

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.250 du 31 juillet 2019

A. 228.513/VI-21.521

En cause :

**la société privée à responsabilité limitée
ÉTABLISSEMENTS PONCIN-CLÉBANT,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Dominique LAGASSE et
Geoffrey NINANE, avocats,
chaussée de La Hulpe 187
1170 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public
OPÉRATEUR DE TRANSPORT DE WALLONIE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Nicolas CARIAT
et Julia SIMBA, avocats,
Central Plaza
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

Partie intervenante :

la société anonyme TRANSPORTS PENNING,

ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre PICHAULT et Pierre DUSART, avocats,
rue Louvrex 55-57
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 juillet 2019, la société privée à responsabilité limitée (S.P.R.L.) Établissements PONCIN-CLÉBANT demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 19 juin 2019 du conseil d'administration de la partie adverse d'attribuer le marché public de services de transport scolaires du circuit 9808 à la société KEOLIS - TRANSPORTS PENNING" et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

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

Par une ordonnance du 5 juillet 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 18 juillet 2019.

Par une lettre du 16 juillet 2019, les parties ont été informées que l'affaire initialement fixée au 18 juillet 2019 à 10 heures était remise à l'audience du 18 juillet 2019 à 15 heures.

M. Luc DONNAY, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^e Séverine PERIN, *loco* M^{es} Dominique LAGASSE et Geoffrey NINANE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Nicolas CARIAT, avocat, comparaissant pour la partie adverse et M^e Sean FAGNOUL, *loco* M^{es} Pierre PICHAULT et Pierre DUSART, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, premier auditeur, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. Le 28 janvier 2019, l'Opérateur de Transport de Wallonie (O.T.W.) approuve la liste des transporteurs à consulter dans le cadre de la procédure de marché public pour les circuits de transport scolaire de la direction de Namur-Luxembourg arrivant à échéance en 2019.

2. Le 30 janvier 2019, l'O.T.W. communique aux transporteurs mentionnés dans cette liste l'inventaire des circuits de transport scolaire venant à échéance au cours de l'année civile 2019 et les invite à manifester leur intérêt avant le 31 mars 2019.

3. Deux transporteurs, à savoir la partie requérante et la société anonyme (S.A.) Transports Penning, manifestent leur intérêt pour le circuit 9808.

4. Le 2 avril 2019, l'O.T.W. invite ces deux transporteurs à introduire une offre pour ce marché et leur communique le cahier spécial des charges.

5. La partie requérante et la S.A. Transports Penning introduisent chacune une offre dans le délai imparti.

6. Le 29 mai 2019, les services techniques de l'O.T.W. établissent un rapport dans lequel il est proposé d'attribuer le marché relatif au circuit n° 9808 à la S.A. Transports Penning, laquelle obtient une note de 99,7941 points, tandis que la partie requérante obtient un score de 99,6033 points.

7. Le 19 juin 2019, le conseil d'administration de l'O.T.W. approuve le rapport d'attribution, décide de le faire sien et attribue le marché à la S.A. Transports Penning. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 17 juillet 2019, la S.A. Transports Penning demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution; des articles 4, 66, 81 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des articles 4, 5 et 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juin 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; du principe général de droit relatif à la motivation interne et externe des actes administratifs, de l'excès de pouvoir ainsi que du principe de diligence, de prudence et de minutie; des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que des principes de transparence, de concurrence et de comparaison effective des offres; du cahier spécial des charges, en particulier ses points 2.3.a) et 4.c.i)".

En une première branche, la partie requérante soutient que la partie adverse n'a pas correctement appliqué le critère C – qualité du service – et, plus spécialement, le sous-critère relatif au nombre de places assises offertes (point 4.c.i) du cahier spécial des charges en ce que l'autorité a considéré que son offre proposait un autobus offrant 63 places assises alors qu'elle faisait état de 65 places assises.

Elle soutient à cet égard que les deux sièges prévus pour les passagers à l'avant de l'autobus ne sont pas des strapontins mais bien des sièges adultes qui ont des dimensions comparables à d'autres sièges ayant été pris en compte par la partie adverse dans le cadre d'autres marchés (circuits 9801, 9614 et 9811).

Elle indique que si la partie adverse avait comptabilisé 65 places assises et non 63, la note qu'elle aurait dû recevoir pour ce critère-là lui aurait permis d'obtenir une note globale de 99,8092, soit une offre plus avantageuse que celle déposée par l'attributaire du marché.

En une seconde branche, elle s'exprime comme suit :

" En toute hypothèse, l'acte attaqué ne contient aucun motif qui justifierait pour quelle raison la partie adverse a considéré que deux des sièges du véhicule proposé par la requérante ne pourraient pas être comptabilisés, alors que d'autres sièges comparables ont été comptabilisés pour d'autres circuits qui ont fait l'objet de décisions d'attribution prises le même jour par le conseil d'administration de la partie adverse".

V.2. Examen des deux branches du moyen

En matière de marchés public, l'intérêt au moyen s'apprécie au regard des dispositions pertinentes de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

L'article 14 de cette loi prévoit que le Conseil d'État peut annuler une décision prise par une autorité adjudicatrice "à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée".

L'article 15 précise que la suspension peut intervenir "dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14". S'agissant d'une contestation portant sur une décision d'attribution d'un marché public, la suspension comme l'annulation suppose donc que la partie requérante ait été ou risque d'être lésée par la violation alléguée.

En l'espèce, il n'est pas contesté que seuls la partie requérante et l'attributaire du marché ont remis une offre et que la note globale attribuée à l'offre de la partie requérante est très proche du résultat obtenu par l'offre qui a été retenue.

S'agissant en particulier du sous-critère prenant en considération le nombre de places assises, il y a lieu de constater que l'offre de la partie requérante et l'offre retenue se sont vu attribuer une note identique.

Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier que, pour assurer les trajets scolaires, les deux offres en cause ont proposé un véhicule identique qui présente les mêmes caractéristiques en termes de places assises. Il s'ensuit que, même à considérer que ce critère n'a pas été correctement appréhendé par la partie adverse s'agissant de l'offre de la partie requérante, il faudrait nécessairement en déduire une conclusion identique s'agissant de l'offre remise par l'attributaire du marché.

En d'autres termes, l'illégalité alléguée par la partie requérante ne peut avoir aucune incidence sur le classement final des offres dès lors que l'écart entre les notes globales respectivement attribuées aux deux soumissionnaires restera identique.

Dans ces circonstances où l'illégalité alléguée n'a, en toute hypothèse, pas causé grief à la requérante, il y a lieu de conclure que celle-ci n'a pas intérêt au moyen.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution; des articles 4, 66, 81 et 153 de la loi du 17 juin 2016 [précitée]; des articles 4, 5 et 8 de la loi du 17 juin 2013 [précitée]; du principe général de droit relatif à la motivation interne et externe des actes administratifs, de l'excès de pouvoir ainsi que du principe de diligence, de prudence et de minutie; des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi que des principes de transparence, de concurrence et de comparaison effective des offres; du cahier spécial des charges, en particulier son point 4.d.iii)".

La partie requérante soutient que la partie adverse n'a pas correctement appliqué le critère D – continuité du service – et, plus spécialement, le sous-critère intitulé "équipement de télécommunication" (point 4.d.iii) du cahier spécial des charges, en ce qu'il n'est pas établi, selon elle, que l'attributaire du marché a joint à

son offre une note justifiant l'équipement de télécommunication et le numéro d'appel proposés dans le cadre de ce marché public.

Si ces précisions ne figuraient pas dans l'offre de l'attributaire, il s'ensuivrait, selon elle, que la note qui lui a été attribuée pour ce critère serait erronée, en manière telle que l'auteur de l'acte attaqué aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

VI.2. Examen

Le sous-critère d'attribution relatif à la continuité du service, intitulé "équipement de télécommunication", est libellé comme suit :

" L'équipement du véhicule d'un système de communication «mains libres» donne droit à une cote de 1,5 point. L'équipement «mains libres» doit se trouver à bord du véhicule et être opérationnel dès le premier jour du contrat et pendant toute sa durée. L'OTW pourra procéder à des vérifications sur le terrain. Un système de communication muni d'une «oreillette» donne droit à une cote de 0,5 point.

Il est en toute hypothèse requis du Transporteur qu'il indique, dans une note jointe à son offre, le numéro d'appel du GSM «mains libres» ou «oreillette» spécifique au véhicule proposé.

Une cote de 0 point sera attribuée :

- si aucun équipement «mains libre» ou «oreillette» n'est proposé; ou
- si le numéro d'appel du GSM «mains libres» ou «oreillette» spécifique au véhicule proposé n'est pas communiqué dans une note jointe à l'offre".

Il ressort des pièces du dossier administratif que l'offre de la partie intervenante mentionne que le véhicule qu'elle propose est muni d'un équipement "mains libres"; le numéro d'appel y est également précisé.

Partant, le moyen manque en fait et n'est dès lors pas sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation "des articles 4, 66, 67, 70 et 151 de la loi du 17 juin 2016 [précitée]; de l'article 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, rendu applicable dans les secteurs spéciaux par l'article 67 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; du principe général de droit relatif à la motivation interne et externe des actes administratifs, de l'excès de pouvoir ainsi que du principe de diligence, de prudence et de minutie; des

principes de transparence, de concurrence et de comparaison effective des offres; du cahier spécial des charges, en particulier ses points 2.2 et 3.1".

Elle soutient que, en violation de l'article 67, § 1^{er}, alinéa 5, de la loi du 17 juin 2016, précitée, et des points 2.2 et 3.1 du cahier spécial des charges, il n'est pas établi que l'attributaire du marché aurait joint à son offre les documents établissant que ni lui ni les personnes qui font partie de son organe administratif de gestion ou de surveillance ou qui y détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle ne se trouvent dans l'une des hypothèses d'exclusion obligatoire visées par cette disposition légale et par l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

VII.2. Examen

L'article 67, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée, applicable en l'espèce par l'effet de l'article 151 de la même loi, dispose comme suit en son alinéa 1^{er} :

- " Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure que ce soit, un candidat ou un soumissionnaire de la participation à la procédure de passation, lorsqu'il a établi ou qu'il est informé de quelque autre manière que ce candidat ou ce soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes :
- 1° participation à une organisation criminelle;
 - 2° corruption;
 - 3° fraude;
 - 4° infractions terroristes, infractions liées aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction;
 - 5° blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme;
 - 6° travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains;
 - 7° occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal".

L'alinéa 5 de l'article 67, § 1^{er}, évoqué ci-dessus, ajoute que "L'obligation d'exclure le candidat ou le soumissionnaire s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein [...]".

À cette fin, le cahier spécial des charges imposait de joindre à l'offre :

- " - un extrait du casier judiciaire du Transporteur (datant de moins de six mois à la date de sa production) délivré par une autorité judiciaire ou administrative de l'État dans lequel est établi le Transporteur et dont il résulte que le Transporteur n'a fait l'objet d'une condamnation pour une des infractions visées à l'article 67 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
- un extrait du casier judiciaire de chaque personne physique membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du Transporteur ou qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein [...]".

Il y a lieu de relever d'emblée que la partie requérante s'abstient de dresser, dans sa requête, la liste des personnes dont les casiers judiciaires auraient dû, selon elle, être joints à l'offre de l'attributaire du marché.

Surtout, il ressort des pièces du dossier administratif que l'offre de la partie intervenante comporte bien les extraits des casiers judiciaires de cette société de transport et des personnes physiques membres de ses organes d'administration, de représentation et de gestion. Tous ces casiers judiciaires sont vierges.

Partant, le moyen manque en fait et n'est dès lors pas sérieux.

VIII. Confidentialité

La partie requérante dépose son offre à titre confidentiel (partie B de son dossier de pièces).

La partie adverse dépose également une série de pièces à titre confidentiel : il s'agit d'offres (pour le circuit 9808 et d'autres circuits), de procès-verbaux d'inspection de véhicules, de courriels et de rapports d'attribution pour plusieurs circuits (pièces A à F du dossier administratif confidentiel).

La partie intervenante dépose elle aussi deux pièces confidentielles : son offre et les photographies des sièges rabattables (pièces 2 et 3).

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

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme TRANSPORTS PENNING est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La partie B du dossier de pièces de la partie requérante, les pièces A à F du dossier administratif confidentiel et les pièces 2 et 3 du dossier de pièces de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, siégeant en référé, le trente-et-un juillet deux mille dix-neuf par :

Luc DONNAY,
Florence VAN HOVE,

conseiller d'État, président f.f.
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence VAN HOVE

Luc DONNAY