

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 108.956 du 8 juillet 2002

A.122.151/VI-16.267

En cause : **la société anonyme VAREC**,
ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1030 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense.

Partie intervenante :

**la société de droit allemand
DIEHL REMSCHEID GmbH**,

Vieringhausen 118
D - 42857 REMSCHEID
Allemagne.

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

Vu la demande introduite le 6 juin 2002 par la S.A. VAREC qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision de la partie adverse (Etat belge, représenté par le Ministre de la Défense nationale) du 28 mai 2002 d'attribuer le marché pluriannuel pour la livraison de 32.000 maillons de chenille du type 640A chars Léopard à la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co":

Vu le document daté du 10 juin 2002 et déposé lors de l'audience du 11 juin 2002 par la société DIEHL REMSCHEID GmbH demandant à intervenir en la présente cause;

Vu l'ordonnance du 7 juin 2002, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 11 juin 2002 à 10 heures;

Entendu, en son rapport, M. HANSE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la requérante, Me Nicole CAHEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mme Patricia BOSMANS et MM. Franz Josef MÜLLER, Arnd LEMHOFFER et Henri MARCANNE, directeurs, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

1. La S.A. VAREC, qui se dit bien connue des forces armées belges et plus particulièrement du Service d'Achat du Matériel Automobile, se présente comme produisant et distribuant, notamment, des "pads" et des patins de chenille pour les chars Léopard, et comme en assurant la fourniture auprès de diverses armées de pays membres de l'OTAN.

2. Le 14 décembre 2001, le Bulletin des adjudications publie un avis de marché par adjudication publique pour la livraison de 32.000 mailles de chenille du type 640 A pour véhicules blindés de la famille Léopard (NSN 2530-12167-5887), selon un cahier spécial des charges "SAMA 111412".

3. Le 14 janvier 2002, l'ouverture des offres permet de recueillir deux soumissions, l'une émanant de la société DIEHL pour un montant de 9.162.240 *ı*, et l'autre de la requérante pour un montant de 8.704.000 *ı*.

4. Le 28 mai 2002, le Ministre de la Défense prend la décision qui suit :

" OBJET : DECISION MOTIVEE concernant la conclusion d'un marché pluriannuel relatif à l'achat, en une tranche ferme et deux tranches conditionnelles, de 32.000 maillons de chenilles pour chars LEOPARD.
Cahier spécial des charges SAMA 111412.

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'article 296 du Traité CE;

Vu l'avis du marché paru au Bulletin des Adjudications du 14 décembre 2001 sous le numéro NO 16893;

Vu le cahier spécial des charges SAMA 111414;

Vu le procès-verbal d'ouverture des offres dressé le 14 janvier 2002 à 11 heures;

Considérant que le mode d'attribution du marché est l'adjudication publique;

Considérant que deux soumissionnaires ont déposé offre;

- DIEHL REMSCHEID GmbH & Co (DIEHL GERAETE)

- VAREC S.A.;

Considérant que l'article 6 du cahier spécial des charges énonce, en application des articles 42 et suivants de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les conditions minimales de caractère financier, économique et technique auxquelles doivent satisfaire les soumissionnaires en vue de leur sélection qualitative;

Considérant que les renseignements et documents fournis à cette fin par les deux soumissionnaires ont été examinés;

Considérant qu'il ressort de cet examen que la S.A. VAREC ne satisfait pas aux conditions de caractère technique;

Considérant en effet que les références avancées par VAREC relativement à des livraisons de maillons neufs du type 640A concernent des quantités hors de toute proportion avec les quantités qui font l'objet du présent marché (4.175 unités contre 16.000 en un an et 32.000 en trois ans); que ces livraisons s'étalent en outre sur plus de trois ans;

Que les autres références de VAREC ne concernent pas un objet identique à celui du présent marché : il s'agit en effet soit de rénovation de maillons usagés soit de livraison de maillons d'un autre type, dont l'équivalence ou la similarité, tant en ce qui concerne la fabrication que l'usage, n'est pas invoquée ni justifiée; que VAREC n'argumente d'ailleurs pas sur la pertinence de ces références pour lesquelles, en outre, elle ne produit aucune attestation;

Que VAREC renvoie par ailleurs au "parc machine" décrit dans le document intitulé "Flow Chart"; que toutefois, ce document ne permet en rien de pallier l'absence de références pertinentes; le parc machine décrit dans ce document ne concerne pas la fabrication des éléments métalliques du maillon, que VAREC ne fabrique d'ailleurs pas, et n'est dès lors pas représentatif de la capacité de ce soumissionnaire de fabriquer et de livrer les quantités requises de maillons neufs du type 640A;

Considérant que la rubrique 6 du formulaire d'offre de VAREC, relative aux sous-traitants ou fournisseurs éventuels, renseigne que pour l'exécution du marché, VAREC assurerait le "caoutchoutage, insertion, assemblage, protection", les autres éléments (métalliques) du maillon (maillon nu, axe, guide, caps, et connecteur) devant être fabriqués par les sous-traitants anglais, américains et allemands y indiqués;

Qu'il est ainsi avéré que la part de VAREC dans l'exécution du marché consiste à réunir les différents éléments composant le maillon et à les assembler, sa propre contribution industrielle concernant essentiellement les éléments caoutchoutés;

Considérant toutefois que l'offre de VAREC ne contient pas de références pertinentes de ses sous-traitants pour l'objet du présent marché, pas plus que les accords qui auraient été conclus avec eux et par lesquels VAREC se serait assuré de leur capacité pour l'exécution du marché, aux conditions de celui-ci;

Considérant, par conséquent, que la capacité des sous-traitants de fabriquer et de fournir à VAREC les quantités nécessaires des éléments permettant à celle-ci d'assembler et de livrer les quantités requises de maillons neufs n'est pas non plus établie; que le renvoi que fait VAREC à ses sous-traitants ne permet dès lors pas de suppléer au manque de références de VAREC;

Considérant qu'il faut dès lors conclure que cette société ne satisfait pas à cette condition minimale de caractère technique;

Considérant que la société VAREC ne satisfait pas non plus à la condition de conformité à la norme TL2530-0069, ou à une norme équivalente;

Que les documents du dossier d'offre produits à cet égard ne permettent en rien d'établir la capacité du soumissionnaire ou de ses sous-traitants à fabriquer les éléments métalliques du maillon conformément à cette norme; que les seules références à cette norme concernent les éléments caoutchoutés du maillon ou le maillon assemblé, mais non les composants métalliques de celui-ci;

Que la conformité à une norme équivalente, qui était admise, n'est ni invoquée ni attestée;

Considérant que la même conclusion s'impose pour ce qui concerne la condition relative aux tests d'endurance; que les seuls essais dont peut se prévaloir ce soumissionnaire datent de 1983 et n'ont concerné que les éléments en caoutchouc du maillon; qu'en outre, ces essais ne présentaient pas le même degré d'exigence que celui requis par la directive OTAN; que le dossier d'offre ne comporte aucune attestation relative à des essais selon des directives équivalentes;

Considérant que l'article 6.d.(3) du cahier spécial des charges demandait aux soumissionnaires de joindre à leur offre la description technique du maillon proposé et, au moins une copie du plan d'ensemble du maillon, permettant d'identifier le matériel avec précision et sans ambiguïté;

Que VAREC dépose, dans son offre, des plans qui portent l'indication de DIEHL;

Qu'il ressort de l'examen du point 7.a.(1). "Droits intellectuels" (voir ci-après), qu'il existe un doute sur le droit de VAREC à faire état de plans qui ont été établis par un tiers et sur lesquels ce tiers affirme détenir les droits d'auteur;

Qu'en outre, l'examen du modèle de maillon qui devait également être joint à l'offre (articles 7.d.(2) et 9.b. et c. du cahier spécial des charges) fait apparaître des discordances avec la description du maillon proposé et, particulièrement, lesdits plans;

Qu'il peut, dès lors, difficilement être considéré que le matériel proposé par ce soumissionnaire est identifié dans son offre avec précision et sans ambiguïté;

Considérant, en outre, que cette société ne fournit pas le "flow-chart" demandé à

l'article 6.d.(2) du cahier spécial des charges;

Que le document joint à l'offre porte uniquement sur la préparation, avant assemblage, des éléments constitutifs du maillon et sur l'assemblage final de celui-ci;

Qu'il ne porte dès lors pas sur le processus de fabrication et d'assemblage de tous les éléments du maillon proposé;

Considérant, par conséquent, que le soumissionnaire VAREC ne satisfait pas, ni par lui-même ni par ses sous-traitants, aux conditions de sélection 6.d.(1), 6.d.(2), 6.d.(3), 6.d.(4) (a), 6.d.(4)(b);

Considérant, en outre, que l'offre de la société VAREC présente des irrégularités administratives, apparues à l'occasion de l'examen des conditions de sélection;

Considérant, en effet, que ce soumissionnaire ne justifie pas, dans son offre, qu'il est titulaire et/ou licencié des droits intellectuels qui sont mis en oeuvre dans le cadre du présent marché (article 7.a.(1) du cahier spécial des charges); que la société VAREC produit en effet des plans qui indiquent le nom de DIEHL et sur lesquels celle-ci affirme détenir les droits d'auteurs;

Que la société VAREC ne justifie l'utilisation qu'elle fait de ces plans que par l'affirmation que les droits seraient échus - ce qui, en ce qui concerne les droits d'auteur, n'est pas exact-, et par la circonstance que la société DIEHL ne se serait pas opposée à cette utilisation - ce qui n'est ni établi ni suffisant pour justifier positivement un droit d'utilisation quelconque;

Considérant, par ailleurs, que le modèle de maillon de chenille, présenté par ce soumissionnaire en vertu de l'article 7.d.(2) du cahier spécial des charges, ne correspond pas aux fournitures décrites dans l'offre; qu'il existe en effet une divergence entre ce modèle et les plans produits à l'offre;

Considérant, en revanche, que le soumissionnaire DIEHL satisfait à toutes et chacune des conditions de sélection;

Qu'en effet, ce soumissionnaire ne présente aucune cause d'exclusion; qu'il produit des références pertinentes par des bordereaux de livraison, relatives précisément à l'objet du présent marché et dans des quantités au moins équivalentes, sinon supérieures, à celles requises en l'espèce;

Que ce soumissionnaire produit un "flow-chart" applicable au processus de fabrication et d'assemblage de tous les éléments du maillon proposé;

Que son offre contient la description technique du maillon proposé, une attestation établissant la conformité du maillon de chenille aux exigences de la norme TL 25300069, ainsi qu'une attestation délivrée par une autorité compétente relative à la réussite des épreuves d'endurance prévues par la directive OTAN;

Que ce soumissionnaire peut donc être sélectionné;

Considérant que l'offre de ce soumissionnaire ne présente aucune irrégularité administrative;

Qu'en particulier, l'offre satisfait à toutes les conditions de prix prévues par le cahier spécial des charges;

Que le soumissionnaire justifie être titulaire des droits intellectuels mis en oeuvre

pour l'exécution de ce marché;

Qu'il a déposé, avec son offre, un modèle de maillon de sa production, conforme au maillon proposé dans son offre;

Que tous les documents devant être annexés à l'offre ont été joints à celle-ci et sont conformes aux exigences du cahier spécial des charges;

Considérant, par ailleurs, que ce soumissionnaire s'engage à exécuter le marché conformément aux dispositions et conditions du cahier spécial des charges et notamment conformément aux spécifications techniques de celui-ci;

Considérant, dès lors, que l'offre de ce soumissionnaire est régulière;

Considérant, enfin, que les prix offerts par ce soumissionnaire ont été contrôlés et sont normaux;

Considérant, en conclusion, que l'offre de la société DIEHL est la seule à pouvoir être prise en considération; que l'offre est régulière et que son prix, normal, doit être considéré comme étant le plus bas;

PAR CES MOTIFS,

Vu l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993;

J'ai décidé d'attribuer le marché repris en objet à la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co."

Il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée.

5. Le 29 mai 2002, la partie adverse informe la requérante de ce que son offre, administrativement irrégulière, n'a pas été sélectionnée et n'a donc pas été prise en considération pour l'attribution du marché. Elle lui transmet également copie de la décision motivée d'attribution.

6. Le même jour, la partie adverse écrit ce qui suit à la société DIEHL :

" Vous trouverez ci-joint, pour votre parfaite information, la décision motivée de ce marché.

Votre attention est attirée sur le fait que ce document ne vous est transmis qu'à titre purement informatif. La présente communication ne constitue donc pas la notification prévue à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. La décision ne peut en effet être notifiée avant le 7 juin 2002 au plus tôt.

(...)"

Considérant que, dans le cadre de la présente procédure d'extrême urgence, il y a lieu d'accueillir la demande d'intervention formulée par la société DIEHL;

Considérant que, lors de l'audience du 11 juin 2002, la partie adverse a

expressément reconnu que l'information donnée le 29 mai 2002 à l'adjudicataire n'avait pas eu pour effet de conclure le contrat, et que la partie intervenante n'a pas prétendu que le contrat était dès lors conclu; que, dans le cadre de la présente procédure d'extrême urgence, on peut admettre que le contrat n'a pas été conclu par l'information donnée à la société DIEHL, dès lors que telle n'a pas été la volonté de la partie adverse;

Considérant que la partie adverse excipe de l'irrecevabilité du recours en raison d'un défaut d'intérêt; qu'elle reproche à la requérante de n'avoir pas attaqué en temps opportun les conditions de sélection dont elle invoque, aujourd'hui comme hier, l'illégalité, et soutient qu'elle est dépourvue de tout intérêt à attaquer la décision d'attribution dès lors que c'est à juste titre qu'elle n'a pas été sélectionnée au regard de conditions de sélection devenues définitives;

Considérant, certes, que dans son premier moyen notamment, la requérante articule certains griefs à l'encontre des conditions de sélection énoncées dans le cahier spécial des charges; que toutefois, ses moyens ne se limitent pas à critiquer la pertinence de ces conditions de sélection, mais visent aussi l'appréciation portée par la partie adverse au regard des références jointes à son offre; qu'ainsi, à supposer que la requérante ne soit plus recevable à critiquer ces conditions, elle n'en garderait pas moins intérêt à son recours, la question subsistant de savoir, dans cette hypothèse, si la partie adverse a correctement apprécié la soumission de la requérante au regard des exigences du cahier spécial des charges;

Considérant, en outre, que l'attribution d'un marché public est une opération complexe, dont l'adoption du cahier spécial des charges n'est qu'une étape; qu'en elle-même, cette adoption ne fait pas grief; que c'est seulement la décision d'attribution du marché qui retentit sur l'ordonnancement juridique et qui fait éventuellement grief; qu'aussi longtemps que cette décision d'attribution n'est pas intervenue, tous les reproches susceptibles d'être adressés aux opérations préliminaires demeurent hypothétiques, puisqu'aussi bien la partie adverse peut toujours renoncer à poursuivre la procédure d'attribution du marché, et puisqu'un soumissionnaire peut se voir attribuer le marché convoité en dépit d'illégalités qu'il aurait précédemment dénoncées; qu'ainsi, c'est la décision d'attribution qui fixe les droits des candidats au marché; qu'alors seulement, les déçus ont un intérêt effectif à faire valoir leurs droits et moyens, y compris à l'encontre des décisions préparatoires; qu'il est ainsi satisfait aux exigences de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 vantée par la partie adverse dans sa note d'observations, dont l'interprétation n'est susceptible de déboucher que sur une paralysie définitive des autorités administratives en matière de marchés publics et sur

une impossibilité pratique de toute décision d'attribution;(Cf notamment la réponse aux deuxième et troisième questions préjudicielles posées à la Cour, C.J.C.E. 28 octobre 1999, Aff. C-81/98, ALCATEL AUSTRIA, J.T. 2000, p. 285); qu'il n'est donc pas exact de soutenir que les conditions de sélection ne peuvent plus être critiquées, et que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que la partie adverse excipe encore du défaut d'extrême urgence; qu'elle reproche à la requérante de n'avoir pas fait toutes diligences pour sauvegarder ses droits, et plus particulièrement, de n'avoir pas, plus tôt et dès qu'elle en eut connaissance, introduit une action devant le Conseil d'Etat ou en référé judiciaire contre les conditions de sélection prévues par le cahier spécial des charges; qu'elle souligne qu'il ne peut y avoir extrême urgence à faire valoir un grief connu depuis un certain temps, et que la négligence de la requérante permet de supposer qu'elle n'est en réalité pas mue par la volonté d'obtenir une réparation en nature, de telle sorte que l'extrême urgence n'est pas non plus, de ce chef, justifiée;

Considérant que c'est sans pertinence que la partie adverse, qui par ailleurs se révèle impuissante à endiguer l'arriéré judiciaire, plaide pour une multiplication anarchique des procédures tant judiciaires qu'administratives, et reproche à la requérante de s'être conformée à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973 et de n'avoir pas entrepris une procédure de référé judiciaire qui n'aurait fait que double emploi avec la présente procédure; qu'il demeure qu'une procédure de référé devant le Conseil d'Etat aurait vraisemblablement été déclarée prématurée, car dirigée contre un acte préparatoire ne faisant pas grief; qu'aucune négligence ne peut être retenue dans le chef de la requérante, qui démentirait l'extrême urgence alléguée; que celle-ci est établie à suffisance par l'imminence de la décision d'attribution du marché conformément à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996; que l'exception ne saurait être accueillie;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que la requérante invoque un premier moyen "pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 45 et suivants et 85 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, du défaut de motivation, de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs"; que, selon elle, elle ne pouvait se voir exclue du bénéfice de l'attribution du marché, dès lors qu'elle disposait d'un certificat d'aptitude délivré par la partie adverse pour la fabrication de chenilles; que, dans une première branche, elle soutient que les références produites et relatives tant à la livraison de chenilles neuves, de type 640A ou autre, qu'à leur rénovation, démontreraient son aptitude technique tant qualitative que quantitative; que, dans une deuxième branche, elle soutient "qu'il est déraisonnable, pour le cahier des charges, d'exiger le dépôt d'un certificat attestant que le fabricant répond en tous points à la norme TL2530-0069 ou à une norme équivalente lorsqu'il n'existe pas pour le maillon 640A de norme équivalente", soulignant pour le surplus qu'elle a fourni à l'armée belge en 1997-1998 et à l'armée canadienne en 2001 des chenilles neuves qui ont fait l'objet de certificats de conformité délivrés par les autorités belges et établis conformément à la norme TL2530-0069; que, dans une troisième branche, elle affirme "qu'il est déraisonnable pour le cahier des charges de prévoir que le soumissionnaire doit produire l'original d'un certificat attestant que le matériel proposé a réussi avec succès l'ensemble des épreuves d'endurance pour les véhicules blindés à chenilles selon un cycle d'essais correspondant à celui mentionné dans la directive SEV11-10", cette directive d'octobre 1993 concernant les véhicules nouvellement conçus et ne pouvant raisonnablement s'appliquer à un char conçu il y a plus de 35 ans; qu'elle ajoute qu'elle a obtenu des autorités belges un certificat de qualification justifiant de l'endurance et que ce test concerne avant tout les éléments caoutchoutés, la résistance des pièces métalliques pouvant s'apprécier au regard de la composition de celles-ci; que, dans une quatrième branche, elle estime qu'un doute sur son droit à produire des plans établis par un tiers et sur lesquels ce tiers détiendrait des droits d'auteur, ne pouvait justifier la non-sélection de son offre, d'autant que ces plans furent ceux sur la base desquels la partie adverse a effectué un contrôle de conformité des livraisons de chenilles faites antérieurement par la requérante; que, dans une cinquième branche, elle affirme qu'il n'existe pas de discordance entre le modèle de maillon et la description qu'elle en a produite, et que, à tout le moins, il est impossible au regard de la motivation de l'acte attaqué de connaître les discordances qui existeraient; que, dans une sixième branche, elle indique que le "flow-chart" joint à son offre ne porte pas uniquement sur la préparation, avant assemblage, des éléments constitutifs du maillon et sur l'assemblage final de celui-ci, puisqu'il concerne également le caoutchouc; qu'elle affirme avoir bien joint à son offre un flow-chart élaboré conformément aux spécifications de la norme ISO 10005 applicable aux processus de fabrication et d'assemblage de tous les maillons

proposés;

Considérant que la requérante invoque un deuxième moyen "pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture, de services, du défaut de motivation, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 89 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, de la violation des règles et principes du droit et notamment du principe d'administration raisonnable et de l'excès de pouvoir"; que, dans une première branche, elle répète que "le modèle de maillon de chenille correspond bien aux fournitures décrites dans l'offre et qu'en tout état de cause l'acte attaqué n'indique pas la divergence qui existerait entre le modèle et les plans"; que, dans une seconde branche, elle réitère que les plans qu'elle a déposés sont ceux sur la base desquels le service technique de l'armée belge a exigé que soient réceptionnées les précédentes fournitures de chenilles 640A faites par la requérante; qu'elle affirme n'avoir pas justifié l'utilisation qu'elle faisait de ces plans par l'affirmation que les droits d'auteur seraient échus, mais par la circonstance que la société DIEHL ne se serait pas opposée à cette utilisation; qu'elle reconnaît avoir invoqué, s'agissant de la chenille, la circonstance que ce modèle se trouvait dans le domaine public, et fait valoir que nul ne dispose de droits exclusifs sur la chenille ou le dessin de celle-ci;

Considérant, sur l'ensemble de ces premier et deuxième moyens, qu'il est constant que la soumission introduite par la requérante n'a pas été sélectionnée, les services de la partie adverse estimant qu'elle ne satisfaisait pas aux conditions de caractère technique, outre qu'elle présentait des irrégularités administratives apparues à l'occasion de l'examen des conditions de sélection;

Considérant que ces deux moyens, qui critiquent les raisons motivant cette non-sélection, sont recevables;

Considérant que le cahier spécial des charges SAMA N° 111412 régissant le marché litigieux prévoit en son paragraphe 6 "critères de sélection" que, "en application de l'article 42 de l'AR1 (A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics), le pouvoir adjudicateur procédera à la sélection qualitative des soumissionnaires sur base des documents et des renseignements nécessaires suivants: (...)" ; que le point e. de ce paragraphe 6 énonce que "les soumissionnaires sont tenus de fournir dans leur offre les

documents énumérés ci-dessus sous peine de ne pas être sélectionnés";

Considérant qu'il se déduit de ces énonciations que tous et chacun des documents requis par le § 6, d. du cahier spécial des charges pour prouver la capacité technique du soumissionnaire étaient nécessaires, et que le défaut d'un seul suffisait à justifier une décision de non-sélection; qu'ainsi, l'absence de sérieux d'une seule des branches des premier ou deuxième moyens suffirait à justifier cette décision de non-sélection;

Considérant, sur le premier moyen, troisième branche, que le cahier spécial des charges, en son § 6, d.,(4), (b), prévoyait que, «en application de l'article 45 de L'A.R. (du 8 janvier 1996), la capacité technique du soumissionnaire sera justifiée (...) par des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité, reconnus compétents et attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à certaines spécifications ou norme.

En l'occurrence, les soumissionnaires joindront à leur offre : l'original d'un certificat établi par une autorité compétente d'un pays OTAN et attestant que le matériel proposé a réussi avec succès l'ensemble des épreuves d'endurance prévues pour les véhicules blindés à chenilles selon un cycle d'essais correspondant à celui mentionné dans la directive "NATO Publikation Erprobungsverfahren für Fahrzeuge - SEV 11-10 (Octobre 1993) - page A-3", diffusée en application du Par 2.b de l'Accord de Standardisation OTAN STANAG 4357 LAND (Edition 1) - "Publications Interalliées sur les essais de véhicules - Allied Vehicle Testing Publication (AVTP) (06 août 1991)", ou une directive équivalente.

Par directive équivalente, le Pouvoir Adjudicateur entend tout document applicable aux maillons type 640A du char LEOPARD et imposant des exigences d'un niveau de sévérité au moins égal à celui imposé par la directive sus-mentionnée.

Dans ce cas, le soumissionnaire est tenu, dans son offre, de mentionner cette directive alternative de façon explicite et de démontrer son équivalence, sous la forme d'un tableau comparatif des exigences respectives de ce document et de la directive en question.»;

Considérant certes que, comme le relève le moyen en cette branche, admettre la validité d'essais d'endurance menés selon "des directives équivalentes" à la directive OTAN par ailleurs visée revient à cultiver l'illusion; qu'en effet, en raison et à la suite de la politique de standardisation menée par l'OTAN, de telles "directives équivalentes" n'existent très certainement pas, et des installations semblables à celles de l'armée allemande à Trèves, susceptibles de vérifier la conformité à cette directive

OTAN, pas davantage;

Considérant qu'il n'en demeure pas moins raisonnable pour la partie adverse, compte tenu des divers incidents et accidents survenus à la suite de ruptures de chenilles, de vouloir prendre certaines assurances quant à la qualité des chenilles qu'elle entend acquérir pour remplacer celles, vieillissantes, en service; que, requérir dans cette perspective la réussite de tests d'endurance n'est pas plus déraisonnable, et que le prévoir selon une directive de standardisation OTAN ne l'est pas davantage; que la circonstance que cette directive date d'octobre 1993 alors qu'elle est appelée à s'appliquer à un char conçu plus de 35 ans auparavant est inopérante; que cette circonstance traduit seulement la difficulté d'aboutir à des normes standardisées de contrôle de qualité, mais n'empêche pas que, préalablement et indépendamment de ces normes de contrôle standardisées, la qualité du matériel puisse être requise et existe en fait, la directive SEV11-10 ne prévoyant que le contrôle standardisé de cette qualité;

Considérant, pour le surplus, que, comme le relève la décision attaquée, les seuls essais dont peut se prévaloir la requérante sont ceux dont rend compte le rapport "Activité STFT 815002 - Qualification de mélanges pour axes, patins et galets en caoutchouc pour chenilles de char - Essais Route" du 5 octobre 1983; qu'il n'est même pas allégué que ces essais équivaldraient à ceux requis par le cahier spécial des charges, dès lors qu'effectivement ils n'ont concerné que les éléments en caoutchouc du maillon; que si la résistance de pièces métalliques peut s'apprécier au regard de la composition de celles-ci, une telle appréciation demeure théorique, tandis que des essais réels rendent compte concrètement de leur résistance effective; qu'il suffit de constater le nombre et la variété des paramètres des essais (distance parcourue, vitesse, conditions climatiques, nature du sol, poids en charge, conditions d'entretien en cours d'essais, etc...), pour comprendre qu'une épreuve d'endurance réelle constitue un contrôle de nature différente de celle d'une appréciation théorique, et que la partie adverse était raisonnablement en droit de l'exiger dans le cahier spécial des charges;

Considérant que l'offre de la requérante n'a pas satisfait à cette condition de sélection; qu'en cette troisième branche, le premier moyen n'est pas sérieux;

Considérant qu'il s'avère ainsi que c'est à tout le moins pour ce juste motif que l'offre de la requérante n'a pas été sélectionnée; que, partant, la requérante n'a pas intérêt à invoquer le surplus de ses premier et deuxième moyens;

Considérant que la requérante invoque un troisième moyen "pris de la

violation de l'article 96 (lire 296) du Traité instituant la Communauté européenne, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 3, § 3 et 4 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, du défaut de motivation et de l'excès de pouvoir, en ce que l'acte attaqué se donne pour motif de droit l'article 296 du Traité CE paraissant, par là, indiquer que l'acte attaqué, en limitant l'accès au marché, contient des mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de la sécurité, alors qu'à supposer qu'en l'absence d'arrêté royal d'exécution la partie adverse ait été dispensée du respect de la loi du 24 décembre 1993, encore devait-elle énoncer les éléments de fait lui permettant de considérer qu'au marché pouvait s'appliquer l'article 296 du Traité CE";

Considérant, certes, que l'acte attaqué vise en son préambule "l'article 296 du traité CE"; que toutefois, la requérante reste en défaut de préciser en quoi ce seul visa a pu lui faire grief; qu'elle n'allègue aucune mesure qu'aurait prise la partie adverse et qui, en l'espèce, aurait altéré de quelque manière les conditions de la concurrence; que, dès lors qu'elle a pu se porter candidate à l'adjudication du marché, et que sa soumission a été normalement examinée, même si elle a fini par n'être pas sélectionnée, la requérante n'établit pas son intérêt au moyen; que celui-ci ne peut être tenu pour recevable;

Considérant que la requérante invoque un quatrième moyen "pris du détournement de pouvoir"; que, selon elle, "le seul but poursuivi par la partie adverse (fut), pour des motifs inconnus, d'attribuer le marché à (la société DIEHL) et d'écarter la requérante", notamment parce que celle-ci était une "société flamande"; qu'elle en discerne la preuve dans les rétroactes ayant précédé la présente procédure d'adjudication publique: tentative de contracter directement avec la société DIEHL au terme d'une procédure négociée, et tentatives d'acheter auprès de cette société via la COOPLOG, puis via la NAMSA; qu'elle en voit encore des éléments de preuve dans diverses stipulations des cahiers spéciaux des charges successifs qu'elle estime abusives et qui, selon elle, ne permettaient d'offre régulière que de la part de la société DIEHL;

Considérant, certes, qu'il existe des éléments troublants; que toutefois, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence et à défaut de tout autre renseignement complémentaire, il n'est pas permis de considérer comme établi que le seul but de la partie adverse aurait été d'avantager la société DIEHL au détriment de la requérante; qu'en effet, le souci dont elle fait état, d'assurer la sécurité de l'utilisation de ses chars peut expliquer les exigences incluses dans le cahier spécial des

charges; que, jusqu'ores, le quatrième moyen n'est pas sérieux;

Considérant, de surcroît et en toutes hypothèses, à propos des troisième et quatrième moyens, que, son offre n'ayant pas, à raison, été sélectionnée, la requérante n'est plus recevable à critiquer plus avant la décision attaquée,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

L'intervention de la société DIEHL dans la présente procédure de référé est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à charge de la partie requérante à concurrence de 175 euros et à charge de la partie intervenante à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des référés, le huit juillet deux mille deux par :

MM. HANSE,
HARMEL,

Conseiller d'Etat, président f.f.,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

P. HARMEL.

Ph. HANSE.