

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 217.430 du 23 janvier 2012

G./A.203.147/VI-19.404

En cause : **la société anonyme USINES DUPUIS,**

ayant élu domicile chez
Me Louis KRACK, avocat,
rue de Dampremy, n° 67/32,
6000 Charleroi,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Nathalie FRANCOIS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société de droit néerlandais B.V. DE METEOR,

ayant élu domicile chez
Mes Jean LAURENT et
Luc VAN CANEGHEM, avocats,
rue Defacqz, n° 78,
1060 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une requête unique introduite le 5 janvier 2012, la société anonyme USINES DUPUIS demande, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision d'attribution [prise] par la partie adverse du marché n° 33/C/0000184913 relatif à la livraison de traverses en béton M 41 et M 41 CR, lui notifiée le 23 décembre 2011".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 6 janvier 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 20 janvier 2012 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 19 janvier 2012, la société de droit néerlandais B.V. DE METEOR demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Louis KRACK, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Bruno LOMBAERT et Nathalie FRANCOIS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, Mes Jean LAURENT, Luc VAN CANEGHEM et Gilles BATAILLE, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur 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. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 19 janvier 2012, la société de droit néerlandais B.V. DE METEOR a demandé à intervenir dans la présente procédure.

Cette société ayant obtenu une part importante du marché dont l'attribution fait l'objet de la requête en suspension, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

IV. EXPOSE DES FAITS

IV. 1. La requérante a participé à une procédure négociée avec publicité relative à la fourniture de traverses en béton de type monobloc.

IV. 2. Le 11 octobre 2011, il a été procédé à l'ouverture des offres déposées conformément au cahier spécial des charges.

IV. 3. Le 19 octobre 2011, la partie adverse a adressé aux quatre soumissionnaires une demande d'amélioration de leur offre initiale.

IV. 4. Le 27 octobre 2011, la partie adverse a adressé aux soumissionnaires une nouvelle demande d'amélioration de l'offre initiale en précisant que pour se conformer à la législation européenne le stockage des traverses pourrait se faire à un endroit de son choix situé en "EUROPE".

IV. 5. Le 22 décembre 2011, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la partie intervenante pour 6 lots 1 identiques de chacun 20.000 traverses de type M41 équipées de semelles sous rail au prix unitaire de 45 euros pour un montant total de 5.400.00,00 euros, à la S.A. PREFER pour 4 lots 1 identiques de chacun 20.000 traverses de type M 41 équipées de semelles sous rail d'un montant unitaire de 68 euros pour un montant total de 5.440.000,00 euros et à la requérante pour 2 lots 2 identiques comprenant chacun 2.000 traverses de type M 41 CR équipées de semelles sous rail au prix unitaire de 80,73 euros pour un montant total de 322.920,00 euros.

V. QUANT A L'EXTREME URGENCE

V. 1. Requête

Aux fins de justifier le recours à la procédure d'extrême urgence, la requérante énonce ce qui suit :

" ATTENDU [...]

Que le recours institué par l'article 21bis de la loi du 24.12.1993 a été fixé par la partie adverse à 15 jours devant le Conseil d'Etat;

Que la partie adverse a donc imposé le recours d'extrême urgence;

Que celle-ci se justifie entre autre pour la requérante par le fait que l'importance de livraison à effectuer dans le délai contractuel – certainement pour la continuité des services d'Infrabel – importance renforcée par le critère de production journalière minimale ne permet pas aux parties intéressées au marché d'attendre très longtemps une décision sur le fond".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante ne peut certainement pas être suivie en ce qu'elle se fonde, dans sa requête du 5 janvier 2012, sur l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993

relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Cette disposition a en effet été abrogée en termes exprès par l'article 4 de la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993, précitée, entrée en vigueur le 25 février 2010.

C'est tout aussi indûment que la requérante affirme que la partie adverse lui a "imposé le recours à l'extrême urgence", alors que, dans un courrier daté manuscritement du 23 décembre 2011, envoyé par télécopie à cette date et par courrier recommandé le 27 décembre, celle-ci s'est fondée sur l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 précitée pour lui transmettre copie de la décision motivée.

La partie adverse a pu lui indiquer qu'elle disposait "d'un délai de 15 jours à compter du lendemain de la date d'envoi de cette notification pour introduire un recours en suspension devant le Conseil d'Etat via une procédure d'extrême urgence".

Quoiqu'elle ne se soit explicitement référée ni à l'article 65/23, § 3, ni à l'article 65/35 de la même loi du 24 décembre 1993, la partie adverse a fait une application apparemment correcte de ces dispositions.

Il apparaît que la requête, recommandée à la poste le 5 janvier 2012, visant une décision notifiée le 23 décembre 2011, a été introduite dans le délai de 15 jours prévu à l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993.

Il est permis de considérer que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

VI. RECEVABILITE DE LA REQUETE

VI. 1. Argument de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que le conseil d'administration de la requérante a bien donné à Marc THIRIFAY, Directeur, mandat d'introduire le présent recours et qu'il a désigné Maître Louis KRACK pour ce faire, mais que la décision d'agir prise vraisemblablement par Marc THIRIFAY sur la base de ce mandat, dont la validité est douteuse eu égard aux dispositions des statuts, n'est pas jointe à la requête.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante a joint à sa requête une copie de ses statuts coordonnés.

L'article 12 de ceux-ci attribue au conseil d'administration le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale.

L'article 14 précise que :

" Le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant.
Sans préjudice à l'exercice des délégations de pouvoirs prévus ci-dessus la société est aussi, valablement représentée dans les actes ou en justice, par un administrateur-délégué, ou par deux administrateurs agissant conjointement, lesquels n'auront pas à justifier vis-à-vis des tiers d'une décision préalable du conseil d'administration".

La requérante a encore joint à la requête la copie du procès verbal d'une assemblée générale du 11 juin 2009, publiée aux annexes du Moniteur belge du 12 mars 2010, mentionnant notamment le renouvellement pour six ans du mandat d'administrateur de Marc THIRIFAY.

Elle a joint enfin la copie de la décision prise par son conseil d'administration le 27 décembre 2011, ainsi rédigée :

" [...] Dans le cadre de l'attribution du marché n° 33C/0000184913 de livraison de traverses en béton M41 et M41 CR, Infrabel a notifié par un courrier daté du 23/12/2011 reçu par fax qu'aucun lot de fourniture de traverses de type M41 n'était attribué à notre société et que par contre un nombre important l'était à un fournisseur hollandais.
En suite de quoi, le conseil d'administration constate que cette décision d'Infrabel est très préjudiciable pour l'avenir de notre société et est sujette à une contestation et à un recours judiciaire de la part de notre société.
Le conseil d'administration décide donc à l'unanimité d'autoriser la Direction de la société (M. Marc Thirifay, Directeur) à introduire tous recours judiciaires généralement quelconques visant à la suspension et l'annulation de la décision d'Infrabel et désigne Maître Louis Krack, avocat à Charleroi pour ce faire.
[...]".

Il ressort à suffisance des passages ainsi mentionnés ou reproduits des pièces annexées à la requête que la décision d'introduire le présent recours a été prise par l'organe qualifié de la requérante.

Il n'apparaît pas que la copie de la décision d'agir prise par Marc THIRIFAY dû y être jointe.

Il n'est pas nécessaire qu'il soit statué sur la validité du mandat qui lui a été donné à cette fin.

Prima facie, l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie.

VII. MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante ne formule à proprement parler aucun moyen dans sa requête.

Elle s'y exprime néanmoins comme il suit :

" EN DROIT

ATTENDU qu'il apparaît des divers éléments repris ci-avant que la partie adverse se rendant compte que l'offre la plus intéressante apparemment n'était pas régulière en la forme et ne correspondant pas au cahier des charges a sollicité une prétendue amélioration d'offre pour permettre à une partie de se conformer au cahier des charges puis via une seconde demande d'amélioration a étendu un critère initial pour pouvoir accepter cette offre apparemment irrégulière en la forme;

ATTENDU que d'abord, le critère de capacité « journalière » n'apparaît pas suffisamment établi par un organe de contrôle qui n'offre sans doute pas les critères habituels applicables aux autres candidats offrant dont la requérante;

ATTENDU qu'ensuite, l'étendue du critère géographique ne semble nullement convainquant;

Qu'il n'est nullement établi que l'imposition de maintenir le stock commandé et payé à disposition d'INFRABEL sur le territoire belge soit un critère discriminatoire à l'égalité des offrants «européens» d'autant que celui-ci ne doit pas être «propriétaire» d'un terrain mais d'avoir la possibilité d'en mettre un à disposition et ce, pour stocker des marchandises qui sont déjà payées (l'imposition se justifie par la crainte de voir celles-ci incluses dans les actifs de l'adjudicataire et pour permettre l'individualisation plus facile en cas de contestation de la propriété des dites marchandises).

Que dès lors la requérante considère que cette amélioration – d'ailleurs très mal rédigée puisque de nombreux pays européens ne sont nullement visés par la législation communautaire (Serbie – Croatie – Suisse – Russie – Biélorussie...) – n'a été justifiée que pour accepter une offre irrégulière;

ATTENDU qu'il s'en suit que la décision n'est nullement régulière;

Qu'il y a lieu à en suspendre et ensuite annuler la décision qui a été prise;

[...]"

A l'audience, la requérante a fait valoir qu'elle se fondait sur la violation du principe d'égalité et que les demandes d'amélioration des offres visaient à favoriser celle que présentait l'intervenante.

B. Note d'observations et requête en intervention

Dans sa note d'observations, la partie adverse, rejointe par la partie intervenante, affirme que la requête ne mentionne aucune règle de droit dont la violation serait alléguée, qu'elle ne contient pas non plus l'exposé structuré d'un moyen qui permettrait de répondre à une critique raisonnablement compréhensible et déterminée, ce qui ne lui permet pas d'exercer ses droits de la défense.

Elle formule cependant quelques considérations au sujet de la capacité journalière de production et estime que tous les soumissionnaires ont respecté les obligations qui leur incombent suivant le cahier spécial des charges.

Elle fait valoir que la suppression de l'obligation relative au lieu de stockage en Belgique ne visait pas à favoriser l'un ou l'autre soumissionnaire mais à assurer le respect du droit communautaire.

La partie intervenante fait valoir notamment qu'aucune disposition du cahier spécial des charges n'imposait la présentation d'une attestation de production permettant de vérifier les chiffres proposés par les candidats, qu'initialement aucune des quatre firmes consultées n'a communiqué une telle attestation, que ce n'est qu'à la suite d'une dénonciation de la requérante que la partie adverse a demandé des renseignements complémentaires et que ceux-ci ont plus que confirmé la capacité de production de la société B.V. DE METEOR dès lors qu'un organisme indépendant a attesté qu'elle dispose de cinq lignes de production de traverses contenant chacune quarante-quatre moules portant la capacité journalière à huit cent quatre-vingt traverses.

Elle rejoint la partie adverse en affirmant que la modification relative au lieu de stockage se justifie par la nécessité de se conformer à la législation européenne, alors même qu'aucun candidat n'avait émis de réserve à cet égard.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans l'exposé des motifs du projet appelé à devenir la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dont il doit être fait application en l'espèce de l'article 65/15, le législateur a affirmé que "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les

situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. parl., Ch., sess. 2009-2010, n° 52-2276/001, p. 31).

Dès lors, un moyen ne peut être qualifié de sérieux, dans le cadre de l'application de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, que s'il fait ressortir une irrégularité manifeste ou en tout cas apparente.

Prima facie, l'argumentation qui figure dans la requête, telle que reproduite, ne fait apparaître ni un moyen de droit, ni, moins encore, un moyen faisant ressortir une irrégularité manifeste ou apparente.

En effet, la requérante paraît adresser deux reproches à la partie adverse.

Le premier reproche est d'avoir demandé à la société de droit néerlandais B.V. DE METEOR une attestation permettant de vérifier que sa capacité journalière de production correspond au moins aux lots à lui attribuer et de s'être satisfaite de l'attestation délivrée par l'organisme privé spécialisé KIWA NEDERLAND.

La requérante reste cependant dubitative à ce propos, puisqu'elle écrit qu'il s'agit d'un "organe de contrôle qui n'offre sans doute pas les critères habituels applicables aux autres candidats offrant dont la requérante".

Il ne paraît pas possible de trouver dans cette formulation l'énoncé d'un moyen tendant à établir que la décision attaquée est entachée d'excès de pouvoir.

Le second reproche est – si l'on comprend bien – d'avoir énoncé dans le cahier spécial des charges, que :

" les traverses seront entreposées sur l'emplacement situé en Belgique, que l'adjudicataire donne actuellement en location à INFRABEL",

puis, dans la demande adressée à la requérante le 27 octobre 2011 visant l'amélioration de son offre, d'avoir précisé :

" En vue de se conformer à la législation Européenne, nous précisons que les traverses devront en sortie de fabrication être stockées sur un terrain situé à un endroit de son choix en Europe. Le terrain sera loué à INFRABEL pour un Euro symbolique. Le soumissionnaire renseignera dans sa réponse à la présente l'endroit exact où elles seront stockées pendant la durée de validité du marché".

La requérante ne conteste pas que, s'agissant d'un marché à passer par procédure négociée avec publicité, il appartenait à la partie adverse de négocier librement avec tous, certains ou même un seul candidat.

Selon les pièces annexées à sa requête en intervention, l'intervenante paraît suffisamment établir, sur la base d'un document qu'elle a transmis à la partie adverse le 10 octobre 2011, qu'elle disposait sur le territoire de la commune de Mol d'un emplacement pouvant servir à la livraison des traverses.

Prima facie, c'est en vain que la requérante soutient que la substitution à la condition de stockage en Belgique de celle de stockage en Europe visait à avantager l'intervenante.

Dans ces conditions, force est de conclure que la requête ne peut être accueillie.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société de droit néerlandais B.V. DE METEOR est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

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'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-trois janvier deux mille douze par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.