

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.473 du 13 février 2013

G./A.207.583/VI-19.857

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

ayant élu domicile chez
Me France VLASSEMBROUCK, avocat,
rue Neerveld, n° 101-103,
1200 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 7 janvier 2013, la société anonyme KONE BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision du conseil d'administration de [la société anonyme droit public INFRABEL] du 20 décembre 2012 (avec son annexe et l'annexe de celle-ci), communiquée par fax et recommandé du 21 décembre 2012, en vertu de laquelle, au terme d'une procédure négociée avec publicité, le marché de services «accord-cadre» portant sur le «contrat d'entretien d'une durée de 10 ans pour les ascenseurs, tapis roulants et escalators des gares et bâtiments de service de la zone de Bruxelles» (cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16) a, pour les quatre lots, été attribué à la s.a. Schindler et que les offres de la partie requérante pour les quatre lots n'avaient pas été retenues".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 janvier 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 février 2013 à 10 heures.

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

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

Me France VLASSEMBROUCK, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Sophie ADRIAENSSEN et Irène MATHY, avocats, comparaissant pour la partie adverse, 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. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Par un avis publié au Bulletin des adjudications le 22 avril 2010 et au Journal officiel de l'Union européenne le 23 avril 2010, la partie adverse a lancé un marché à attribuer par procédure négociée avec publicité ayant pour objet l'établissement d'un accord-cadre portant sur le contrat d'entretien d'une durée de dix ans des ascenseurs, tapis roulants et escalators des gares et bâtiments de service de la zone de Bruxelles.

Un avis rectificatif a été publié, les 7 et 8 juin 2010, respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal Officiel de l'Union européenne.

Le marché était divisé en quatre lots :

- lot 1 : ascenseurs de l'arrondissement de Bruxelles-Nord;
- lot 2 : escalators de l'arrondissement de Bruxelles-Nord;
- lot 3: ascenseurs de l'arrondissement de Bruxelles-Midi;
- lot 4 : tapis roulants et escalators de l'arrondissement de Bruxelles-Midi.

L'attribution devait se faire selon un critère unique d'attribution, le prix.

III. 2. La requérante s'est portée candidate pour ce marché.

Il ressort de la décision attaquée que les candidats suivants ont été sélectionnés pour remettre offre :

Lot 1	Lot 2	Lot 3	Lot 4
● Coopman Liften	● Kone Belgium	● Coopman Liften	● Kone Belgium
● Kone Belgium	● Schindler	● Kone Belgium	● Schindler
● Schindler	● ThyssenKruppLiften	● Schindler	●ThyssenKruppLiften
● TEM-Technilift		● TEM-Technilift	
● ThyssenKruppLiften		●ThyssenKruppLiften	

III. 3. Le cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16 régissant le marché a été remis aux candidats sélectionnés.

Ce cahier spécial des charges prévoyait notamment que les rabais étaient autorisés en cas de réunion de lots et que le délai de validité des offres était de deux-cents jours de calendrier.

Par un courrier du 6 juin 2011, la partie adverse a émis un avis rectificatif.

La requérante a remis une offre le 10 juin 2011.

III. 4. Par lettre du 28 décembre 2011, la partie adverse a communiqué à la requérante une description des conditions et adaptations qui étaient ajoutées aux conditions du cahier spécial des charges, invitant à remettre une offre pour le 13 janvier 2012 et précisant que le délai de validité des offres était de cent jours de calendrier.

La requérante a transmis son offre modifiée le 12 janvier 2012 et a fourni, à la demande de la partie adverse, une documentation technique le 20 janvier 2012.

III. 5. Par télécopie et envoi recommandé du 18 avril 2012, la partie adverse a demandé à la requérante de remettre sa "best and final offer", en abrégé BAFO, pour les lots 1, 2, 3 et 4 dans les douze jours de calendrier de la transmission de sa lettre.

Ce courrier de la partie adverse précisait, conformément au cahier spécial des charges, que la "BAFO" devait mentionner les réductions éventuelles en cas de réunion de lots et que le délai de validité de la "BAFO" était de deux-cents jours de calendrier.

La requérante a transmis, le 25 avril 2012, sa "BAFO" pour les quatre lots dans le délai imparti, en proposant un rabais de 5 % en cas de réunion des quatre lots.

III. 6. Par télécopie du 21 décembre 2012, confirmée par envoi recommandé, la partie adverse a informé la requérante de sa décision d'attribuer le marché pour les quatre lots à la société anonyme SCHINDLER pour un prix total de 3.041.654,10 euros hors taxe sur la valeur ajoutée (H.T.V.A.) et de ce que les offres de la requérante pour les quatre lots n'avaient pas été retenues.

Cette décision se fonde sur le rapport de la direction Infrastructure et son annexe.

IV. EXAMEN D'OFFICE DU RESPECT DES LOIS SUR L'EMPLOI DES LANGUES EN MATIERE ADMINISTRATIVE, COORDONNEES LE 18 JUILLET 1966.

Par un courrier électronique du 30 janvier 2013, le premier auditeur ayant en charge l'instruction du dossier a communiqué aux conseils respectifs de la requérante et de la partie adverse une question relative à l'application en l'espèce des lois sur l'emploi des langues en matière administrative coordonnées le 18 juillet 1966.

Le premier auditeur se fondait sur ce que la société requérante, ayant son siège dans la Région de Bruxelles-Capitale, avait déposé une offre en langue française, alors que les pièces jointes à la requête faisaient apparaître que la requérante avait reçu la notification de la décision d'attribution ainsi qu'une copie de celle-ci rédigée en langue néerlandaise et que le dossier administratif contenait la décision motivée d'attribution rédigée dans la même langue.

Dans une note d'observations complémentaire, transmise par courrier recommandé le 5 février 2012, la partie adverse affirme qu'elle s'est attelée, tout au long de la procédure, à rédiger tous les documents relatifs au marché litigieux en français et en néerlandais.

Elle joint des pièces complémentaires tendant à faire apparaître que, dès l'origine, la délibération du conseil d'administration d'INFRABEL attribuant le marché à la société SCHINDLER, de même que la décision motivée d'attribution, avaient été rédigées en français et en néerlandais.

La partie adverse reconnaît, dans la même note d'observations complémentaire, que le courrier de notification de la décision d'attribution n'avait été adressé à la requérante qu'en néerlandais.

Tout en soutenant que cette notification constitue une formalité postérieure à la décision d'attribution et qu'elle n'est dès lors pas de nature à en affecter la légalité, la partie adverse énonce qu'à titre subsidiaire, elle a procédé, sur la base de l'article 58 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, à une nouvelle notification avec effet rétroactif, datée du 5 février 2013, rédigée intégralement en français.

Il faut déplorer que le dossier administratif, qui devait être complet dès son dépôt par la partie adverse, ait dû être complété par elle à la suite du courrier du premier auditeur.

Compte tenu néanmoins des pièces ainsi jointes en cours d'instance, il n'apparaît pas, *prima facie*, que la partie adverse ait méconnu en l'espèce les exigences des lois sur l'emploi des langues en matière administrative précitées.

V. EXTREME URGENCE

Dans un premier temps, la requérante avait fait valoir que la décision motivée d'attribution lui avait été notifiée le 21 décembre 2012, que le délai de quinze jours expirait dès lors, en principe, le samedi 5 janvier 2013 mais son échéance avait été reportée au plus prochain jour ouvrable, soit le lundi 7 janvier 2013, en application de l'article 3.4 du Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire.

La requête ayant été introduite en l'espèce le 7 janvier 2013, la requérante en concluait, à juste titre, qu'elle avait agi dans le délai de 15 jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, on peut admettre que dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

Le fait que la partie adverse ait refait à la date du 5 février 2012 la notification de la décision motivée d'attribution ne paraît pas de nature à conduire à une autre conclusion puisqu'introduite le 7 janvier 2013, la requête paraît avoir été introduite avant même que le délai de 15 jours ait commencé à courir.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la "violation des articles 6, alinéa 2 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et 26, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des statuts d'Infrabel et incompétence de l'auteur de l'acte".

Elle fait valoir que l'extrait des "notules" du conseil d'administration de la partie adverse du 20 décembre 2012 contenant la décision attaquée ne fait pas apparaître quels membres du conseil d'administration étaient présents, représentés ou excusés lors de l'adoption de l'acte attaqué le 20 décembre 2012, alors que, en vertu de l'article 6, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, la décision d'attribuer le marché doit être prise par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur, que le quorum de présence de cet organe doit être respecté à cette fin, que selon l'article 26, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des statuts de la partie adverse, son conseil d'administration ne peut délibérer et statuer valablement que si la majorité au moins de ses membres sont présents ou représentés et qu'il ne ressort pas de l'acte attaqué que celui-ci a été accompli par le conseil d'administration de la partie adverse alors que le quorum des présences requis était atteint.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse affirme que ni la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ni la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs n'obligent le pouvoir adjudicateur à mentionner quels membres de son conseil d'administration étaient présents, représentés ou excusés lors de l'adoption de l'acte attaqué et qu'aucune disposition légale ne prescrit au pouvoir adjudicateur de communiquer aux soumissionnaires les noms des membres de l'organe collégial qui a pris la décision d'attribution.

Elle fait valoir que le conseil d'administration qui a adopté la décision attaquée est l'organe compétent pour attribuer le présent marché, que les statuts de la société anonyme de droit public INFRABEL prévoient, à l'article 17, § 1^{er}, que :

" La société est administrée par un conseil d'administration qui se compose de dix membres au plus, en ce compris l'administrateur délégué. Le nombre d'administrateurs est déterminé par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres",

qu'aux termes de l'article 26, § 1^{er}, des mêmes statuts :

" Le conseil d'administration ne peut délibérer et statuer valablement que si la majorité au moins de ses membres sont présents ou représentés",

et qu'ainsi, pour qu'une décision du conseil d'administration d'INFRABEL soit valablement prise, il faut qu'au moins cinq membres du conseil d'administration soient présents ou représentés.

Elle soutient que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 20 décembre 2012 mentionne que la présidente du conseil d'administration, l'administrateur délégué et six administrateurs étaient présents lors de la décision d'attribution du marché litigieux, que le conseil d'administration siégeait dès lors au complet, que les membres présents étaient plus nombreux que ne l'exigent les dispositions statutaires afin de pouvoir prendre une décision, que l'acte attaqué a été pris par le conseil d'administration dans le respect du quorum de présence requis en vertu de ses statuts, qu'il a donc été valablement accompli et qu'il ne viole pas les dispositions et principes qui figurent au moyen.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le premier élément à vérifier pour s'assurer de la régularité d'une décision prise, comme en l'espèce, par un organe collégial tient à la présence ou à la représentation éventuelle des membres qui le composent lors de la séance au cours de laquelle a été prise cette décision.

La requérante a joint une copie du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de la partie adverse du 20 décembre 2012.

La requérante relève à juste titre que le procès-verbal de la séance du 20 décembre 2012 du conseil d'administration de la partie adverse, tel qu'il a été joint à la notification de la décision attaquée, porte en colonne de gauche la liste des membres de ce conseil, mais laisse en blanc trois autres colonnes où devraient figurer respectivement l'indication des membres présents, des membres représentés et des membres excusés.

Il apparaît cependant que la partie adverse a joint au dossier administratif une copie du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 20 décembre 2012 qui mentionne, dans la colonne correspondante, la présence de la présidente du conseil d'administration, de l'administrateur délégué et de six administrateurs lors de la séance au cours de laquelle a été prise la décision d'attribution du marché litigieux.

Signé pour extrait conforme par la présidente du conseil d'administration et portant que la décision a été prise par consensus, ce procès-verbal fait ressortir à

suffisance, prima facie, que le quorum des présences requis par l'article 26, § 1^{er}, des statuts de la partie adverse était atteint lors de la séance du 20 décembre 2012.

Dans ces conditions, le premier moyen n'apparaît pas sérieux.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la "violation des articles 65/4, 5° et 65/5, 6° et 7° de la loi du 24 décembre 1993 [...], 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et 89, alinéa 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, des principes de bonne administration, et notamment du principe minutie et du raisonnable, du principe général de motivation matérielle des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle affirme que, par la décision attaquée, la partie adverse a considéré que l'offre de la société SCHINDLER répondait aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales, que cette offre était régulière pour les quatre lots et qu'elle a attribué le marché pour ces quatre mêmes lots à la société SCHINDLER aux prix proposés par celle-ci, avec rabais en cas de réunion de ces quatre lots.

En une première branche, la requérante soutient que si, en procédure négociée, le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire pour apprécier les prix, il ne peut l'exercer de manière arbitraire, qu'il doit, en vertu des principes de minutie et du raisonnable, procéder à un examen des prix, en particulier dans l'hypothèse où un ou plusieurs prix d'un soumissionnaire présentent des différences substantielles par rapport aux prix des autres soumissionnaires, qu'il lui appartient éventuellement d'interroger ce soumissionnaire "si le(s) prix lui paraissent anomal (anormaux)/irrégulier(s)", qu'en l'espèce, hormis pour le lot 1 hors rabais, en cas de réunion de lots, les prix proposés par la société SCHINDLER pour les lots 2, 3 et 4 hors rabais sont substantiellement plus bas que les prix proposés par elle-même, cette différence étant, respectivement, de 27,52 %, 11,97 % et 23,09 % pour les lots 2, 3 et 4, et substantiellement plus bas que les prix proposés par les autres candidats sélectionnés, soit, pour

- le lot 2 : -51,02 % par rapport au prix de THYSENKRUPP LIFTEN,
- le lot 3 : -12,20 % par rapport au prix de TEM-TECHNILIFT,

-24,48 % par rapport au prix de COOPMAN LIFTEN,
-56,72 % par rapport au prix de THYSSENKRUPP LIFTEN
et pour le lot 4 : -46,45% par rapport au prix de THYSSENKRUPP LIFTEN.

La requérante affirme que :

" ceci est encore accentué lorsque l'on applique les «rabais en cas de réunion de lots», et notamment des quatre lots ensemble, que ce soit vis-vis des prix de la partie requérante ou des autres soumissionnaires; qu'ainsi, par exemple, les prix respectifs pour les lots 2, 3 et 4 de la s.a. Schindler sont substantiellement moins chers par rapport aux prix de l'offre de la partie requérante pour ces mêmes lots, qui est deuxième classée, à savoir :

- lot 2 : -35,15 %
- lot 3 : -21,23 %
- lot 4 : -31,19 %;

Que ceci aboutit à ce que, pour le prix total des quatre lots avec «rabais en cas de réunion de ces quatre lots», l'offre de la s.a. Schindler est 26,24 % moins chère (3.041.054,40 €) que l'offre de la partie requérante, classée deuxième (4.123.844,09 €);

Que, face à de telles différences substantielles, en se bornant à affirmer que l'offre de la s.a. Schindler répondait aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales et était régulière sans procéder à la vérification de ses prix et de leur normalité/régularité, et, le cas échéant, sans interroger la s.a. Schindler, la partie adverse a violé l'article 89, alinéa 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, les principes de bonne administration, et notamment les principes de minutie et du raisonnable, et a commis une erreur manifeste d'appréciation".

En une seconde branche, la requérante soutient qu'en vertu des articles 65/4, 5°, 6° et 7° de la loi du 24 décembre 1993 et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, en cas de différence substantielle entre les prix du soumissionnaire retenu et des autres soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur doit motiver en quoi le ou les prix du soumissionnaire retenu peuvent être acceptés et qu'en vertu du principe général de motivation formelle des actes administratifs, ces motifs doivent être admissibles en fait et exacts en droit alors qu'en l'espèce, la partie adverse ne motive pas en quoi l'offre de la société SCHINDLER répond aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales et en quoi cette offre est régulière, alors qu'elle présente des écarts substantiels par rapport à l'offre des autres soumissionnaires et à la sienne propre.

Dans le développement de ce moyen, la requérante ne conteste pas qu'en procédure négociée, les dispositions prévues en cas d'adjudication et d'appel d'offres concernant les prix anormaux ne s'appliquent pas comme telles, sauf disposition contraire du cahier spécial des charges.

Elle admet qu'une telle disposition contraire n'existe pas en l'espèce.

Elle n'en soutient pas moins que le pouvoir adjudicateur reste soumis notamment au devoir de minutie et au principe du raisonnable, qu'en vertu de ces principes, il lui appartient de procéder à un examen des prix proposés par les soumissionnaires, que ceci découle implicitement mais certainement de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 79.771 du 2 avril 1999, que cet examen s'impose en particulier lorsque les prix d'un soumissionnaire présentent des différences substantielles, comme en l'espèce, avec ceux de la requérante, deuxième classée, et des autres soumissionnaires, ces différences se situant généralement au-delà des 20 %, voire même bien au-delà, qu'en fonction des résultats de cet examen, il appartenait, le cas échéant, à la partie adverse d'interroger la société SCHINDLER sur ses prix, qu'en l'espèce, la partie adverse a manqué à son devoir de minutie et a violé le principe du raisonnable,

La requérante reproche encore à la partie adverse de ne pas justifier en quoi l'offre de la société SCHINDLER est régulière.

Elle affirme que si, dans l'arrêt précité n° 79.771, une justification acceptable a été trouvée en ce que la décision attaquée se référait au fait que le soumissionnaire dont les prix étaient en cause avait correctement exécuté le marché précédent, la décision attaquée ne contient, en l'espèce, ni pareille justification, ni aucune autre.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, à titre principal, la partie adverse oppose à la première branche du moyen que la requérante invoque la violation de l'article 89, alinéa 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, qui est relatif aux rabais dans le cadre des marchés à lots, sans toutefois expliquer en quoi cet article a été violé, que cette disposition n'a aucun lien avec l'argumentation soutenue et que les autres dispositions visées au moyen sont également sans pertinence vu la situation litigieuse.

A titre subsidiaire, la partie adverse se réfère à l'article 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, se trouvant dans le Titre VII intitulé "des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres".

Elle soutient que l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics prévoit exactement la même règle en son article 110, qui est rédigé de manière identique, concernant les secteurs classiques.

Elle affirme qu'il ressort du texte de ces dispositions réglementaires, mais aussi, et surtout, de leur situation dans les arrêtés royaux, que leur application est limitée aux procédures d'adjudication et d'appel d'offres, qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat que l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est pas applicable en cas de procédure négociée, que tel est aussi le cas de l'article 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, que le pouvoir adjudicateur peut décider de rendre cette réglementation applicable en cas de recours à la procédure négociée dans les secteurs classiques (art. 122, al. 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996), qu'en l'espèce, elle n'a jamais prétendu, explicitement ou implicitement, se soumettre aux exigences relatives au contrôle des prix tel que le soutient la requérante, qu'il n'existait aucune obligation à la charge du pouvoir adjudicateur concernant le contrôle des prix en procédure négociée, que le Conseil d'Etat a déjà insisté à de nombreuses reprises sur le large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur lorsqu'il recourt à la procédure négociée, qu'en soutenant que "le pouvoir adjudicateur doit (...) procéder à un examen des prix" et qu'il "lui appartient éventuellement d'interroger ce soumissionnaire si le(s) prix lui paraissent anormal (anormaux)/irrégulier(s)", la requérante revendique, en réalité, l'application de l'article 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 à la procédure négociée avec publicité en cause, ce qui ne se peut, que l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne s'applique qu'aux secteurs classiques, que l'article 110 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, qui régit la même matière pour les secteurs spéciaux, ne comporte pas l'alinéa 4 de l'article 122 susmentionné, qu'il y a donc lieu de constater que, pour les secteurs spéciaux, aucune disposition ne mentionne le fait que "le pouvoir adjudicateur peut rendre d'autres dispositions du titre VI applicables à un marché déterminé", que la requérante sollicite l'arrêt n° 79.771, N.V. Touring du 2 avril 1999, tout à fait isolé dans la jurisprudence, que, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat souligne d'abord que les règles relatives au contrôle des prix ne sont applicables qu'aux marchés en adjudication et en appel d'offres et qu'à supposer qu'en vertu des principes de minutie et du raisonnable, les règles en matière de contrôle de prix devraient s'appliquer de manière marginale en procédure négociée, le simple renvoi à une exécution correcte d'un marché antérieur suffisait dans le cas d'espèce à remplir cette obligation.

La partie adverse entend préciser que lors du dépôt de la première offre, la requérante a remis une offre inférieure à celle de la société SCHINDLER (5.228.127,30 euros contre 5.281.147,13 euros), que l'offre de la société SCHINDLER était bien plus complète que celle de la requérante, ce qui a permis dès l'abord à la partie adverse de vérifier la normalité des prix proposés, que, à la suite de cette première analyse des offres, la partie adverse a entamé les négociations avec les différents candidats, qu'elle a ainsi pu davantage comprendre les offres qui lui étaient proposées et user de son pouvoir de persuasion afin de diminuer le plus possible leur

prix, qu'au fur et à mesure des offres déposées, la partie adverse a pu contrôler l'évolution des prix proposés par la société SCHINDLER et a pu constater, au terme des négociations, que le prix final proposé, via la "BAFO", n'avait rien d'irrégulier ou d'anormal, que, la "BAFO" de la société SCHINDLER s'élevait à 3.041.054,40 euros, alors que celle de la requérante était de 4.123.844,09 euros.

Elle fait valoir qu'à la clôture de la longue procédure de négociation, et en vertu de son large pouvoir d'appréciation, elle a estimé que les prix proposés par la société SCHINDLER n'étaient pas bas au point de mettre en péril la bonne exécution du marché en cause et qu'il ne revient pas au Conseil d'Etat, et encore moins à la requérante, de se substituer à la partie adverse pour porter un tel jugement et estimer qu'il lui revenait d'interroger ou non la société SCHINDLER précisément à ce sujet.

La partie adverse conclut qu'elle n'a pas manqué à son devoir de minutie et du raisonnable en considérant que l'offre de la société SCHINDLER répondait aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales, qu'elle était régulière pour les quatre lots et en lui attribuant le marché pour ces quatre mêmes lots avec rabais.

Elle soutient qu'il ressort de l'analyse portant sur le prix des derniers marchés comparables à celui détaillé dans le cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16 que les prix proposés, adaptés selon une échelle par rapport aux quantités et à la durée, ne sont pas du tout anormaux ou inquiétants, que la requérante se borne à constater les écarts de prix, en les exprimant en pourcentages, entre les différentes offres déposées mais qu'à aucun moment la requérante ne soutient qu'il serait impossible pour la société SCHINDLER d'exécuter correctement le marché pour les prix qu'elle propose, ce qui est le fondement de la législation sur la normalité et la régularité des prix.

Elle affirme qu'en attribuant le marché au soumissionnaire proposant le prix le plus bas, elle n'a fait qu'appliquer le critère d'attribution unique du cahier spécial des charges, à savoir le prix et qu'il ne peut lui être reproché d'avoir attribué le marché à la société SCHINDLER, qui proposait une offre à 3.041.054,40 euros, l'offre de la requérante s'élevant à 4.123.844,09 euros et qu'elle ne devait pas, pour ce faire, procéder à un examen des prix ou interroger la société SCHINDLER, comme le soutient pourtant la requérante.

Quant à la seconde branche du moyen, la partie adverse cite les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 ainsi que les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993.

Elle rappelle que le Conseil d'Etat s'est déjà exprimé en ces termes sur l'obligation de motivation formelle en matière de procédure négociée :

- " Considérant que, dans le cadre d'une procédure négociée, la motivation de la décision d'attribution est suffisante dès lors qu'elle énonce clairement les raisons, non démenties par le dossier administratif, qui ont déterminé l'autorité; que, dans ce cadre où la liberté de négociation et d'attribution demeure la règle, il n'est notamment pas exigé que la motivation révèle les raisons pour lesquelles chacune des offres des soumissionnaires finalement non retenus fut jugée moins intéressante; qu'il en va d'autant plus ainsi qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges ne prévoyait aucun critère d'attribution, l'article 5 de ce cahier se contentant de prévoir que «le marché sera attribué à l'offre qui paraîtra la plus adéquate au pouvoir adjudicateur»; qu'il n'en demeure pas moins que le choix de l'attributaire du marché doit s'inscrire dans le cadre de l'objet du marché, c'est-à-dire correspondre aux prestations décrites dans le cahier spécial des charges" (C.E., arrêt n°197.649, s.c.r.l. Haag, Moreaux et Cie du 6 novembre 2009).
- " Il ressort de cette disposition que l'autorité dispose dans le cadre de cette procédure d'une ample marge d'appréciation. Sans doute la décision qu'elle prend lorsqu'elle décide d'attribuer le marché n'échappe pas à l'obligation de motivation qu'impose la loi du 29 juillet 1991. Cette motivation est suffisante dès lors qu'elle fait apparaître les raisons qui ont déterminé l'autorité" (C.E., n° 218.926, s.a. Venturis du 17 avril 2012).

Elle énonce qu'en l'espèce, elle a pris la décision qui suit, portant attribution du marché à la société SCHINDLER :

- " Sur base du document de I-I., le Conseil d'administration décide d'attribuer le marché 57/43/1/09/16 Contrat d'entretien Omnium des ascenseurs, trottoirs-roulants et escalators des gares et bâtiments de service de I-I. Area Centre pour une durée de 10 ans à la firme SCHINDLER NL, qui a introduit l'offre régulière la plus basse pour les parcelles groupées, pour un montant total de € 3.041.654,40 (hors TVA)".

Elle fait valoir que le document I-I auquel il est fait référence dans la décision d'attribution, qui y est annexé, porte la motivation de la décision litigieuse en ces termes :

- " Le seul critère d'attribution est le prix. Conformément à l'article 89 du CSC, des réductions de prix sont autorisées lors de réunion de lots.

Tenant compte des réductions de prix accordées à la réunion des lots, le choix de l'attribution est déterminé par les lots réunis formant le prix le plus bas.

Réduction de prix à la réunion des lots : voir annexe 1.

La SA Schindler a introduit le prix le plus bas pour les lots groupés 1, 2, 3 et 4 au montant total de € 3.041.654,40 (scénario 1 de l'annexe 1). Le classement du lot 1 en est modifié. Le classement des lots 2, 3 et 4 est inchangé.

[...]

La Direction Infrastructure propose d'attribuer le marché à la SA Schindler qui a introduit l'offre régulière la plus avantageuse pour les lots réunis pour un montant total (HTVA) de € 3.041.654,40, avec la répartition suivante :

- Lot 1: € 474.009,14
- Lot 2: € 635.598,16
- Lot 3: € 929.129,90
- Lot 4: € 1.002.917,20".

Elle affirme que, eu égard à la législation et la jurisprudence précitée, la décision d'attribution du 20 décembre 2012 est parfaitement motivée, qu'étant donné que le seul critère d'attribution était le prix, elle ne pouvait pas motiver la décision de manière plus étendue et adéquate, que les détails énoncés concernant la procédure sont nombreux, que les différents soumissionnaires peuvent, à la lecture de la décision, comprendre que les prix qu'ils proposaient dans leur "BAFO" étaient supérieurs à l'offre finalement retenue et que la motivation est également adéquate en ce qu'elle énonce les raisons qui ont déterminé le choix de la société SCHINDLER.

Elle soutient que même si elle avait constaté une différence substantielle entre les prix du soumissionnaire retenu et des autres soumissionnaires (quod non), aucune règle ne l'obligeait à motiver en quoi le prix du soumissionnaire retenu pouvait être accepté.

Elle conclut qu'en reprenant systématiquement la procédure suivie, en comparant les différents prix proposés par les soumissionnaires et en attribuant le marché à la société SCHINDLER au motif qu'elle proposait l'offre la moins chère, elle a parfaitement motivé en quoi l'offre de la société SCHINDLER répond le mieux aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante ne paraît pas pouvoir être suivie en ce que, dans la première branche de son deuxième moyen, elle reproche à la partie adverse d'avoir conclu, sans interroger la société SCHINDLER, que les prix offerts par celle-ci répondaient aux prescriptions législatives et réglementaires ainsi qu'aux prescriptions du cahier spécial des charges et que son offre était régulière alors que ces prix présentaient des différences substantielles comparés aux siens.

C'est, prima facie, à juste titre que la partie adverse fait valoir que la requérante se fonde indûment, à tout le moins sans explication suffisante, sur la violation de l'article 89, alinéa 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, celui-ci étant relatif aux rabais dans le cadre des marchés à lots et dès lors sans lien apparent avec l'argumentation soutenue.

C'est encore, *prima facie*, à juste titre que la partie adverse oppose que l'article 98 du même arrêté royal fait partie du Titre VII de celui-ci alors que la procédure négociée, appliquée en l'espèce, relève du Titre VIII de cet arrêté royal, en manière telle que la requérante n'est pas fondée à en invoquer la violation.

Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer, dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, sur la légalité de la clause du cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16, en page 2, qui déclare d'application les articles 77 à 90 inclus, 92 à 97 inclus, 104 et 105 du titre VII de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, il apparaît que l'article 98 du même arrêté royal n'est pas mentionné dans cette extension.

Il n'apparaît pas, par ailleurs, que la partie adverse ait commis une erreur manifeste en concluant que les prix proposés par la société SCHINDLER n'étaient pas bas au point de mettre en péril la bonne exécution du marché.

La requérante ne paraît pas davantage pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient, dans la seconde branche de son moyen, que la partie adverse n'a pas motivé en quoi les prix offerts par la société SCHINDLER pouvaient être acceptés ni en quoi son offre répondait aux prescriptions du cahier spécial des charges ainsi qu'aux dispositions législatives et réglementaires applicables.

Il ressort en effet de la décision d'attribution du marché que le conseil d'administration de la partie adverse a pris cette décision sur la base d'un document qui y est joint, lequel s'intitule "Décision motivée d'attribution".

Ce document mentionne que le seul critère d'attribution était le prix, que les prix offerts par les soumissionnaires sélectionnés ont été classés lot par lot et que, tenant compte des réductions de prix accordées à la réunion des lots, c'est la société SCHINDLER qui a introduit le prix le plus bas pour les lots réunis.

Il n'apparaît pas que la partie adverse était tenue de motiver plus amplement sa décision pour ce qui concerne l'acceptation du prix offert par la société SCHINDLER.

Prima facie, la partie adverse a donné à la décision d'attribution une motivation suffisante et adéquate.

Le deuxième moyen n'apparaît pas sérieux.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante prend un troisième moyen de la "violation des articles 65/4, 5° et 65/5, 7° de la loi du 24 décembre 1993 [...], 104 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 [...], 104 de la première partie du cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16, du principe général «patere legem quam ipse fecisti» et des principes de bonne administration, dont le devoir de minutie, du principe général de motivation matérielle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Elle affirme que la décision attaquée attribue le marché pour les quatre lots à la société SCHINDLER, qu'elle a été prise le 20 décembre 2012 et qu'elle constate que les offres, dont celle de la société SCHINDLER, répondent aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales, alors que, première branche, en application de l'article 104 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, l'article 104 du cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16 prévoit que le délai de validité des offres est de deux-cents jours de calendrier, que, par télécopie et envoi recommandé du 18 avril 2012, la partie adverse lui a demandé, ainsi qu'aux autres candidats sélectionnés pour les lots concernés, de remettre leur BAFO dans les douze jours de calendrier de la transmission de sa lettre, que le courrier de la partie adverse précisait, conformément au cahier spécial des charges, que le délai de validité de la BAFO était de deux-cents jours de calendrier, qu'en conséquence, à la date de l'acte attaqué, le 20 décembre 2012, la BAFO de la société SCHINDLER pour les quatre lots n'était plus valable, qu'en vertu des dispositions précitées, du devoir de minutie et du principe Patere legem quam ipse fecisti, la partie adverse devait la considérer comme telle et qu'à tout le moins, elle aurait dû demander à la société SCHINDLER si elle entendait maintenir sa BAFO.

Dans le développement de cette première branche, la requérante fait valoir que la partie adverse se prévaudrait en vain de ce que les mécanismes applicables en matière d'adjudication ou d'appel d'offres en cas de dépassement du délai de validité des offres ne sont pas applicables à la procédure négociée pour soutenir que le dépassement du délai de validité des offres est sans incidence sur l'attribution du marché à la société SCHINDLER.

La requérante ne conteste pas que les mécanismes applicables en matière d'adjudication ou d'appel d'offres en cas de dépassement du délai de validité des offres

ne sont pas rendus applicables à la procédure négociée en cause par le cahier spécial des charges mais affirme "que ne pas faire droit au moyen reviendrait à priver de toute utilité et effet la disposition du cahier spécial des charges, répétée dans la lettre de la partie adverse du 18 avril 2012, selon laquelle le délai de «validité» des offres est de 200 jours de calendrier".

En une seconde branche, la requérante soutient que la décision d'attribuer le marché à la société SCHINDLER doit reposer sur des motifs de fait admissibles et exacts en droit et qu'en déclarant que l'offre de la société SCHLINDER répond aux conditions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales alors que le délai de validité de son offre était expiré, la partie adverse a pris une décision qui repose sur des motifs de fait non admissibles et inexacts en droit.

B. Note d'observations

La partie adverse, dans sa note d'observations, oppose à la première branche du moyen que l'article 104 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, relevant du Titre VII de celui-ci, ne s'applique qu'aux adjudications et aux appels d'offres en sorte qu'en ce qu'elle invoque cet article, la première branche du troisième moyen est irrecevable.

Elle fait valoir que le cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16, applicable en l'espèce, énonce ce qui suit, au sujet du délai de validité des offres :

" Le délai de validité des offres est porté à 200 jours de calendrier",

que, par un courrier du 18 avril 2012, elle a exigé des candidats sélectionnés qu'ils déposent leur "BAFO" dans les douze jours de calendrier à dater de l'envoi dudit courrier, que la société SCHINDLER a remis sa "BAFO" le 25 avril 2012, que, par conséquent, son offre était, à l'origine, valable jusqu'au 1^{er} décembre 2012 et que le 23 octobre 2012, elle a envoyé à l'attention de la société SCHINDLER un courrier lui demandant de bien vouloir prolonger la validité de son offre, dans les termes suivants :

" Les formalités administratives relatives à ce dossier n'étant pas complètement terminées, nous aimerions voir prolonger le délai de validité de votre BAFO pour les lots 1, 2, 3 et 4 jusqu'au 31.01.2013.
Nous vous prions de bien vouloir nous marquer votre accord à ce sujet".

Elle affirme qu'en agissant de la sorte, elle a fait exactement ce que souhaitait la requérante, qu'elle a "interrog(é) la s.a. Schindler si elle entendait maintenir sa BAF0", que le 29 octobre 2012, la société SCHINDLER lui a renvoyé le même courrier, complété par la mention "pour accord", daté et contresigné et que, par

conséquent, la validité de l'offre de la société SCHINDLER a été prolongée jusqu'au 31 janvier 2013.

Elle en conclut que le moyen manque radicalement en fait.

Elle fait valoir, "pour le surplus", qu'à supposer même que le délai de validité de l'offre eût expiré, l'offre de la société SCHINDLER serait restée valable, qu'il a, en effet, déjà été jugé, dans le cadre d'un marché public par procédure d'appel d'offres général que :

" Considérant que l'expiration du délai pendant lequel le soumissionnaire est engagé par son offre ne met pas fin à la validité de l'offre proprement dite, mais a uniquement pour effet que ce dernier n'est plus tenu d'accepter l'exécution du marché aux conditions qu'il a indiquées dans son offre initiale; [...] les requérantes ne démontrent pas en l'espèce que la partie adverse aurait choisi un autre soumissionnaire si elle les avait tous interrogés sur le maintien de leur offre; que le premier moyen n'est pas pertinent" (C.E., arrêt n°180.337, s.a. S.M.B.I. et autres, du 3 mars 2008).

Elle en conclut que l'offre de la société SCHINDLER répond parfaitement aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales et qu'à la date de l'acte attaqué, le 20 décembre 2012, la "BAFO" de la société SCHINDLER pour les quatre lots était tout à fait valable.

Quant à la seconde branche du moyen, la partie adverse rappelle les articles 65/4, 5° et 65/5,7°, de la loi du 24 décembre 1993 et fait valoir que la décision d'attribution du 20 décembre 2012 est largement motivée.

Elle énonce qu'en affirmant que l'offre de la société SCHINDLER répond aux conditions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales, la décision attaquée repose sur des motifs de fait admissibles et exacts en droit et renvoie, quant à la validité de l'offre, à la réfutation de la première branche du troisième moyen.

Elle conclut que l'offre de la société SCHINDLER répond parfaitement aux prescriptions du cahier spécial des charges et aux dispositions légales.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, la partie adverse peut être suivie en ce qu'elle oppose à la première branche du moyen que l'article 104 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relève du Titre VII de celui-ci qui ne s'applique qu'aux adjudications et aux appels d'offres et non à la procédure négociée, objet du Titre VIII du même arrêté royal, dont il a été fait application en l'espèce.

Il apparaît toutefois que le cahier spécial des charges n° 57/43/1/09/16 déclare sans équivoque, en page 2, que cet article 104 est applicable au marché en cause, ce qui, *prima facie*, devrait permettre à la requérante d'en invoquer la violation.

La partie adverse reste cependant en défaut de préciser sur quelle base législative ou réglementaire elle a pu décider, par une clause du cahier spécial des charges, l'application d'une disposition du Titre VII de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 à un marché conclu sur procédure négociée, objet du Titre VIII du même arrêté.

Ce défaut de justification est d'autant plus embarrassant que la partie adverse ne manque pas de relever, en page 13, note 14, de ses observations, que si l'article 122 alinéa 4, 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, relatif à la procédure négociée dans les secteurs classiques, permet au pouvoir adjudicateur de rendre d'autres dispositions du titre VI de cet arrêté royal applicable à un marché déterminé, la même faculté d'extension ne se retrouve pas à l'article 110 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, relatif à la procédure négociée dans les secteurs spéciaux.

Sans prétendre trancher, en procédure d'extrême urgence, sur l'application de l'article 104 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 au marché en cause, il n'en reste pas moins que le cahier spécial des charges énonce, au sujet du délai de validité des offres, que "Le délai de validité des offres est porté à 200 jours de calendrier".

Par un courrier du 18 avril 2012, la partie adverse a exigé des candidats sélectionnés qu'ils déposent leur "BAFO" dans les douze jours de calendrier à dater de l'envoi dudit courrier, que la société SCHINDLER a remis sa "BAFO" le 25 avril 2012, que le 23 octobre 2012, la partie adverse a envoyé à l'attention de la société SCHINDLER un courrier lui demandant de bien vouloir prolonger la validité de son offre jusqu'au 31 janvier 2013, en la priant de marquer son accord à ce sujet dans les huit jours de calendrier, que la société SCHINDLER lui a renvoyé le même courrier, complété par la mention "pour accord", datée du 29 octobre 2012 et contresignée et que, par conséquent, la validité de l'offre de la société SCHINDLER a été prolongée jusqu'au 31 janvier 2013 en manière telle que le moyen manque en fait en ce qu'il reproche à la partie adverse d'avoir accepté l'offre de la société SCHINDLER le 20 décembre 2012 en alléguant qu'à cette date cette offre n'était plus valable.

De surcroît, à supposer même que le délai de validité de l'offre de la société SCHINDLER eût expiré, il en serait résulté uniquement que le soumissionnaire n'était plus tenu d'accepter l'exécution du marché aux conditions qu'il

avait indiquées dans son offre initiale mais non que la partie adverse n'eût pu prendre cette offre en considération.

Le moyen ne paraît pas sérieux en sa première branche.

Compte tenu de ce qui précède et de la décision prise sur examen de la seconde branche du deuxième moyen, qui conclut que, prima facie, la partie adverse a donné à la décision d'attribution une motivation adéquate, le troisième moyen n'apparaît pas non plus sérieux en sa seconde branche.

IX. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

La partie adverse a joint au dossier administratif des pièces rassemblées dans quatre fardes distinctes, contenant les offres des sociétés SCHINDLER, THYSSENKRUPP LIFTEN, TECHNILIFT et KONE BELGIUM, dont elle demande que soit assurée la confidentialité.

Prima facie, il y a lieu d'avoir égard à cette demande, en application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres des sociétés SCHINDLER, THYSSENKRUPP LIFTEN, TECHNILIFT et KONE BELGIUM demeureront, à ce stade de 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'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

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 VI^e chambre, le treize février deux mille treize 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.