

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.286 du 30 octobre 2013

G./A.210.287/VI-20.063

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
TECHNO-TOOLS,**

ayant élu domicile chez
Me Fatima OMARI, avocat,
rue de Rotheux, n° 39,
4100 Seraing,

contre :

la société anonyme de droit public Infrabel,

ayant élu domicile chez
Me Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 28 septembre 2013, la société coopérative à responsabilité limitée TECHNO-TOOLS sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 20 août 2013 de la société anonyme de droit public INFRABEL attribuant à la société Cembre le lot 6 «foreuse de rail portative» du marché n° 49C/0000243992 visant à la fourniture de matériel léger motorisé."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 septembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 octobre 2013 à 10 heures 30.

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

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Fatima OMARI, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

Le marché a pour objet la conclusion d'un "accord-cadre de fourniture de matériel léger motorisé pour travaux de voie" pour une durée de trois ans. Il est divisé en quatorze lots. Le lot 6, objet du présent litige, porte sur des "foreuses de rail légères". Le mode de passation du marché litigieux est la procédure négociée avec publicité.

IV. MOYEN UNIQUE

IV. 1. Thèse des parties

Le moyen unique est pris de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de l'article 60 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, des principes généraux d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence.

Il est divisé en trois branches.

Dans une première branche, la partie requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir indiqué dans les documents du marché comment le pouvoir adjudicateur évaluerait le critère unique du "prix y compris le coût d'utilisation" et plus spécialement :

- " - quels étaient les coûts d'utilisation dont il serait tenu compte;
- quelles seraient la méthode et les critères que suivrait le pouvoir adjudicateur pour analyser ces coûts d'utilisation".

Elle critique le fait que la demande de procéder à des tests n'ait été formulée qu'en cours de procédure. Elle conteste les coûts qui ont été pris en

considération par le pouvoir adjudicateur et fait valoir que d'autres éléments auraient également dû être évalués.

Elle relève que la partie adverse a testé les machines en utilisant une huile d'émulsion (eau blanche) pour la lubrification alors que le cahier spécial des charges n'imposait pas un type spécifique de lubrifiant. Elle soutient qu'à défaut d'avoir testé son produit avec une huile pleine, les performances de celui-ci n'ont pas été optimales.

Dans une deuxième branche, la partie requérante soutient que l'offre de l'adjudicataire, la société Cembre, a été avantagée puisque lors des tests, il a été recouru à un lubrifiant convenant à son produit.

Dans une troisième branche, la partie requérante fait valoir que les tests ayant été réalisés de manière purement empirique, rien ne garantit leur objectivité.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans les secteurs spéciaux, comme en l'espèce, la procédure négociée, qui permet au pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché avec les soumissionnaires, est spécialement souple, de sorte que rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires, au cours des négociations, de déposer un spécimen du produit proposé afin d'en vérifier la conformité au cahier spécial des charges, de le tester pour l'évaluer au regard des critères d'attribution et même, comme en l'espèce, de le tester pour en proposer des améliorations.

Dans les deux premières branches du moyen unique, la requérante ne critique pas le critère unique d'attribution : "prix, y compris le coût d'utilisation" mais les éléments choisis par le pouvoir adjudicateur pour apprécier le coût. La partie adverse a apprécié celui-ci sur la base de la vitesse d'usure des foreuses. Si la requérante fait valoir que d'autres éléments d'appréciation auraient pu être utilisés, tel le temps nécessaire pour forer un trou, elle n'établit cependant pas que le choix du pouvoir adjudicateur est manifestement déraisonnable. Quant à la qualité, notamment, de l'huile à utiliser, ce critère ne pouvait être retenu puisque le cahier spécial des charges prévoit qu'il doit s'agir de celles utilisées sur le matériel d'Infrabel et dont la liste peut être obtenue auprès du service Infrabel. La requérante n'établit pas qu'elle s'est informée à ce sujet. Elle n'explique pas non plus en quoi l'utilisation de l'huile pleine a une incidence sur la performance de son produit.

Dans la première branche du moyen ainsi que dans la troisième, la requérante critique les conditions dans lesquelles les tests ont été effectués : d'une part, elle n'a pas été informée des paramètres des tests avant le dépôt des offres et

d'autre part, elle n'a pas été présente lors des tests. Il apparaît pourtant bien du dossier administratif que plusieurs séances de test ont été organisées et que la requérante a été invitée à participer à plusieurs démonstrations et même à améliorer son produit en fonction des essais réalisés.

Le moyen unique n'est sérieux en aucune de ses branches.

V. CONFIDENTIALITE

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les pièces numérotées 12, 13, 25, 26, 27, 28, 30 en version complète, 31 en version complète, 33, 34, 35 et 36 de son dossier administratif. Rien ne s'oppose à ce que cette confidentialité soit maintenue.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces numérotées 12, 13, 25, 26, 27, 28, 30 en version complète, 31 en version complète, 33, 34, 35 et 36 sont soustraites à la connaissance des parties, à ce stade de la procédure.

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
trente octobre deux mille treize par :

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.