passé, serait compromise par un report de livraison des fournitures faisant l'objet de ce marché, ce qui serait préjudiciable tant pour la partie adverse que pour les personnes susceptibles d'être hébergées ou accueillies dans les milieux concernés.

La partie adverse ne soutient toutefois pas que les fauteuils actuellement en service dans les maisons de repos ne pourraient – à supposer qu'un arrêt ordonnant la suspension de l'exécution de l'acte attaqué perturbe, dans la mesure suggérée, l'ouverture des milieux d'accueil, ce que ne révèlent pas les débats tenus en extrême urgence – être démenagés de manière à garantir utilement la continuité et le bon fonctionnement des services concernés.

Dans ces circonstances, la partie adverse reste en défaut de démontrer que les difficultés qui résulteraient d'un report de la date de début d'exécution du marché litigieux seraient insurmontables. Elle n'établit donc pas que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions puissent l'emporter sur ses avantages et faire obstacle à ce titre à la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

IX. CONFIDENTIALITE

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les six offres remises dans le cadre du marché litigieux, qu'elle identifie comme étant les pièces A à F.

L'intervenante demande également que soit maintenue confidentielle son offre, qu'elle produit à l'appui de sa requête en intervention.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

Pour les mêmes raisons, il s'impose de déclarer d'office confidentielle l'offre déposée par la requérante, laquelle constitue la pièce 2 de son dossier de pièces.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société MOMENTS FURNITURE dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 29 mars 2016 par laquelle le Conseil d'administration de la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA a attribué le lot n° 2 - mobilier de chambre - du marché public relatif à la fourniture et installation de mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsalm et Chanly, CSC n° 1/018/2015, à la société anonyme MOMENTS FURNITURE.

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

Les pièces 2, a. et b., des annexes de la requête, les pièces A à F du dossier administratif et la pièce A des annexes à la requête en intervention sont soustraites à la connaissance des parties, à ce stade de la procédure.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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 aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 7.

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

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

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.