

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^o 245.251 du 31 juillet 2019

A. 228.514/VI-21.522

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.

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 9719 à la S.P.R.L. Voyages Serge Goedert" 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, et M^e Nicolas CARIAT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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 privée à responsabilité limitée (S.P.R.L.) Voyages Serge Goedert, manifestent leur intérêt pour le circuit 9719.

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.P.R.L. Voyages Serge Goedert introduisent chacune une offre dans le délai imparti.

6. Le 27 mai 2019, le véhicule proposé par la partie requérante est présenté à l'inspection technique des services de l'O.T.W.

7. Le 28 mai 2019, les services techniques de l'O.T.W. adressent à la partie requérante un courriel dans lequel ils indiquent que le véhicule proposé ne dispose que de 63 places assises dès lors que les deux sièges à abattant situés à l'avant doivent être considérés comme des strapontins. La partie requérante conteste cette appréciation, le véhicule est présenté une seconde fois à l'inspection technique mais les services de l'O.T.W. ne modifient pas leur appréciation sur ce point.

8. 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° 9719 à la S.P.R.L. Voyages Serge Goedert, laquelle obtient une note de 98,2500 points, tandis que la partie requérante obtient un score de 98,1167 points.

9. 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.P.R.L. Voyages Serge Goedert. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Premier moyen

IV.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 98,6167, 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".

IV.2. Examen

Sur la première branche

Le cahier spécial des charges indique que le critère C, intitulé "qualité du service", vaut 8 points. Ce critère est lui-même divisé en sous-critères; le premier d'entre d'eux, intitulé "nombre de places assises offertes", compte pour 3,5 points.

Il n'est pas contesté que, selon la formule mathématique retenue dans le cahier spécial des charges, plus le nombre de places assises offertes est élevé, meilleure sera la note obtenue par le soumissionnaire. En l'espèce, les services techniques de la partie adverse ont retenu un nombre identique de places assises (63) pour les véhicules (différents) proposés par les deux soumissionnaires, en manière telle que si le véhicule proposé par la partie requérante comportait effectivement 65 places, son offre aurait dû obtenir un meilleur score que l'offre déposée par l'attributaire du marché.

Le point 2.3, a), du cahier spécial des charges, intitulé "Exigences et conditions relatives aux véhicules" indique expressément que "Les strapontins ne peuvent être ni comptabilisés dans le nombre de places assises, ni utilisés". Le Grand Robert définit le strapontin comme le "siège à abattant dans une voiture [ou dans] une salle de spectacle". Comme cela ressort encore d'autres dictionnaires, la présence d'un abattant est une caractéristique déterminante du strapontin.

En l'espèce, il n'est pas contesté que les deux sièges situés à l'avant du véhicule proposé par la partie requérante sont effectivement pourvus d'un abattant. Du reste, ces deux sièges doivent être libérés et repliés pour que l'escalier d'entrée situé à l'avant du véhicule puisse être emprunté. Partant, la partie adverse n'a pas commis d'erreur de qualification en considérant que ces deux sièges étaient des strapontins et, dès lors, n'entraient pas en considération pour déterminer le nombre de places assises offertes.

Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier administratif que les services techniques ont, de manière constante, considéré ce type de siège comme des strapontins et non comme des places assises. S'agissant des circuits dont la partie requérante fait état pour affirmer la thèse contraire, il y a lieu de relever que, ou bien il s'agit d'une simple erreur de plume qui n'a eu aucune incidence, ou bien le véhicule renseigné dans l'offre n'avait pas (encore) été présenté à l'inspection technique des services de la partie adverse.

Il s'ensuit que la première branche du moyen n'est pas sérieuse.

Sur la seconde branche

Comme cela ressort de l'exposé des faits, la décision attaquée approuve le rapport d'attribution et décide expressément de le faire sien. Ce rapport contient notamment le passage suivant :

Critère d'attribution C : Qualité du service (8 points)			
<i>Voir le point 4 (c) de l'invitation à déposer une offre</i>			
(i) Le nombre de places assises offertes (3,5 points)			
1	VOYAGES SERGE GOEDERT S.P.R.L.	Le Transporteur a obtenu 1,7500 points résultant du calcul : $[(63 - 56) / (56 \times 0.25)] \times 3,5$ Si la capacité se situe dans la dernière fourchette (46-80), la fréquentation maximale à bord du véhicule sert de référence pour le calcul des points avec une cote maximale de 3,5 points	1,7500
2	AUTOCARS PONCIN-CLEBANT	Le Transporteur a obtenu 1,7500 points résultant du calcul : $[(63 - 56) / (56 \times 0.25)] \times 3,5$ Si la capacité se situe dans la dernière fourchette (46-80), la fréquentation maximale à bord du véhicule sert de référence pour le calcul des points avec une cote maximale de 3,5 points	1,7500

Dès lors qu'une clause spécifique du cahier spécial des charges mentionne expressément que les strapontins ne peuvent pas être comptabilisés dans le nombre de places assises, le nombre de places renseigné pour l'offre de la partie requérante (63) n'appelait de développement complémentaire. Il en va d'autant plus ainsi que, comme cela ressort de l'exposé des faits, la partie requérante avait connaissance, avant même l'adoption de l'acte attaqué, du fait que les services techniques de la partie adverse n'avaient pas comptabilisé les deux sièges situés à

l'avant du véhicule comme des places assises. La partie requérante avait d'ailleurs contesté cette analyse, que les services de la partie adverse avaient maintenue en invoquant notamment la clause spécifique du cahier spécial des charges évoquée ci-avant. Par ailleurs, comme cela ressort de l'examen de la première branche du moyen, les services techniques de la partie adverse ont, de manière constante, considéré ce type de siège comme un strapontin et non comme une place assise. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le vice de motivation allégué par la partie requérante n'est pas établi.

Il s'ensuit que la seconde branche du moyen n'est pas sérieuse.

En conclusion, le moyen n'est sérieux en aucune de ses deux branches.

V. Deuxième moyen

V.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 [ne 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.

V.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 S.P.R.L. Voyages Serge Goedert 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.

VI. Troisième moyen

VI.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.

VI.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 S.P.R.L.Voyages Serge Goedert 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.

VII. 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 9719 et d'autres circuits), de procès-verbaux d'inspection de véhicules, de courriels et de rapports d'attribution pour plusieurs circuits (pièces A à E du dossier administratif confidentiel).

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 demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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

Article 3.

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

Article 4.

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