CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 191.269 du 11 mars 2009

G./A.189.857/VI-17.956

En cause : **la société de droit allemand ALPINE ENERGIE DEUTSCHLAND Gmbh,**

ayant élu domicile chez
Me Bart BRONDERS, avocat,
E. Beernaertstraat, n° 106,
8400 Ostende,

contre :

la Société Régionale Wallonne du Transport,
en abrégé S.R.W.T.,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Patrick GOFFAUX, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE,

Vu la requête unique introduite le 29 septembre 2008 par la société de droit allemand ALPINE ENERGIE DEUTSCHLAND Gmbh qui demande l'annulation et la suspension de l'exécution de "la décision du 9 juillet 2008 prise par le Conseil d'administration de la Société Régionale Wallonne du Transport (TEC) par laquelle celle-ci a décidé de ne pas retenir l'offre de la partie requérante du 6 juin 2008 en ce qui concerne l'adjudication publique décrite comme «Métro léger de Charleroi Cahier spécial des charges n° TECH 1395 - Antenne de Gosselies. Fourniture et pose de la caténaire»";

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu le rapport de M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, rédigé sur la base de l'article 93 du règlement général de procédure;

Vu la notification du rapport aux parties;

Vu l'ordonnance du 19 février 2009 convoquant les parties à comparaître le 9 mars 2009 à 14.30 heures;

Vu la notification de cette ordonnance aux parties;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Fitzérald TEMMERMAN, loco Me Bart BRONDERS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Patrick GOFFAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. JANS, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Le 19 avril 2008, est publié à l'initiative de la partie adverse un avis de marché au Journal Officiel de l'Union européenne en vue d'attribuer, par adjudication publique, un marché de travaux dans le secteur des transports, portant sur la fourniture et la pose de la caténaire pour le métro léger de Charleroi, antenne de Gosselies (cahier spécial des charges n° 1395).

2. Le cahier spécial des charges, au point 8 du titre I, chapitre I, section 1ère, des clauses administratives, énumère les différents documents à joindre à l'offre :

" 8. Contenu de l'offre (article 78 § 2 de l'AR du 10.01.1996)

Documents à joindre à l'offre

Pour être valable, l'offre doit être accompagnée de tous les documents mentionnés ci-après:

• les certificats d'agréation et d'enregistrement;
• une note décrivant les mesures prises en fonction des dispositions du plan de sécurité et santé;
• une note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le PSS;
• pour un soumissionnaire étranger employant du personnel non assujetti à la sécurité sociale belge, la preuve qu'il est en règle avec ses obligations selon les dispositions légales du pays où il est établi;
• une note reprenant les coûts horaires du personnel intervenant dans le présent marché;

• tous les documents à joindre à l*offre tels qu*ils sont exigés dans les clauses administratives et techniques du présent marché.

En cas de manquement à l*un des points énoncés ci-avant, l*offre sera immédiatement frappée de nullité et directement écartée [...]".

3. Le 6 juin 2008, jour de l'ouverture des offres, quatre soumissions sont déposées :

1) Alpine -Energie, pour un montant HTVA de 4.709.300,67,
2) La société momentanée société anonyme Colas Rail Belgium-société anonyme Colas Rail pour un montant HTVA de 4.812.085,90,
3) Fahrleitungsbau GmbH pour un montant HTVA de 5.964.081,26,
4) Fabricom GTI pour un montant HTVA de 6.107.985,33.

4. Dans la soumission de la partie requérante, le plan de sécurité et de santé (partie 5 de la soumission) est uniquement rédigé en néerlandais et présente un haut degré de généralité; la soumission ne comporte pas de note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le plan de sécurité et de santé ni aucune autre explication à ce sujet.

La soumission ne comporte pas non plus de note reprenant les coûts horaires du personnel intervenant dans le présent marché.

5. Un premier avis émanant du bureau d*ingénieurs-conseils BEVAC recommande de ne pas retenir l'offre de la requérante aux motifs que, d'une part, elle ne répond pas à toutes les demandes de précisions du cahier spécial des charges et, d'autre part, elle ne présente pas de références de marchés réalisés d*une taille comparable à celle du présent marché.

6. Une "note pour le conseil d*administration du 09 juillet 2008" contient l*examen des offres réalisé par les services administratifs de la partie adverse.

Concernant l*offre de la requérante, cette note indique ce qui suit :

" Pour l'analyse administrative, le cahier spécial des charges imposait à la remise de l'offre la fourniture des documents suivants sous peine de non conformité et d'être écartée de l'attribution du marché :
• les certificats d*agréation et d*enregistrement;
• une note décrivant les mesures prises en fonction des dispositions du plan de sécurité et santé;
• une note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le PSS;

• pour un soumissionnaire étranger employant du personnel non assujetti à la sécurité sociale belge, la preuve qu'il est en règle avec ses obligations selon les dispositions légales du pays où il est établi;
• une note reprenant les coûts horaires du personnel intervenant dans le présent marché;
• une liste de références et une note descriptive correspondante des projets similaires réalisés durant les 15 dernières années;
• une copie des PV de réception ou certificats de bonne exécution correspondants délivrés par les Maîtres de l'Ouvrage concernés.
A l'issue de l'analyse administrative, il ressort que la société Alpine - Energie n'a pas remis :
• la notice justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le plan de sécurité et de santé (PSS);
• la notice reprenant les coûts horaires du personnel pouvant intervenir dans le présent marché.
Son offre est donc jugée non conforme.".

Après avoir écarté l'offre de la société Fahrleitungsbau GmbH pour non-conformité technique, la note propose d'attribuer le marché à la société momentanée Colas Rail Belgium-Colas Rail, dont l'offre, jugée régulière, était la moins-disante.

7. Le 9 juillet 2008, le conseil d'administration de la partie adverse prend la décision attaquée en se ralliant aux propositions émises par la note de ses services administratifs, dans les termes suivants :

" Le Conseil d'administration, pour les motifs énoncés dans la note ci-jointe, laquelle fait partie intégrante de la décision :

- marque son accord sur la désignation de la SM COLAS RAIL BELGIUM - COLAS RAIL dont le siège est à Enghien pour la réalisation du marché de pose de la caténaire sur l'antenne de Gosselies du Métro Léger de Charleroi au montant de 4.872.065,90 € HTVA;

- autorise l'engagement d'un montant correspondant à charge de l'article 74.00.00 - Métro Léger de Charleroi".

8. Par pli recommandé le 15 juillet 2008, la requérante est informée que son offre n'a pas été choisie.

Par courrier recommandé daté du 18 juillet 2008, reçu le 22 juillet 2008, la requérante demande de connaître les motifs de cette décision.

Par pli recommandé du 31 juillet 2008, la partie adverse communique une copie de la décision motivée d'attribution du marché à la société momentanée Colas Rail Belgium-Colas Rail.

9. Par pli recommandé du 15 juillet 2008, la décision d*attribution du marché est notifiée à l*adjudicataire, la SM Colas Rail Belgium-Colas Rail, ce qui a entraîné la conclusion du marché;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de "la violation de l*article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation de l'article 98, §2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l*eau, de l*énergie, des transports et des services postaux, [ainsi que] des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et de la norme de précaution matérielle (également nommée le «principe de l*équilibre») et formelle comme principes généraux de bonne administration, et de l*absence d*une base matérielle requise par la loi"; qu'elle fait valoir qu'au regard de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, sa soumission était la moins-disante, que par application de l'article 98, §2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 précité, l'absence de deux documents qui auraient dû être joints à l'offre ne pouvait être considérée comme une irrégularité substantielle, que le fait de n'avoir pas joint les deux documents exigés par le cahier des charges est certes une négligence mais que celle-ci ne compromettait pas la comparaison des offres, et que les documents en question n'avaient aucune influence sur la comparaison du montant total du marché; qu'à propos de la "notice justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le plan de sécurité et de santé (PSS)", elle soutient qu*aucune mesure de sécurité particulière ne devait être prise pour exécuter le plan de sécurité et de santé, de sorte qu'"aucun frais particulier n'est exposé de ce fait pouvant être distingué du prix général pour l'exécution du marché" et qu'aucune notice ne pouvait être rédigée, que la partie adverse ne pouvait pas douter que toutes les mesures reprises dans la note seraient exécutées, qu'en effet, le certificat ISO 9001 et ISO 14001 joint à son offre démontrerait à suffisance qu*elle "réalise les activités qui lui sont confiées conformément à une procédure certifiée" et que cette constatation vaudrait "également pour l*exécution des mesures de sécurité"; qu'en ce qui concerne "la notice reprenant les coûts horaires du personnel pouvant intervenir dans le présent marché", la requérante oppose en substance que l*indication des données demandées ne l*aurait engagée à rien et que cela ne pouvait en aucun cas avoir la moindre influence sur le montant total de la soumission pour ce marché; que la partie requérante fait encore valoir que le fait de considérer son offre comme irrégulière aurait requis une motivation plus adéquate que ce qui ressort de la décision attaquée et du dossier; qu'elle conclut en invoquant une lésion de ses intérêts et une violation de "la norme de précaution matérielle et formelle comme principes de bonne administration";

Considérant qu'il n'est pas contesté que, d'une part, le cahier spécial des charges imposait de joindre à la soumission, à peine de nullité et d'exclusion immédiate, une "note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le PSS" et "une note reprenant les coûts horaires du personnel intervenant dans le présent marché" et que, d'autre part, la soumission de la partie requérante ne comportait aucun de ces deux documents ni aucune explication ou justification concernant l'absence de ces documents;

Considérant qu'il résulte de la lecture combinée des articles 78,§2, et 98, §2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 que le pouvoir adjudicateur peut imposer, dans le cahier spécial des charges et à peine de nullité de l'offre, la production de documents devant être annexés à celle-ci, en vue de permettre le contrôle de la régularité des offres et la comparaison entre celles-ci; que dans ce cas, il est tenu de considérer comme irrégulières toutes les soumissions ne comportant pas les documents annexes imposés à peine de nullité par le cahier spécial des charges; que tel est le cas en l'espèce;

Considérant que la requérante met également en cause le choix de la partie adverse de faire des deux documents litigieux une cause d'irrégularité absolue de l'offre; que dès lors que l'article 30, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles prévoit nommément un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par le plan de sécurité et de santé, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, imposer l'adjonction d'un document détaillant les coûts des mesures relatives à la sécurité du chantier, spécialement dans une procédure d'adjudication qui favorise le moins-disant; qu'en outre, tant la note justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures de sécurité que celle reprenant les coûts horaires du personnel présentent un rapport direct avec le contrôle des éléments de prix proposés par les soumissionnaires; que selon les termes des articles 98, § 2, et 77 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, les données concernant les prix doivent être considérées comme des «conditions essentielles du marché», de sorte que toute irrégularité les affectant doit être considérée comme substantielle et donc donnant lieu à nullité absolue;

Considérant que l'argument de la partie requérante selon lequel aucune mesure de sécurité particulière ne devait être prise pour exécuter le plan de sécurité et de santé, de sorte que aucune notice justificative des prix relatifs aux coûts engendrés par les mesures contenues dans le plan de sécurité et de santé (PSS) et pertinente au niveau du contenu ne pouvait être rédigée, ne répond ni aux exigences résultant de l'article 30, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 ni à celles du cahier spécial des charges;

Considérant, enfin, que le fait de considérer l'offre de la requérante comme irrégulière ne requérait pas en l'espèce une motivation plus adéquate, compte tenu du prescrit tout à fait clair du cahier spécial des charges et de la compétence liée qui en résultait pour la partie adverse;

Considérant que le moyen unique n'est pas fondé,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en annulation est rejetée.

Article 2.

Il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de suspension.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le onze mars deux mille neuf par :

M.	NIHOUL,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme	LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

K. LAUVAU. P. NIHOUL.