

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.884 du 18 décembre 2013

G./A.210.735/VI-20.087

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ELGEKA,**

ayant élu domicile chez
Mes Jan GHYSELS et
Kris WAUTERS, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Michèle BELMESSIERI, avocats,
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 introduite le 15 novembre 2013, la société privée à responsabilité limitée ELGEKA sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- la décision du Conseil d'administration de la société anonyme INFRABEL du 24 octobre par laquelle l'offre de la société privée à responsabilité limitée ELGEKA a été déclarée irrégulière dans le cadre de l'attribution du marché «TR 154341 LIEGE : Tilleur B. 3.7. + Flémalle haute B.7. + Aigremont B. 8.7. + Engis 9.7. + Hermalle-sous-Huy B. 10.7. + Amay B.11.15 + Huy-Statte B.15 et BA Flémalle-Amay, Travaux de signalisation»; et
- la décision d'attribution du Conseil d'administration de la société anonyme INFRABEL du 24 octobre 2013 du marché «TR 154341 LIEGE : Tilleur B. 3.7. + Flémalle haute B.7. + Aigremont B.8.7. + Engis B. 9.7. + Hermalle-sous-Huy B. 10.7. + Amay B.11.15 + Huy-Statte B.15 et BA Flémalle-Amay, Travaux de signalisation».

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 19 novembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 décembre 2013 à 14 heures.

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.

Mes Herbert DELAHAIJE, loco Me Jan GHYSELS, et Kris WAUTERS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Bruno LOMBAERT et Michèle BELMESSIERI, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section 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. Le marché litigieux a pour principal objet le remplacement d'installations de signalisation pour plusieurs postes de signalisation sur le réseau ferroviaire en Wallonie.

Il a été soumis à la publicité européenne et à la procédure d'adjudication publique.

III. 2. Le 12 juillet 2013, la partie adverse, plus précisément TUC RAIL, bureau d'ingénierie et de gestion de projet, filiale d'INFRABEL, a adressé le courrier suivant à la partie requérante :

" [...]

Dans le cadre de votre offre déposée le 26 juin 2013 pour le marché repris ci-dessus, nous vous invitons à nous transmettre par écrit dans les 12 jours de calendrier de la présente, les informations suivantes :

- Conformément au point 1 de l'article 16 § 1 de la partie 1 du cahier spécial des charges, veuillez fournir une copie de l'attestation délivrée par le ministre conformément à l'article 6 § 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 (Moniteur belge du 18 octobre 1991) d'où il ressort qu'un dossier complet a été introduit

auprès de la commission d'agrément, afin d'obtenir l'agrément exigée ainsi qu'une copie du dossier déposé.

En effet, le courrier émis par «Bouwunie» daté du 29/05/2013 mentionne le refus de vous accorder l'agrément en classe 8 nécessaire pour l'obtention de ce marché.

- Conformément à l'article 98, § 4 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, votre offre dont le montant s'écarte de plus de 15% (26,43%) en dessous de la moyenne des montants des offres déposées, doit être considérée comme une offre exigeant la vérification de l'éventuelle anormalité de ce montant; nous vous demandons dès lors de nous transmettre les justifications nécessaires comme prévu à l'article 98, § 3 de ce même arrêté royal.

- En complément nous vous demandons de nous transmettre des justifications pour la partie C «Reprise de matériaux».

- Comme demandé à l'article 78, point 7.1. du cahier spécial des charges, les sous-détails des prix forfaitaires et unitaires pour les postes dont le montant dépasse les 50.000€ doivent être présentés dans des tableaux selon le modèle «Tableau pour les calculs détaillés des prix unitaires» de l'annexe 4 du cahier spécial des charges. Veuillez donc nous fournir le détail pour les postes suivants :

- 10.2.2.4.1.1.1
- 10.2.2.4.2.1.1.
- 10.2.2.4.2.1.3.
- 10.3.2.2.1.1.1
- 10.4.2.1.1.1
- 10.4.2.1.1.2
- 10.9.1.1.1.1.3.
- 10.9.1.2.1.1.1".

III. 3. Dans le délai de douze jours qui lui était imposé, la partie requérante a répondu comme suit, le 24 juillet 2013, en français :

" Concerne : TR 154341
Justification offre prix 26,43% :

Vue que notre firme a des employées expérimentée qui se situent dans le région de Liège et que nous avons beaucoup d'expérience avec des projets similaires dans le région de Liège, nous sommes dans la possibilité de bien estimer nos rendements.

Nous avons analyser ce dossier profondément et nous avons inspecter les difficultés sur place, a ce cause nous pouvions faire un prix correcte et réaliste. Elgeka a revue sur place toutes les plusieurs méthodes et les analyser, sur cette base nous étions dans la possibilité de mettre des prix réaliste.

Nous sommes bien organisées et à ce cause nous pouvons exécuter les travaux qualifié sans aucune risque avec ces prix ci, donc dans les marges calculées.

Vu que notre firme a plusieurs chantiers dans ce région, nous pouvons organiser le chantier de Tilleur comme ca que les travaux seront exécutés dans le temps prévue.

La machinerie de notre firme est permanent adapter a les nécessites de Elgeka et ses clients. Comme ca on peut adapter le machinerie pour augmenter notre rendement.

Nous avons des responsables qui sont expérimentées avec projets comme ce dossier ci, ils peut estimer exactement les rendements par chantier et par poste."

Des annexes sont jointes à ce courrier; l'annexe 3, sous forme de tableau, contient des calculs "détaillés" des prix unitaires.

III. 4. La décision d'attribution attaquée, prise le 24 octobre 2013 contient, entre autres, les motifs suivants :

" Par courrier du 12/07/2013, il a été demandé à la société ELGEKA bvba (Berlare) de fournir les informations suivantes :

(...)

En date du 24 juillet 2013, la société ELGEKA bvba a transmis les documents demandés et a fourni les informations suivantes pour justifier ses prix :

(...)

Ces justifications vagues, générales et non chiffrées ne sont pas fondées sur une spécificité particulière à l'offre du soumissionnaire (tous les autres soumissionnaires qui ont remis une offre disposent également des mêmes connaissances et expériences pour avoir exécuté d'autres marchés pour infrabel) ou au marché considéré, ne sont ni objectivables, ni vérifiables et ne permettent dès lors nullement de justifier l'anormalité des prix.

De plus, au-delà des éléments non objectivables invoqués ci-dessus, plusieurs chiffres avancés dans les justifications de prix sont manifestement trop bas par rapport au marché en général et en particulier par rapport à la concurrence rencontrée dans ce marché. A titre d'exemple, l'une des composantes majeures du prix de vente total dans ce type de marché, le taux horaire ouvrier, est fixé par la société ELGEKA bvba à 26,24 EUR/hr alors que le taux habituellement pris en compte dans les calculs de prix de revient se situe aux alentours de 33 EUR/hr comme le confirment les taux horaires des autres sociétés dans le cadre de ce marché (Yvan Pâques : 33,65 EUR/hr; Putman : 32,25 EUR/hr; ETF : 32,63 EUR/hr; Engema-Stevens : 33,83 EUR/hr; Heinen : non fournis). Aucune des justifications fournies ne permet de légitimer ce taux horaire anormalement bas avancé par Elgeka.

En conséquence et conformément à l'Article 98, § 4, 3^{ème} alinéa, 2^o, le montant de l'offre doit être considéré comme anormalement bas et partant l'offre doit être considérée comme irrégulière".

III. 5. Le 31 octobre 2013, la décision de déclarer irrégulière l'offre de la requérante a été notifiée à celle-ci en français :

" [...]

En application de l'article 65/8, § 1 de la loi du 24 décembre 1993, nous vous informons que votre offre relative au marché susmentionné a été jugée irrégulière pour le motif suivant :

En date du 24 juillet 2013, la société ELGEKA bvba a transmis les documents demandés et a fourni les informations suivantes pour justifier ses prix :

- son personnel expérimenté;
- ses expériences dans des projets similaires dans la même région lui permettant d'évaluer au mieux le rendement;
- sa connaissance du terrain;

- sa bonne organisation;
- sa participation à d'autres marchés dans la région;
- son matériel adapté.

Ces justifications vagues, générales et non chiffrées ne sont pas fondées sur une spécificité particulière à l'offre du soumissionnaire (tous les autres soumissionnaires qui ont remis une offre disposent également des mêmes connaissances et expériences pour avoir exécuté d'autres marchés pour Infrabel) ou au marché considéré, ne sont ni objectivables, ni vérifiables et ne permettent dès lors nullement de justifier l'anormalité des prix.

De plus, au-delà des éléments non objectivables invoqués ci-dessus, plusieurs chiffres avancés dans les justifications de prix sont manifestement trop bas par rapport au marché en général et en particulier par rapport à la concurrence rencontrée dans ce marché. A titre d'exemple, l'une des composantes majeures du prix de vente total dans ce type de marché, le taux horaire ouvrier, est fixé par la société Elgeka bvba à 26,24 EUR/hr alors que le taux habituellement pris en compte dans les calculs de prix de revient se situe aux alentours de 33 EUR/hr comme le confirment les taux horaires des autres sociétés dans le cadre de ce marché (Yvan Pâques : 33,65 EUR/hr; Putman : 32,25 EUR/hr; ETF : 32,63 EUR/hr; Engema-Stevens : 33,83 EUR/hr; Heinen : non fournis). Aucune des justifications fournies ne permet de légitimer ce taux horaire anormalement bas avancé par Elgeka. En conséquence et conformément à l'Article 98, § 4, 3^{ème} alinéa, 2^o, le montant de l'offre doit être considéré comme anormalement bas et partant l'offre doit être considérée comme irrégulière.

Le Conseil d'Administration prend connaissance du dossier DOC/CA/2013/139 sur base duquel il décide :

- de déclarer l'offre de la bvba Elgeka (Berlare) irrégulière en raison de l'absence de justifications acceptables en réponse à la demande de fournir les justifications nécessaires permettant de vérifier les éventuelles divergences de prix, conformément à l'article 98, § 4, 3^{ème} alinéa, 2^o de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

Conformément aux articles 65/14, 65/15 et 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 concernant les procédures de recours :

- Vous disposez d'un délai de 60 jours de calendriers, à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente lettre recommandée, pour introduire un éventuel recours en annulation auprès du Conseil d'Etat;

- Vous disposez d'un délai de 15 jours de calendriers, à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente lettre recommandée, pour introduire un éventuel recours en suspension auprès du Conseil d'Etat via une procédure d'extrême urgence.

En application de l'article 65/11, 1^{er} alinéa de la loi du 24 décembre 1993, nous attendrons quinze (15) jours de calendrier (à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente lettre recommandée) pour conclure le marché.

Dans le cas où, endéans ce délai, vous introduiriez une demande de suspension de l'exécution de cette décision d'attribution, soit devant le juge judiciaire, soit devant le Conseil d'Etat, nous vous invitons à nous avertir dans ce délai par écrit à l'adresse mentionnée ci-dessous, de préférence par télécopieur ou courrier électronique ou tout autre moyen électronique, de l'introduction d'une telle demande.

[...]"

III. 6. Par un courrier envoyé par pli recommandé le 22 novembre 2013, soit sept jours après l'introduction de la présente requête, la partie adverse notifie à

nouveau la demande de justification, visée ci-dessus au point III.2, mais cette fois en langue néerlandaise.

Le même jour, les actes attaqués sont portés à la connaissance de la partie requérante, par envoi recommandé, et en langue néerlandaise.

IV. RECEVABILITE

IV.1. Thèse des parties

Les parties ont été interrogées à l'audience sur l'effet de la notification, en néerlandais, après l'introduction de la requête, de la demande de justification à la partie requérante et de la décision de juger l'offre de celle-ci irrégulière.

Le premier moyen de la partie requérante invoque la violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966.

Ainsi qu'indiqué ci-dessus, un fait nouveau s'est cependant produit : la notification en néerlandais de la demande de justification et des décisions attaquées.

La partie requérante et ensuite la partie adverse ont exposé leurs thèses en réponse à la question posée.

En substance, la partie requérante estime que le premier moyen est sérieux et doit conduire à la suspension de l'exécution des actes attaqués. Tandis que la partie adverse se fonde sur l'article 58 des lois précitées du 18 juillet 1966 pour faire valoir que le remplacement des actes attaqués a réparé rétroactivement les actes attaqués.

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Selon l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique au soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision attaquée.

L'article 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux de fourniture et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, tel qu'applicable en l'espèce, prévoit notamment en son paragraphe 3 qu'avant d'écarter une offre en raison du caractère

anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, par écrit, les justifications nécessaires dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoie un délai plus long. Le paragraphe 4, alinéa 3, dudit article 98 ajoute notamment qu'en présence d'une offre exigeant la vérification de l'éventuelle anormalité de son montant, le pouvoir adjudicateur doit :

1° soit motiver formellement dans la décision d'attribution du marché le rejet du grief d'anormalité apparente de montant de l'offre;

2° soit inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu au § 3. Si, après examen de ces justifications, le montant de l'offre est retenu comme anormal ou en l'absence de justification dans le délai imparti, le pouvoir adjudicateur doit, par dérogation au § 2, considérer l'offre comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit.

La partie adverse considère, qu'en dehors de la décision d'attribution du marché, rédigée quant à elle tant en français qu'en néerlandais, les autres actes attaqués ne sont que de banales notifications ou des mesures de pure exécution de la décision d'attribution, non susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat. Cette thèse ne peut être suivie. En effet, les actes en question sont spécifiquement imposés au pouvoir adjudicateur par la législation et la réglementation en matière de marchés publics. Or, aux termes de l'article 41, § 2, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, les services centraux répondent aux entreprises privées établies dans une commune sans régime spécial de la région de langue française ou de langue néerlandaise dans la langue de cette région.

En l'espèce, la partie requérante est établie dans la région de langue néerlandaise. Il appartenait donc à l'autorité de s'adresser à elle, pendant la procédure d'attribution du marché litigieuse, en néerlandais sans que la requérante doive en faire la demande.

La partie adverse tire argument de l'article 58, alinéa 3, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative selon lequel "les actes ou règlements dont la nullité est ainsi constatée en raison d'irrégularités quant à la forme sont remplacés en forme régulière par l'autorité dont ils émanent : ce remplacement sortit ses effets à la date de l'acte ou du règlement remplacé". Selon elle, le caractère rétroactif du remplacement des actes attaqués par une version néerlandaise de ceux-ci le 22 novembre 2013 rétablirait la légalité des actes attaqués.

Il faut cependant observer d'une part, que la partie requérante a répondu à la première lettre de demande de justification, celle rédigée en français, le 24 juillet 2013 soit dans le délai imparti mais dans un français malhabile et donc difficilement compréhensible. D'autre part, le pouvoir adjudicateur n'a pas attendu la réponse de la partie requérante à la nouvelle demande de justification qu'elle lui a adressée en néerlandais cette fois. Or, rien ne permet d'affirmer que celle-ci eût été pareille à celle précédemment donnée sur la base d'un texte, par définition, moins intelligible pour la requérante. Le jour même où l'autorité demandait ces justifications, elle a notifié, en néerlandais, la motivation du rejet de l'offre fondée sur les justifications données par la requérante précédemment.

Enfin, le pouvoir adjudicateur a remplacé les actes attaqués le 22 novembre 2013 c'est à-dire sept jours après l'introduction du présent recours dont le premier moyen invoque la violation des lois précitées sur l'emploi des langues. Ce fait, et donc les conséquences qu'il peut entraîner sur l'attribution du marché, est imputable à la partie adverse.

Sous peine de priver le soumissionnaire de la protection que lui offrent tant la législation en matière de marchés publics que celle en matière d'emploi des langues, il ya donc lieu de considérer les actes remplaçant les actes attaqués comme de nouveaux actes susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat à partir de leur notification.

Il n'y a dès lors plus lieu à statuer en la présente espèce.

V. CONFIDENTIALITE

La partie adverse dépose à l'audience l'offre de la société attributaire qu'elle présente comme confidentielle. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La confidentialité des offres de l'attributaire est maintenue 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 liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-huit décembre deux mille treize par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.