

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 226.867 du 24 mars 2014

211.671/VI-20.150

En cause :

la s.a. Yvan Paque,

ayant élu domicile chez
Me V. BERTRAND, avocat,
place Verte 13
4000 Liège,

contre :

la s.a. de droit public Infrabel,

ayant élu domicile chez
Mes Br. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XV^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la demande introduite le 18 février 2014 par la s.a. Yvan Paque, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de «la décision, prise par le conseil d'administration d'Infrabel le 28 janvier 2014, de renoncer à l'attribution du marché TR 154341 concernant l'entreprise de travaux de concentration de cabine : Zone sud est : 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, et de recommencer la procédure *ab initio*»;

Vu l'ordonnance du 21 février 2014, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 17 mars 2014 à 10 heures;

Vu le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. I. KOVALOVSKY, président de chambre f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes V. BERTRAND et Fr. VLASSEMBROUCK, avocats, comparaisant pour la partie requérante, et Me M. BELMESSIERI, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. É. THIBAUT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que la partie requérante expose comme suit les faits de la cause:

« 1. Par un avis publié au *Bulletin des Adjudications* du 3 mai 2013 (pièce 1) et au *Journal Officiel de l'Union européenne* du 8 mai 2013, INFRABEL a lancé une procédure d'adjudication pour le marché TR 154341- travaux de signalisation Liège: 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.

Le marché a pour objet le remplacement d'installations de signalisation sur le réseau ferroviaire en Wallonie.

2. L'ouverture des offres a eu lieu le 6 juin 2013. Six offres ont été déposées (montants corrigés):

- ELGEKA:	6.342.015,76 EUR HTVA
- HEINEN:	6.643.532,00 EUR HTVA
- YVAN PAQUE:	8.104.562,53 EUR HTVA
- STEVENS-ENGEMA:	9.781.822,24 EUR HTVA
- PUTMAN & FRERES:	9.953.136,89 EUR HTVA
- ETF Luxembourg - CEGELEC:	11.793.203,18 EUR HTVA

3. Le 12 juillet 2013, la S.A. TUC RAIL, maître d'œuvre pour l'exécution du présent marché en application d'une convention conclue avec INFRABEL le 28 novembre 2007, a, par un courrier exclusivement rédigé en français, demandé à la société ELGEKA de lui communiquer :

- la copie de l'attestation prévue à l'article 6, § 2 de l'A.R. du 26 septembre 1991 selon laquelle un dossier complet d'agrément en classe 8 a été introduit devant la commission d'agrément, ainsi qu'une copie du dossier déposé;
- la justification de son prix global sur la base de l'article 98, § 4 de l'A.R. du 10 janvier 1996, étant donné que le montant de son offre était de 26,98 % inférieure à la moyenne des autres offres,
- les justifications de prix de la partie C "reprise des matériaux";
- une présentation des prix conforme à l'article 78, point 7.1 du cahier spécial des charges pour les différents postes.

Par courrier du même jour, elle a également, sur la base de l'article 98, § 4 de l'A.R. du 10 janvier 1996, interrogé la société HEINEN, établie à Eupen, sur son prix global étant donné que le montant de son offre était de 22,94 % inférieur à la moyenne des autres offres. Comme à la société ELGEKA, la société TUC RAIL lui a en outre demandé une présentation de ses prix de soumission conforme à l'article 78, 7 du cahier spécial des charges.

4. Par un courrier du 24 juillet 2013, rédigé en français, la société ELGEKA a fourni les documents demandés. Son offre a cependant été écartée parce que les justifications du prix global étaient vagues, générales et non chiffrées, non objectivables et non vérifiables et parce que des prix avancés dans sa justification, tel le taux horaire ouvrier, étaient manifestement trop bas.

La société HEINEN, quant à elle, n'a pas répondu à la demande de TUC RAIL.

5. Par décision du 24 octobre 2013, INFRABEL a décidé d'écarter les offres des sociétés ELGEKA et de HEINEN comme étant irrégulières et d'attribuer le marché à la société YVAN PAQUE pour un montant de 8.104.562,53 EUR.

Les soumissionnaires ont été informés de cette décision par courrier et courriel du 31 octobre 2013. Cette information a été effectuée en français pour la société ELGEKA.

6. Le 15 novembre 2013, ELGEKA a introduit un recours en suspension d'extrême urgence contre cette décision du 24 octobre 2013 (voir pièce 5). Dans sa requête, la société ELGEKA reprochait essentiellement au pouvoir adjudicateur d'avoir violé l'article 41, § 2 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative du 18 juillet 1966 en lui adressant en français la demande de justification du 12 juillet 2013 et la notification du 31 octobre suivant de sa décision d'écarter son offre, alors que son siège social se situe en Région flamande.

Cette disposition prévoit en effet :

"§ 1^{er}. Les services centraux utilisent dans leurs rapports avec les particuliers celle des trois langues, dont ces particuliers ont fait usage.

§ 2. Ils répondent cependant 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."

Le 22 novembre 2013, INFRABEL a renotifié, en néerlandais, à la société ELGEKA la demande de justification de prix du 12 juillet 2013, ainsi que le courrier d'information du 31 octobre 2013, indiquant procéder à une régularisation au titre de l'article 58 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative.

Cette disposition énonce :

"Sont nuls tous actes et règlements administratifs contraires, quant à la forme ou quant au fond, aux dispositions des présentes lois coordonnées.

(...)

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 sort ses effets à la date de l'acte ou du règlement remplacé."

Selon le rapport annexé à la décision du 28 janvier 2014, la société ELGEKA a répondu à cette demande de justification de prix le 4 décembre 2013.

Dans son arrêt n° 225.884 du 18 décembre 2013, le Conseil d'État a estimé qu'il n'y avait plus lieu de statuer au motif que la décision du 22 novembre 2013 avait remplacé celle du 24 octobre.

7. Entre-temps, par une requête rédigée en néerlandais du 6 décembre 2013, la société ELGEKA avait demandé la suspension de la décision notifiée le 22 novembre 2013.

[...]

Dans le cadre de ce second recours, la société ELGEKA reprochait essentiellement à INFRABEL d'avoir violé l'article 41, § 2 de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative, en lui adressant le courrier du 12 juillet 2013 en français, et l'article 98, § 4 de l'A.R. du 10 janvier 1996, en envoyant, le 22 novembre 2013, un courrier d'information dont il ressortait qu'INFRABEL avait décidé d'écarter son offre comme irrégulière à la même date que celle à laquelle elle lui avait réadressé une nouvelle demande de justification de prix rédigée en néerlandais. De ce fait, INFRABEL n'avait pas pu prendre en compte ses justifications de prix du 4 décembre 2013.

8. Le 28 janvier 2014, INFRABEL a décidé de retirer la décision du 24 octobre 2014 et "de renoncer à l'attribution du marché sur base de l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 et de recommencer la procédure *ab initio*."

Il s'agit de l'acte attaqué.»;

Considérant que la décision attaquée est rédigée comme suit:

« Le conseil d'Administration prend connaissance du dossier DOC/CA/2014/013 sur base duquel il décide de retirer la décision motivée

d'attribution du marché, approuvée par le Conseil d'Administration du 24 octobre 2013.

En outre, le Conseil d'Administration constate que dans le cadre de la présente procédure d'attribution, les documents du marché ont été établis en contradiction avec l'article 41 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative du 18 juillet 1966 et vu le risque que d'autres soumissionnaires déposent une plainte parce qu'ils jugent avoir été traités de manière inégale par le fait que la société ELGEKA a pu régulariser son offre en introduisant des justifications complémentaires de ses prix, la solution la plus opportune en accord avec le principe d'égalité, est de recommencer *ab initio* la procédure, c-à-d de renoncer à l'attribution du marché sur base de l'article 18, alinéa 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 et de recommencer la procédure.

Pour ces raisons, le Conseil d'Administration décide non seulement de retirer la décision motivée mentionnée ci-dessus mais aussi d'arrêter la présente procédure. Une nouvelle procédure sera relancée afin d'attribuer le marché en conformité avec la législation sur l'emploi des langues en matière administrative et dans le respect du principe d'égalité.»;

Considérant que la partie adverse demande que les pièces 13 et 15 à 18 du dossier administratif bénéficient du régime de la confidentialité en vue de la préservation du secret des affaires et de la libre concurrence entre les soumissionnaires; que ces pièces portent, pour l'essentiel, sur des demandes de justification de prix et sur les réponses apportées par le soumissionnaire Elgeka; que rien ne s'oppose à ce que cette confidentialité soit maintenue;

Considérant que la requérante prend un moyen unique «de la violation des articles 18 et 41, de l'article 65/5, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, l'obligation de fonder la décision sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, du principe de bonne administration et de la concurrence»; que la requérante expose que si la décision de retirer la décision d'attribution du 24 octobre 2013 est fondée, la partie adverse est toutefois allée plus loin en décidant de renoncer à passer le marché et de recommencer une nouvelle procédure et que c'est cette dernière décision qui est illégale; que la requérante en critique la motivation tant formelle que matérielle;

qu'elle fait valoir que la décision attaquée indique que les documents du marché ont été établis en contradiction avec l'article 41 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative et évoque le risque que «d'autres soumissionnaires déposent une plainte», sans préciser quels sont les documents concernés et sans identifier ces «autres soumissionnaires», de sorte que la décision de recommencer la procédure manque, selon elle, de clarté;

qu'elle expose que c'est à tort que les justifications transmises par la société Elgeka sont qualifiées dans l'acte attaqué de «justifications complémentaires»; qu'elle soutient qu'en raison de la violation de l'article 41, § 2, des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, la demande de

justification du 12 juillet 2013 doit être considérée comme nulle, de sorte que la réponse qui y a été apportée par la société Elgeka le 24 juillet ne peut pas davantage être prise en considération; qu'elle en déduit que la qualification de «complémentaires» retenue à propos des justifications apportées par la société Elgeka constitue une erreur de droit;

qu'elle estime que c'est de manière erronée qu'Infrabel fonde sa décision de renoncer à la passation du marché et de recommencer une nouvelle procédure sur l'article 18, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, puisque cette disposition fait partie du livre I, titre II de la loi, qui concerne les marchés publics passés dans les secteurs classiques alors que le présent marché est soumis aux dispositions du livre I, titre IV, relatif aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques dans les secteurs spéciaux, et que la décision de renoncer à passer le marché et de recommencer la procédure aurait donc dû être fondée sur l'article 41 de la loi du 24 décembre 1993, lequel renvoie à l'article 18; qu'elle estime qu'en tant que telle, cette dernière disposition ne peut fonder l'acte attaqué, de sorte que la motivation de celui-ci est erronée en droit;

qu'elle soutient que la motivation de la décision attaquée ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles Infrabel ne s'est pas contentée de suivre la proposition faite le 17 janvier 2014 à son conseil d'administration d'établir une nouvelle décision tenant compte de la réponse apportée par la société Elgeka à sa demande de justification du 22 novembre 2013, rédigée en néerlandais; qu'elle relève que la décision attaquée invoque le risque que d'autres soumissionnaires introduisent des recours fondés sur le principe d'égalité, mais soutient qu'un tel risque ne permet pas de justifier la décision de ne pas donner suite à l'adjudication et de recommencer une nouvelle procédure; que, d'une part, elle fait valoir que le courrier d'Infrabel du 12 juillet 2013 ne respecte pas les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, de sorte que la réponse apportée à ce courrier par la société Elgeka le 24 juillet 2013 ne peut être prise en considération; qu'elle estime que, la société Elgeka ayant été interrogée valablement une seule fois, par courrier du 22 novembre 2013, et seules ses justifications de prix du 4 décembre suivant devant être prises en considération, le risque de violation du principe de l'égalité décrit par Infrabel n'existe pas; que, d'autre part, elle soutient que le seul soumissionnaire susceptible d'introduire un recours du fait que, contrairement à la société Elgeka, il n'a pu adresser des «justifications complémentaires», est la société Heinen, dont l'offre est placée en deuxième position derrière la société Elgeka et devant la société Yvan Paque; qu'elle ajoute que comme la société Elgeka, la société Heinen a été interrogée sur ses prix par un courrier du 12 juillet 2013 mais qu'elle n'a pas répondu à cette demande de justification, de sorte qu'elle ne pourrait se plaindre de ce que ses justifications de prix n'aient pas été prises en compte; qu'elle expose que l'article 41, § 2, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative ne

s'applique qu'aux entreprises privées établies dans une commune de la région de langue française ou de la région de langue néerlandaise et que, pour les entreprises établies dans une région de langue allemande, il suffit, selon l'article 41, § 1^{er}, que les services centraux utilisent la langue dont le particulier a fait usage; qu'après avoir affirmé que l'offre de la société Heinen «a vraisemblablement été rédigée en français», elle soutient que les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative n'ont pas été violées à l'égard de la société Heinen; qu'elle ajoute qu'à supposer que ces lois aient été violées, une telle violation pourrait être aisément «réparée» en adressant à cette société un nouveau courrier rédigé en allemand, auquel elle aurait la possibilité de répondre; que, s'agissant des autres soumissionnaires, la requérante expose que rien, dans la décision d'attribution du 24 octobre 2013 ou dans la décision de retrait du 28 janvier 2014, n'indique qu'ils ont été interrogés sur leur prix comme les sociétés Elgeka et Heinen; qu'elle souligne qu'ils ont remis un prix plus élevé qu'elle et que son offre a été jugée régulière, de sorte qu'ils n'auraient aucun intérêt à introduire un recours; qu'à son estime, ils ne sont pas susceptibles d'introduire un recours fondé sur le principe de l'égalité de traitement pour le motif qu'ils n'auraient pu introduire des «justifications complémentaires» au contraire de la société Elgeka, voire de la société Heinen; qu'elle en conclut que le risque de recours, fondé sur une violation du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires qui, au contraire d'Elgeka, n'auraient pas été admis à fournir «un complément de justifications de prix», ne permet donc pas de comprendre la décision d'Infrabel de renoncer à la procédure en cours et d'en recommencer une nouvelle; qu'elle ajoute que la jurisprudence du Conseil d'État est établie en ce sens qu'un risque de recours ne suffit pas à justifier qu'une procédure soit recommencée;

que la requérante fait également valoir que le principe de bonne administration commande qu'il soit évité, autant que possible, de recommencer une procédure d'adjudication puisque lors d'une nouvelle procédure, les prix remis sont connus par les soumissionnaires, ce qui est de nature à nuire à la concurrence; qu'elle relève qu'en l'espèce, les différents soumissionnaires connaissent non seulement les prix globaux mais aussi certains prix unitaires et qu'en particulier, la décision d'attribution ainsi que l'arrêt du 18 décembre 2013 qui la reproduit, révèlent le taux horaire ouvrier des différents soumissionnaires, lequel, de l'aveu même du pouvoir adjudicateur, constitue «une des composantes majeures du prix de vente total dans ce type de marché»;

Considérant que l'article 65/1, 13°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services définit comme suit les «documents du marché»: «les documents applicables au marché, y inclus tous les documents complémentaires et les autres documents auxquels ils se réfèrent. Ils comprennent, le cas échéant, l'avis de marché et le cahier

spécial des charges contenant les conditions particulières applicables au marché»; qu'il résulte de la motivation de l'acte attaqué que la décision de recommencer la procédure repose sur des motifs différents de ceux sur lesquels se fondait la proposition d'adopter une nouvelle décision tenant compte de la réponse apportée par la société Elgeka le 4 décembre à la demande de justification du 22 novembre; qu'en d'autres termes, il s'en déduit que la décision de recommencer la procédure n'est pas adoptée pour le motif que, contrairement à ce qu'impose l'article 41 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, la demande de justification du 12 juillet 2013 a été adressée à Elgeka en français et qu'il en va de même de la notification de la décision du 24 octobre 2013 déclarant son offre irrégulière, de telles irrégularités n'empêchant pas, selon la partie adverse, l'adoption d'une nouvelle décision d'attribution, mais qu'elle est motivée par la circonstance que les documents du marché, autres que le courrier et la notification précités, ont été établis en violation des lois sur l'emploi des langues; que la simple lecture des pièces 1 et 2 du dossier de la requérante montre que l'avis de marché et le cahier spécial des charges, qui constituent des «documents du marché» au sens de l'article 65/1, précité, ont été établis en langue française; qu'il n'est pas contesté que, l'autorité adjudicatrice étant une autorité centrale au sens des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, elle était tenue d'établir ces documents en français et en néerlandais, conformément à l'article 40, alinéa 2, des mêmes lois coordonnées; qu'il s'ensuit que la décision attaquée est adoptée en raison de l'irrégularité de ces documents; que la référence que fait la motivation de l'acte attaqué à l'article 41 desdites lois coordonnées n'a pu induire la partie requérante en erreur, cette dernière ayant pu identifier les «documents du marché» qui avaient été établis en une seule langue alors qu'ils devaient l'être en français et en néerlandais; que la critique n'est pas sérieuse;

Considérant que c'est à tort que la requérante soutient que, dès lors que la première demande de justification des prix devait être déclarée nulle pour violation de l'article 41, § 2, des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, le conseil d'administration de la partie adverse a commis une erreur de droit en qualifiant de «justifications complémentaires» les explications apportées par Elgeka le 4 décembre 2013; qu'en effet, c'est la demande de justification adressée en langue française à Elgeka qui est nulle sur la base de cette disposition et non les justifications initiales elles-mêmes puisque Elgeka était libre de les établir dans la langue de son choix; qu'il y a bien eu des «justifications complémentaires» présentées par Elgeka, à la suite d'une nouvelle demande, établie cette fois en langue néerlandaise; que la critique n'est pas sérieuse;

Considérant que, s'il est exact que la référence que fait l'acte attaqué à l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 est erronée et qu'il eût convenu de mentionner l'article 41 de ladite loi, la partie requérante a pu, sans difficulté aucune, apercevoir le fondement de l'acte attaqué puisqu'elle cite, dans les dispositions visées au moyen, l'article 41 qui, comme le fait observer de manière pertinente la partie adverse, se limite à renvoyer notamment à l'article 18; que la critique n'est pas sérieuse;

Considérant, s'agissant de la circonstance que le conseil d'administration ne s'est pas limité à suivre la proposition du 17 janvier 2014 d'adopter une nouvelle décision qui tienne compte des justifications apportées par Elgeka à la suite de la demande adressée en langue néerlandaise, que les arguments avancés par la partie requérante ne remettent pas en cause la pertinence du motif déterminant de la décision tenant à ce que les documents du marché ont été établis en langue française alors qu'ils auraient dû l'être en français et en néerlandais; qu'à supposer que le conseil d'administration décide d'attribuer le marché public à la partie requérante après avoir relevé que les justifications d'Elgeka, recueillies après une demande de justification établie en langue néerlandaise, ne permettaient pas de lever les soupçons d'anormalité détectés lors de l'examen des prix, il n'en reste pas moins qu'en cas de recours d'Elgeka, le défaut d'établissement des documents du marché en français et en néerlandais aurait pu et même dû être soulevé d'office, ce qui aurait conduit à l'annulation de la décision d'attribution à la partie requérante; que le conseil d'administration de la partie adverse a pu raisonnablement considérer qu'il était préférable de recommencer une procédure; que la critique n'est pas sérieuse;

Considérant que lorsqu'une autorité adjudicatrice constate que les documents initiaux du marché, en particulier le cahier spécial des charges, ont été établis en violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, elle ne viole pas le principe de bonne administration en renonçant à attribuer ledit marché et en décidant de recommencer la procédure; que, par ailleurs, il ne peut être raisonnablement soutenu que la décision de renoncer à l'attribution du marché litigieux et de relancer une nouvelle procédure de passation violerait le principe de libre concurrence dès lors que tous les soumissionnaires qui ont fait offre au cours de la première procédure ont une parfaite connaissance des prix offerts par leurs concurrents, ce qui fausserait inévitablement le jeu de la concurrence; qu'en effet, la décision attaquée a, *prima facie*, été prise conformément au prescrit de l'article 41 de la loi du 24 décembre 1993, précitée, qui en prévoit expressément la possibilité, sans exclure celle-ci lorsque les soumissionnaires ont, au terme de la première procédure, eu connaissance des prix offerts par leurs concurrents; qu'au demeurant, d'une part, les prix globaux ne constituent pas un secret puisqu'en

adjudication publique, ils sont proclamés lors de la séance d'ouverture et, d'autre part, il n'est pas certain que les soumissionnaires au marché abandonné proposeront les mêmes prix pour le nouveau marché, dont rien n'indique non plus qu'il sera identique; que la critique n'est pas sérieuse;

Considérant que le moyen n'est pas sérieux; qu'il n'y a donc pas lieu de procéder à une balance des intérêts,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La confidentialité des pièces 13 et 15 à 18 du dossier administratif est maintenue.

Article 3.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

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 XV^e chambre siégeant en référé, le vingt-quatre mars deux mille quatorze, par :

M. I. KOVALOVSKY,	président de chambre f.f.,
M. R. GHODS,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président f.f.,
---------------------	--------------------

R. GHODS	I. KOVALOVSKY
----------	---------------