CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.300 du 2 mars 2012

G./A.203.777/VI-19.905

En cause : **la société anonyme SPIE BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
place des Nations Unies, n° 7,
4020 Liège,

contre :

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

LE PRESIDENT F.F. DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 24 février 2012, la société anonyme SPIE BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision prise le 27 janvier 2012 par laquelle la Société Régionale Wallonne du Transport (TEC), en abrégé S.R.W.T., attribue à la société MACQ le marché ayant pour objet le "renouvellement du système de commandes d'itinéraires des trams de Charleroi" au terme d'une procédure négociée sans publicité.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 24 février 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 1er mars 2012 à 10 heures 30.

La partie adverse a déposé le dossier administratif à l'audience.

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

Me Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M. Christophe PHILIPPE, juriste d'entreprise, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, 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. Selon l'acte attaqué la partie adverse a, le 17 novembre 2011, "autorisé la consultation de plusieurs entreprises, dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, en vue de remplacer le système actuel de commande d'itinéraires équipant les trams du Métro Léger de Charleroi. Le budget estimé pour la fourniture du matériel de quarante-cinq trams, des véhicules des services de maintenance et de l'équipement de deux carrefours sur l'axe de Gosselies était estimé à 125.000 € HTVA".

III. 2. Une note, établie le 17 novembre 2011 et destinée à l'administrateur général et à l'administrateur général adjoint de la partie adverse, soumet à l'approbation du premier d'entre eux le choix du mode de passation du marché litigieux. Le recours à la procédure négociée sans publicité préalable y est motivé par référence aux dispositions de l'article 39, § 2, 1°, a) et c), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. L'approbation sollicitée a été donnée le 18 novembre 2011.

III. 3. Le document tenant lieu de modèle de convention à conclure dans le cadre du marché litigieux fait apparaître que, pour recourir à la procédure négociée sans publicité préalable, la partie adverse a entendu se prévaloir de l'hypothèse visée à l'article 39, § 2, 3°, a), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

III. 4. Selon les termes de l'acte attaqué, la consultation d'entreprises et les conclusions auxquelles celle-ci a permis d'aboutir peuvent être décrites comme suit :

" […]

4 fournisseurs ont été interrogés par notre lettre du 17 novembre 2011.
Il s'agit des sociétés suivantes :
- AEG TRANZ COM de Bruxelles;
- SPIE de Zaventem;

- CAPSYS de Bernin en France;
- La société GD TECH de Angleur.

La lettre de demande d'offre était accompagnée d'une description fonctionnelle du besoin et du métré récapitulatif.
La solution technologique était laissée au choix des soumissionnaires qui devaient la développer au sein de leur offre pour remplir les fonctionnalités demandées.
Il leur était également précisé que ce marché constitue la première phase d'un processus de renouvellement des équipements de commande d'itinéraires utilisés sur le réseau du Métro de Charleroi.

Les offres devaient être remises pour le 15 décembre 2011 au plus tard.
Les 4 sociétés interrogées ont déposé une offre.

La société AEG TRANZ COM :

Ce soumissionnaire propose une solution reposant sur la transmission des messages de demande d'itinéraire à destination des systèmes de commande d'aiguillage, par le biais d'une transmission radio utilisant des fréquences avec licence IBPT.
Pour les cas où des zones d'aiguillages se trouvent proches les unes des autres, l'utilisation de fréquence radio nécessite en outre de localiser le tram afin d'identifier la provenance du signal de demande d'itinéraire et lever le doute sur la bonne commande à activer.
Cette localisation requiert l'interface du modem radio avec le système de balise RFID embarqué sur le tram.

L'offre de base atteint le montant de 222.306 € HTVA.

Cette offre dépasse très nettement le montant estimé. En outre la solution préconisée requiert une interface avec le matériel existant, source de difficultés de réalisation supplémentaires incompatibles avec le niveau d'urgence de l'équipement de l'axe de Gossellies qui doit être opérationnel pour le milieu de cette année.
Cette offre est dès lors jugée inintéressante et écartée.

A noter que ce soumissionnaire offre également en variante une solution reposant sur une transmission machine voie avec balises RFID posées dans la voie. Cette solution atteint cependant un coût encore plus élevé (269.755 € HTVA).

La société SPIE :

Ce soumissionnaire présente une solution basée sur une détection du tram par le bais d'une transmission de messages codés entre une balise embarquée sur le tram et une boucle posée dans la vole, connectée au système de commande d'aiguillage pour la sélection de l'itinéraire.

L'offre de SPIE atteint le montant de 107.883,28 € HTVA.

Cette offre est très intéressante et cadre parfaitement avec le budget estimé. Une première analyse de la solution proposée a conduit à un ensemble de questions transmises par email le 20 décembre 2011.
Une réunion, tenue le 16 janvier 2012, a permis de lever une série d'interrogations et a conduit à la demande d'une offre réactualisée. Cette demande d'actualisation portait notamment sur le nombre de balises à embarquer. La première offre proposait en effet l'utilisation d'une balise posée centralement sous le véhicule. Cette solution est cependant inapplicable compte tenu de l'existence d'autres balises (de freinage automatique entre autres) à cet endroit.
La deuxième offre, proposant deux balises à poser respectivement sous les postes de conduite, transmise le 19 janvier 2012, atteint le montant de 150.289 € HTVA.

La société GD TECH :

La solution proposée repose sur un échange de messages entre une balise fixe, disposée à l'endroit des commandes d'itinéraires, et le tram par le biais de la technologie WiMesh, présentant un protocole similaire à celui de la transmission WI-FI.

Lorsque le tram se présente dans la zone d'influence de balise fixe, un échange de données s'établit automatiquement.
Une tablette graphique, à la disposition du conducteur dans son poste de conduite, affiche alors un menu présentant les différentes possibilités d'itinéraires propres au carrefour qu'il aborde.

L'offre de GD TECH atteint le montant de 129193€ HTVA.

Cette proposition, bien qu'intéressante techniquement, ne respecte pas le modèle de métré récapitulatif imposé dans la demande d'offre.
Elle présente en outre l'inconvénient majeur de ne mettre à disposition qu'une seule tablette graphique par tram. Cette restriction imposerait au conducteur de la déménager lors des changements de sens pour l'installer dans le poste de conduite opposé.
Outre l'aspect peu pratique en exploitation, la fragilité apparente de la tablette, couplée aux déconnexions et reconnexions répétées de celle-ci (pour le besoin pré cité), conduiraient à terme à des problèmes de fonctionnement et de fiabilité.
Le doublement du nombre de tablette entraine une augmentation de 15.750 € HTVA.

L'offre de GD TECH atteint alors le montant de 144.943 € HTVA.

La société CAPSYS :

Ce soumissionnaire, de nationalité française, est représenté en Belgique par la société MACQ. C'est à ce titre que CAPSYS a délégué à son partenaire belge la mission de déposer une offre sur base de sa technologie.
La solution est basée sur une détection du tram par le biais de la transmission de messages codés entre une balise embarquée et une boucle posée dans la voie, connectée au système de commande d'aiguillage pour la sélection de l'itinéraire.

L'offre de MACQ atteint le montant de 118.525€ HTVA.

Tout comme l'offre de la société SPIE, cette proposition est très intéressante et cadre parfaitement avec le budget estimé. Une première analyse de la solution proposée a conduit à un ensemble de questions transmises par email le 20 décembre 2011.

La solution technique de CAPSYS permet en outre la réutilisation de boucles existantes dans la voie, utilisées pour les besoins de demande de priorité aux carrefours à feux.
Ces boucles, pour les carrefours qui en sont équipés, auront ainsi la double fonction de détection du tram (pour la gestion de la priorité) et de transmission vers le système de commande d'itinéraires.

Une réunion, tenue le 6 janvier 2012, a permis de lever une série d'interrogations et a conduit à la demande d'une offre réactualisée. Cette demande d'actualisation portait notamment sur la précision de certains prix unitaires, la technologie des boucles, la fourniture de spécifications techniques complémentaires, notamment sur la nature des données transmises par les systèmes au sol.

La deuxième offre a été reçue le 13 janvier 2012 et se chiffre au montant de 113.357, 50 € HTVA.

Parmi les offres reçues, celles de SPIE et MACQ retiennent notre attention.
Un tableau comparatif des deux solutions a ainsi été établi (annexe 1).
Compte tenu de leur forte similitude d'une part, et du fait que la nouvelle commande d'itinéraires au sol sera amenée ultérieurement a être étendue sur l'ensemble du réseau métro, les deux offres ont aussi fait l'objet d'une comparaison des prix unitaires des composants principaux qui constituent les systèmes à installer dans la voie.
En considérant l'équipement futur de 30 lieux sur le réseau métro où une commande d'itinéraires existe, la comparaison est favorable à la solution SPIE de 6.768,6 € HTVA, ce qui est loin de compenser la différence actuelle de 36.931,5 € entre ces 2 offres.

Au terme de l'analyse, l'offre de la société MACQ, au montant de 113.357,5 € HTVA est la plus intéressante.

[…]".

III. 5. L'acte attaqué a été adopté le 27 janvier 2012. Il a été notifié à la requérante par un courrier du 9 février 2012 et à la société anonyme MACQ par un courrier du 13 février 2012.

IV. COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT ET RECEVABILITE DE LA DEMANDE QUANT A L'INTERET DE LA REQUERANTE

IV. 1. Thèses des parties

A l'audience du 1er mars 2012, la partie adverse expose que la décision d'attribution du marché à la société anonyme MACQ a été notifiée à celle-ci par un courrier du 13 février 2012, de sorte que le marché doit être considéré comme conclu depuis cette date et qu'il doit être exécuté. Il s'ensuit à son estime que, dès lors qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause un contrat déjà conclu, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour se prononcer sur la demande de suspension dont il a été saisi en l'espèce, et que la requérante ne peut d'ailleurs plus se prévaloir d'un intérêt à une telle suspension.

La requérante réfute cette thèse en s'autorisant d'une jurisprudence du Conseil d'Etat qu'elle estime pertinente à cet égard.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse ne peut être suivie en ce qu'elle affirme que, le marché ayant été conclu, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution ne peut plus remplir sa fonction préventive.

Dans l'hypothèse où le montant estimé du marché atteint le seuil européen, cette suspension entraîne de plein droit celle de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation de l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en application de l'article 65/13, alinéa 1er, de cette même loi.

En l'espèce, toutefois, l'article 65/11 ne trouve pas à s'appliquer, le marché n'étant pas soumis à une publicité européenne préalable par l'application de l'article 65/12 de la loi du 24 décembre 1993 précitée et de l'article 53, § 4 et 60 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

Cependant, selon l'article 65/15 de la même loi, applicable quel que soit le montant estimé du marché, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché ne dépend plus de la condition que cette exécution expose le requérant à un risque de préjudice grave difficilement réparable. Il ne paraît dès lors plus exclu qu'elle puisse être ordonnée lors même que le marché est conclu, en voie d'exécution voire même exécuté. Sans doute l'article 65/30, alinéa 3, de la même loi, inclus dans le titre 3, Marchés n'atteignant pas les seuils européens, dispose qu'une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marché publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution. Cette disposition ne paraît viser cependant, selon l'article 65/13, que le juge judiciaire (Projet de loi 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, Exposé des motifs, Doc. parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52-2276/001, p. 27 et Rapport fait au nom de la commission des finances et du budget, n° 52-2276/003, p. 8). Dès lors, prima facie, ni la compétence du Conseil d'Etat ni l'intérêt des requérants ne semblent pouvoir être utilement contestés au motif que le marché en cause est conclu et en voie d'exécution.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, libellé en ces termes :

" Premier moyen pris de la violation de l'article 39 § 1er de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics énonçant le principe d'une mise en concurrence par l'adjudication, appel d'offres ou procédure négociée avec publicité suite à une application erronée de l'article 39 § 2 3a de la loi du 24 décembre 1993 et de la violation de l'article 65 /4 1° de la même loi ainsi que de l'obligation de motivation juste et pertinente

En ce que

Sur l'article 39 § 2 3°a de la loi du 24 décembre 1993 qui dispose :

«Les marchés publics peuvent également être passés par procédure négociée sans respecter de règle de publicité mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque :
…
3° Dans le cadre d'un marché public de fournitures :

a) Des livraisons complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées».

Alors que

a) Le marché a pour objet «la fourniture et la mise en service des équipements de commandes à distance d'aiguillage destinés à remplacer le matériel équipant actuellement les trams du métro de Charleroi…»

Selon la décision motivée en page 1 alinéa 3, «la lettre de demande d'offre était accompagnée d'une description fonctionnelle du besoin et du métré récapitulatif.
La solution technologique était laissée au choix des soumissionnaires qui devaient la développer au sein de leur offre pour remplir les fonctionnalités demandées.
Il leur était également précisé que ce marché constituait la première phase d'un processus de renouvellement des équipements de commandes d'itinéraires utilisées sur le réseau du métro de Charleroi…».

b) Ainsi, le marché avait pour objet de remplacer le système actuel de commandes d'itinéraires, non pas à l'identique, mais sur base de systèmes nouveaux mettant en œuvre une solution technologique laissée au choix des soumissionnaires.

La SRWT entendait dès lors obtenir un système remplaçant celui qui est en fonction non à l'identique dans le cadre d'un «renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant», ni «d'extension de fournitures ou d'installations existantes lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de techniques différentes entraînant une incompatibilité ou les difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées».

c) La base légale retenue en l'espèce l'article 39 § 2 3a serait éventuellement d'application dans la seconde phase annoncée par la partie adverse ayant pour objet «l'équipement futur de 30 lieux sur le réseau métro où une commande d'itinéraire existe» (voir la décision attaquée p. 4 3ème alinéa avant la fin), dans la mesure où il pourrait être établi qu'il s'agirait d'une extension de fournitures ou d'installations existantes et pour autant que le changement de fournisseurs entraîne une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

d) Il apparaît en conséquence que le recours, en l'espèce, à la procédure négociée sans publicité fondé sur l'art. 39 § 2 3a de la loi du 24 décembre 1993 viole les dispositions visées au moyen.

e) Selon l'article 65 § /4 1°, l'autorité adjudicatrice doit établir une décision motivée lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité.

En effet, le recours à une procédure négociée sans publicité constitue une procédure exceptionnelle en ce compris dans les secteurs spéciaux (A-L. DURVIAUX, La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes, in Actualité du droit des marchés publics, Larcier 2010, p. 105 n° 21).

Il n'y a évidemment pas motivation pertinente lorsque le recours est fondé sur une disposition légale qui n'est pas d'application.

[…]".

En termes de plaidoiries, la partie adverse soutient que la référence à l'article 39, § 2, 3°, a) de la loi du 24 décembre 1993 mentionnée dans le modèle de convention l'a été erronément et qu'il y a lieu de se référer à la note du 17 novembre 2011, note qu'elle produit à l'audience et qui contient la proposition du choix du mode de passation du marché. Cette note fait reposer le choix de la procédure négociée sur les dispositions contenues à l'article 39, § 2, 1°, a) et c) de la loi, et justifie la référence à ces hypothèses légales, d'une part, en invoquant la "nécessité d'une solution urgente à mettre en place pour permettre la commande des aiguillages" et, d'autre part, en affirmant que "la dépense estimée est inférieure au seuil fixé de 135.000 € HTVA imposant la publicité".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les dispositions de l'article 39 de la loi du 24 décembre 1993, dont l'application fait débat en l'espèce, sont libellées comme suit :

" Art. 39. […]
§ 2. Les marchés publics peuvent également être passés par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque :
1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services :
a) la dépense à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, les montants fixés par le Roi;
[…]
c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes;
[…]
3° dans le cas d'un marché public de fournitures :
a) des livraisons complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

[…]".

En vertu de l'article 108 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, le montant visé à l'article 39, § 2, 1°, a), de la loi du 24 décembre 1993 est de 135.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, en abrégé H.T.V.A..

S'il y a lieu de considérer, comme le soutient la requérante, que le recours à la procédure négociée sans publicité préalable est fondé sur la disposition de l'article 39, § 2, 3°, a), de la loi, force est de constater que la partie adverse n'a fait état d'aucun élément de fait susceptible de justifier que le marché litigieux relève de cette hypothèse légale. Au contraire, la circonstance que, selon les termes de l'acte attaqué, le marché tende au remplacement du système actuel de commande d'itinéraires, exclut qu'il s'agisse de livraisons complémentaires à celles qu'a précédemment effectuées un fournisseur initial.

Si le recours à la procédure négociée sans publicité préalable est fondé, comme le soutient la partie adverse, sur les dispositions de l'article 39, § 2, 1°, a) et c), il s'impose, avant tout, de constater que, s'agissant de l'hypothèse visée sub c), la partie adverse ne fait état d'aucun élément qui autoriserait à considérer que l'urgence qu'elle allègue, sans plus, résulte d'événements imprévisibles. Par ailleurs, en ce qui concerne l'hypothèse visée sub a), il y a lieu de relever à la lecture tant de l'acte attaqué que de la note établie le 17 novembre 2011 par les services de la partie adverse, que le montant estimé à 125.000 euros H.T.V.A. ne porte que sur l'équipement d'une partie du réseau, correspondant à l'axe de Gosselies qui doit être ouvert à la circulation en septembre 2012, et que la commande sera ultérieurement étendue à l'ensemble du réseau. Il n'a toutefois pas été tenu compte de cette perspective précise de commandes ultérieures, dans l'estimation annoncée, de sorte qu'il ne paraît pas déraisonnable prima facie de douter qu'un marché qui peut donner lieu à de tels développements soit correctement estimé à un montant inférieur au seuil de 135.000 euros.

Il suit de ces considérations que, quelle que soit celle des trois hypothèses légales de recours à la procédure négociée sans publicité préalable dont la partie adverse a entendu se prévaloir, aucune d'entre elles ne paraît être rencontrée par des éléments de fait qui la justifieraient à suffisance, de sorte que le moyen est sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

A l'audience du 1er mars 2012, la partie adverse n'invoque aucune circonstance qui permettrait d'établir que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 27 janvier 2012 par la Société Régionale Wallonne du Transport (TEC) attribuant à la société MACQ le marché ayant pour objet le "renouvellement du système de commandes d'itinéraires des trams" au terme d'une procédure négociée sans publicité.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 VIe chambre, le deux mars deux mille douze par :

M. David DE ROY, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. David DE ROY.