

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 219.984 du 26 juin 2012

G./A.205.179/VI-19.607

En cause : **la société anonyme VECTRA,**

ayant élu domicile chez
Mes Jens DEBIEVRE et
Sofie VERLINDEN, avocats,
avenue du Port, n° 86C b113,
1000 Bruxelles,

contre :

**la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures, en abrégé SOFICO,**

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

**1. LE CENTRE DE RECHERCHES ROUTIERES,
2. LA SOCIETE DE DROIT FRANÇAIS GINGER
CEBTP SAS,**

ayant formé une société momentanée CRR-GINGER CEBTP,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 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 11 juin 2012, la société anonyme VECTRA sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision du conseil d'administration de la Partie défenderesse du 25 mai 2012, dans laquelle il est, d'une part, décidé d'écarter l'offre de la Partie requérante en raison de son irrégularité et, par conséquent, de ne pas retenir l'offre de la Partie requérante comme étant l'offre régulière la plus intéressante pour le marché public de services

portant sur la réalisation d'une étude de portance sur les routes du réseau structurant la Wallonie et, d'autre part, de retenir l'offre de la société momentanée S.M. CRR-GINGER CEBTP, constituée par le Centre de Recherche Routière et la société GINGER CEBTP S.A.S., comme étant l'offre régulière la plus intéressante et, par conséquent, d'attribuer le marché public susmentionné à S.M. CRR-GINGER CEBTP".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par une requête introduite le 20 juin 2012, LE CENTRE DE RECHERCHES ROUTIERES et LA SOCIETE DE DROIT FRANÇAIS GINGER CEBTP SAS, ayant formé une société momentanée CRR-GINGER CEBTP, demandent à être reçue en qualité des parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 12 juin 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 19 juin 2012 à 10 heures.

Des lettres du 15 juin 2012 remettent l'affaire visée en marge à l'audience publique du 22 juin 2012 à 14 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Jens DEBIEVRE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Olivier DI GIACOMO, loco Me France MAUSSION, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Isabelle VAN KRUCHTEN et Patrick THIEL, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, 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

III. 1. La partie adverse publie, le 6 septembre 2011, dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché public de services concernant la réalisation d'études de portance sur des tronçons à réhabiliter du réseau routier structurant de la wallonie. Le 8 septembre 2011, cet avis est également publié dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

III. 2. L'ouverture des offres a lieu le 3 novembre 2011. Trois soumissions sont déposées.

III. 3. Le 7 février 2012, la partie adverse adresse à la requérante le courrier suivant :

" Vous décrivez, en page 41 de votre offre (titre «hypothèses de travail et planification des travaux»), votre capacité à «réaliser l'auscultation des 750 km (de voirie) dans un délai de l'ordre de 16 jours» (voir planning en annexe 7).

D'autre part, au premier alinéa de la page 41 de votre offre, vous traduisez les termes de l'article 69 du cahier spécial des charges en écrivant «que l'ensemble des 750 km prévus pour une année sera forcément découpé en plusieurs tranches».

Pouvez-vous nous confirmer que les termes de votre offre, notamment son montant et son délai, sont établis dans le strict respect des clauses du marché et, en particulier, de l'article 69 du cahier spécial des charges, lequel prévoit que les prestations sont réalisées suivant un planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur et révisé trimestriellement ?".

III. 4. Le 15 février 2012, la requérante répond à la partie adverse que :

" Suite à votre lettre du 07 février, nous vous confirmons que notre offre est établie dans le strict respect des clauses du marché sus-référencé [...].".

III. 5. Le 25 mai 2012, la partie adverse décide d'écarter l'offre de la requérante en raison de son irrégularité et d'attribuer le marché public litigieux à la société momentanée S.M. CRR-GINGER CEBTP, constituée par le Centre de Recherche Routière et la société GINGER CEBTP S.A.S.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 20 juin 2012, LE CENTRE DE RECHERCHES ROUTIERES et LA SOCIETE DE DROIT FRANÇAIS GINGER CEBTP SAS, ayant formé une société momentanée CRR-GINGER CEBTP, demandent à intervenir dans la procédure en référé. Ayant constitué la société

bénéficiaire de la décision d'attribution du marché public litigieux, ils disposent de l'intérêt requis pour intervenir dans la présente procédure. La requête en intervention est accueillie.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen pris de "la violation du principe de précaution ainsi que de l'article 83bis 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 (l'AR du 8 janvier 1996), de l'article 1, § 1 de la Loi de 1993, du principe d'égalité, des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe de non-discrimination".

Elle expose que :

" [...]
Première branche
6.5. L'article 69 du Cahier spécial des charges contient les dispositions concernant les modalités d'exécution des prestations du Marché public. Dans le premier paragraphe, il est spécifié :

«Les prestations sont réalisées suivant un planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur et révisé trimestriellement.»

Il est donc clair que le pouvoir adjudicateur établira un planning annuel pour la réalisation des prestations, comprenant une liste détaillée des tronçons devant faire l'objet d'étude de portance ainsi que les périodes auxquelles elle devra disposer des résultats des études pour les différents tronçons. En outre, le Cahier spécial des charges prévoit que chaque trimestre, le planning sera révisé par le pouvoir adjudicateur.

6.6. Dans son offre, la Partie requérante déclare qu'elle va organiser les mesures d'auscultation des différents tronçons «en une seule mission» ou «en une seule campagne de mesures».

6.7. La Partie défenderesse est d'opinion que la déclaration précitée de la Partie requérante est incompatible avec la possibilité de révision trimestrielle du planning que s'est réservée le pouvoir adjudicateur. Il est conclu que :

- le soumissionnaire ne respecte pas le mode opératoire prévu;
- le prix de son offre, basé sur un mode opératoire non conforme, ne peut être comparé au prix des autres offres.

6.8. Ces conclusions sont fausses et ce pour plusieurs raisons.

6.9. Premièrement, il doit être souligné que les spécifications techniques du Cahier spécial des charges ne s'opposent pas du tout à ce que les prises de mesures d'auscultation soient organisées en une seule mission, au contraire. Il est

seulement prévu qu'un planning annuel est établi et que ce planning peut être révisé chaque trimestre. Rien n'empêche que le planning, tel qu'établi par le pouvoir adjudicateur, prévoit que les prestations doivent être réalisées en une seule mission ou que le pouvoir adjudicateur n'utilise pas la possibilité prévue de réviser le planning.

Par conséquent, l'offre de la Partie requérante ne peut pas être jugée comme étant irrégulière pour ne pas avoir respecté le mode opératoire prévu étant donné que le mode opératoire prévu n'a pas encore été déterminé en détail dans le Cahier spécial des charges.

6.10. Ensuite, il peut être constaté que le type de mesures demandées d'une part, le contexte de Master Plan dans lequel ces mesures s'inscrivent d'autre part et enfin l'expérience de la Partie requérante, font que la probabilité d'une modification subite des lieux de mesures est plus que faible. C'est aussi pour cette raison que, la Partie requérante l'ait jugé utile et opportun de proposer dans son offre une méthode qui prévoit l'exécution des prestations en une seule mission. Cependant, la Partie requérante, si elle déclare qu'elle va organiser les mesures d'auscultation des différents tronçons «en une seule mission» ou «en une seule campagne de mesures», ne veut pas dire qu'elle ne prendra sous sa responsabilité l'auscultation de tronçons non commandés mais qui pourrait apparaître «probables» après une réunion de travail avec la Partie défenderesse, au contraire.

6.11. En outre, vu le troisième critère d'attribution, «la rapidité d'exécution», la Partie requérante estimait que la Partie défenderesse préférerait voir les prestations réalisées le plus vite possible. La Partie requérante était convaincue qu'en mentionnant dans son offre qu'elle pouvait organiser les mesures d'auscultation des différents tronçons «en une seule mission» ou «en une seule campagne de mesures», elle optimisait les exigences de la Partie défenderesse, notamment par rapport au critère de «rapidité d'exécution».

6.12. En plus, sur demande explicite de la Partie défenderesse, la Partie requérante a confirmé explicitement qu'elle se conformait aux exigences du Cahier spécial des charges si le pouvoir adjudicateur présumait que sa méthode n'était pas conforme aux exigences de celui-ci.

6.13. En effet, par lettre recommandée du 7 février 2012 la Partie défenderesse a demandé une précision quant à la teneur de l'offre de la Partie requérante (Pièce 7). La question était rédigée de la manière suivante :

«Vous décrivez, en page 41 de votre offre (titre "hypothèses de travail et planification des travaux"), votre capacité à réaliser l'auscultation des 750 km (de voirie) dans un délai de l'ordre de 16 jours (voir planning en annexe 7).

D'autre part, au premier alinéa de la page 41 de votre offre, vous traduisez les termes de l'article 69 du cahier spécial des charges en écrivant "que l'ensemble des 750 km prévus pour une année sera forcément découpé en plusieurs tranches".

Pouvez-vous nous confirmer que les termes de votre offre, notamment son montant et son délai, sont établis dans le strict respect des clauses du marché et, en particulier, de l'article 69 du cahier spécial des charges, lequel prévoit que les prestations sont réalisées suivant un planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur et révisé trimestriellement ?»

6.14. Par sa lettre du 15 février 2012, la Partie requérante a clairement répondu que son offre était conforme au Cahier spécial des charges, ce qui témoignait, par conséquent, de sa volonté de vouloir suivre le planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur, avec la révision trimestrielle éventuelle.

6.15. De ce qui précède, il est clair que la Partie requérante a bien respecté le mode opératoire prévu et que, par conséquent, le prix de son offre pouvait dans tous les cas être comparé aux prix des autres offres.

Il découle que la Partie défenderesse a, à peine, respecté son obligation d'apprécier les offres d'une manière diligente étant donné que l'offre de la Partie requérante était, dans tous les cas, conforme aux exigences telles que spécifiées dans le Cahier spécial des charges. Par conséquent, l'offre ne pouvait pas être écartée comme étant irrégulière sur base de la non-conformité présumée de celle-ci avec le mode opératoire prévu dans le Cahier spécial des charges.

6.16. L'acte attaqué est en contradiction avec le principe de précaution.

Deuxième branche

6.17. Dans le Cahier spécial des charges, la Partie adverse a stipulé que l'auscultation des tronçons est à réaliser suivant un planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur et révisé trimestriellement (art. 69 du Cahier spécial des charges). Conformément à l'acte attaqué, le critère qui stipule que les soumissionnaires doivent suivre un planning qui peut être révisé chaque trimestre implique, selon la Partie défenderesse, que les mesures d'auscultation des différents tronçons ne puissent pas être réalisées «en une seule mission» ou «en une seule campagne de mesures».

6.18. [...]

6.19. In casu, la Partie défenderesse impose un critère qui de facto oblige les soumissionnaires à réaliser les travaux suivant un planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur, qui est révisé trimestriellement, de telle sorte que le pouvoir adjudicateur peut, à sa première demande et arbitrairement, obliger les soumissionnaires à réaliser les prestations en quatre tranches voire davantage, plutôt qu'en une seule mission. Il est clair qu'un tel critère a pour effet de créer un obstacle injustifié à l'ouverture des marchés publics à la concurrence (autre que local) et doit dès lors être considéré comme discriminatoire, car il empêche les entreprises étrangères de déposer une offre concurrentielle.

En effet, si les prestations sont partagées en quatre parties ou davantage, les coûts des prestations à supporter par l'entreprise étrangère seront sans doute beaucoup plus élevés que les coûts à soutenir par une entreprise domestique (belge). Les entreprises étrangères qui n'ont pas de succursales sur le territoire belge doivent transférer les matériels 4 fois et mobiliser leur personnel 4 fois ou davantage, ce qui peut aboutir à une large augmentation du prix.

6.20. Dans l'affaire Contse, la Cour de Justice de l'Union européenne (la Cour de Justice) a fait une application du principe de non-discrimination.

[...]

6.21. En premier lieu, il faut vérifier si un critère s'applique de manière non discriminatoire. A cet égard, la Cour de Justice a déjà jugé que le principe d'égalité prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat.

6.22. Bien que la condition d'admission soit indistinctement applicable à toute entreprise ayant l'intention de répondre à l'appel d'offres en question, il incombe selon la Cour de Justice au juge national de vérifier si cette condition peut être remplie en pratique plus facilement par les soumissionnaires belges que par ceux établis dans un autre Etat membre. Dans une telle hypothèse, ce critère viole le principe d'application non discriminatoire.

6.23. Comme expliqué plus haut, il est clair que le critère en question est indistinctement applicable, mais est plus facile à remplir par les soumissionnaires belges que par ceux établis dans un autre Etat membre, comme la France. La modalité d'une exécution des prestations en quatre tranches ou davantage, a pour conséquence que les entreprises nationales sont mieux placées que les entreprises étrangères pour déposer une offre concurrentielle.

6.24. Les autres critères de la Cour de Justice, notamment que la mesure nationale doit se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, que la mesure nationale doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi, ne doivent plus être examinés étant donné la constatation du caractère discriminatoire du critère.

6.25. Il découle de ce qui précède que le critère qui oblige les soumissionnaires à suivre le planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur et révisé trimestriellement est discriminatoire et, par conséquent, viole l'article 83bis de l'AR du 8 janvier 1996, l'article 1, § 1 de la Loi de 1993, le principe d'égalité, les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que le principe de non-discrimination.

6.26. Sur la base de ce qui précède, on peut conclure que le premier moyen est sérieux et fondé en ses deux branches. Par conséquent, il doit être constaté que le premier motif pour juger l'offre de la Partie requérante comme étant irrégulière, est illégitime.

6.27. A titre subsidiaire, si Votre Conseil n'est pas convaincu que le critère qui oblige les soumissionnaires à réaliser les prestations suivant un planning qui est révisé trimestriellement, de manière arbitraire, peut être considéré comme étant discriminatoire, il semble opportun de poser la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice de l'Union Européenne :

«Le critère qui oblige les soumissionnaires à réaliser les travaux suivant un planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur, qui est révisé trimestriellement, ce qui implique que, bien que les prestations soient réalisables en une seule mission, le pouvoir adjudicateur puisse, à première demande et arbitrairement, obliger les soumissionnaires à réaliser les prestations en quatre tranches, viole-t-il l'article 23 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, dans la mesure où ce critère crée une discrimination non justifiée entre, d'une part, les soumissionnaires étrangers qui soumissionnent pour un marché public lancé par une autorité administrative belge et, d'autre part, les soumissionnaires domestiques (belges) qui soumissionnent pour le même marché public lancé par une autorité administrative belge ?»".

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

" [...]

a) Irrecevabilité du premier moyen

11. L'offre de la requérante a été écartée en raison des deux irrégularités substantielles qui l'affectent : la première consiste en une dérogation aux modalités d'exécution du marché définies par l'article 69 du C.S.C., la seconde porte sur le

mode de détermination des prix en ce qui concerne les postes n° 8 et 9 de l'inventaire.

Ces deux irrégularités substantielles, chacune de ces irrégularités suffisant à elle-seule à entraîner la nullité absolue de l'offre de la S.A. VECTRA, sont contestées par la partie requérante et font respectivement l'objet des griefs exposés au premier et au deuxième moyens de la requête.

Si Votre Conseil devait considérer non sérieux le deuxième moyen, il va de soi que la requérante perdrait tout intérêt à son premier moyen.

En d'autres termes, la recevabilité de l'un de chacun des deux premiers moyens est liée au caractère sérieux de l'autre et réciproquement.

b) Subsidiairement, manque de sérieux du premier moyen

Quant à la première branche

12. Les griefs développés par la requérante dans sa première branche reposent sur la seule violation du principe de précaution.

[...]

Ce principe est tout à fait étranger aux griefs soulevés par la requérante.

Même dans l'hypothèse où le principe de précaution visé par la requérante devrait s'interpréter en un devoir de minutie dans le chef de la partie adverse lui imposant, avant de prendre sa décision, de recueillir toutes les données utiles de l'espèce et de les examiner soigneusement afin de pouvoir prendre une décision en pleine connaissance cause (P. GOFFAUX, Dictionnaire élémentaire de droit administratif, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 162), force serait en tout état de cause de constater que «l'obligation de procéder à un examen sérieux du dossier n'est pas une règle de droit autonome; que sa méconnaissance est seulement de nature à conduire l'autorité à commettre des illégalités» (C.E., 8 février 2011, n° 211.127, s.c.a. Shurgard Self Storage; voy. également C.E., 15 janvier 2010, n° 199.529, a.s.b.l. Fedis et consorts). La seule invocation de cette disposition ne peut donc justifier l'annulation de l'acte attaqué.

En outre, même si la SOFICO avait, en l'espèce, déclaré à tort l'offre de la requérante irrégulière, cela n'entraînerait pas ipso facto une violation du devoir de minutie dans le chef de la partie adverse.

La partie requérante reste d'ailleurs en défaut de démontrer en quoi la SOFICO aurait manqué à son devoir de minutie alors qu'il ressort clairement du dossier administratif et des motifs de la décision attaquée qu'elle a procédé à un examen minutieux des diverses pièces en sa possession.

Sans qu'aucune obligation ne repose sur elle à cet égard, la SOFICO a même pris le soin d'écrire à la requérante en vue de lui demander de préciser la teneur de son offre quant à la méthodologie proposée au regard des modalités d'exécution du contrat visées à l'article 69 du C.S.C.

Pour ces raisons, le premier moyen n'est pas recevable en sa première branche ou, à tout le moins, pas sérieux.

13. Au surplus, l'on ne saurait suivre la partie requérante lorsqu'elle soutient que son offre ne pouvait être déclarée irrégulière.

Les dispositions du C.S.C. en matière de délais d'exécution poursuivent deux objectifs.

a) Assurer la flexibilité du planning d'exécution des études de portance

[...]

Cette souplesse dans l'exécution du marché a été voulue par la SOFICO afin de pouvoir tenir compte des possibilités d'évolution du Master Plan.

La partie adverse a pour objectif de mettre en œuvre un programme exceptionnel de réhabilitation du réseau structurant de Wallonie. Il est prévu que ces chantiers s'étendent sur cinq ans (2010-2015). Afin de mener à bien sa tâche de réhabilitation, la SOFICO a procédé, dans son Master Plan, à une hiérarchisation «multicritères» des +/- 500 chantiers à réaliser, ce qui lui a permis de déterminer un classement par ordre de priorité.

Ce Master Plan, comme l'indique expressément le C.S.C., est toutefois évolutif et susceptible d'actualisation. [...]

Il est donc important que les études de portance de la chaussée à réaliser – dont le but est de permettre au gestionnaire du réseau structurant d'établir les éléments techniques des cahiers spéciaux des charges relatifs aux travaux de réhabilitation des routes et autoroutes repris dans le Master Plan – puissent subir les mêmes actualisations que le Master Plan.

b) Garantir la pertinence des résultats des mesures d'auscultation de la chaussée.

Le C.S.C. prévoit que le pouvoir adjudicateur procédera à une planification des interventions à réaliser au cours de la période d'un an sur laquelle porte le marché sur la base du Master Plan, planification qui sera communiquée à l'adjudicataire par le fonctionnaire dirigeant (cf. art. 1^{er} et 69, de la 4^e partie du C.S.C.).

Dans la mesure où les études de portance serviront de base à la rédaction des cahiers spéciaux de charges des marchés de travaux de réhabilitation des tronçons sur lesquelles elles portent, il va de soi que ces études doivent précéder de peu l'attribution et l'exécution de ces marchés de travaux.

C'est la raison pour laquelle le C.S.C. fixe comme critère d'attribution, non pas le délai d'exécution dans lequel tous les chantiers (750 km) visés par le présent marché seront réalisés, mais les critères suivants :

a. le nombre maximum de kilomètres de voies de circulation susceptibles d'être auscultés, au sens du point 1.1, A, des clauses techniques, lors d'une journée de mesures de 24 heures;

b. le délai maximum de fourniture des résultats de l'auscultation au pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire la fourniture du rapport spécifique reprenant le détail des mesures visé au point 1.1, B, des clauses techniques, à partir de la fin de l'auscultation du tronçon.

L'important n'est donc pas la réalisation complète de tous les tronçons dans un laps de temps très court, mais la réalisation rapide de chaque tronçon séparément, ausculté dans le respect de la planification établie par le pouvoir adjudicateur – révisable trimestriellement – et la fourniture rapide des résultats de ces mesures d'auscultation.

14. Force est de constater que la méthodologie sur laquelle repose l'offre de la requérante est totalement incompatible avec les objectifs poursuivis par le C.S.C.

Dans son offre (p. 41), la requérante indique que «pour pouvoir proposer notre meilleure offre permettant de concilier prix performants, efficience des prestations

et rapidité des délais de remise des résultats, nous avons établi notre offre sur la base du mode opératoire suivant :

[...]

2. VECTRA réalisera donc les mesures d'auscultation sur le terrain à l'aide d'un curviamètre et d'un FWD en une seule campagne de mesure suivant le planning en annexe 7 (data acquisition) [...]

Comme l'indique la décision motivée d'attribution, cette méthodologie est incompatible avec une disposition essentielle du C.S.C., à savoir l'article 69. Cette irrégularité substantielle reposant sur un mode opératoire non conforme rend en outre impossible la comparaison des offres, notamment en ce qui concerne le prix remis, dès lors que le montant de la soumission de la partie requérante est calculé sur l'organisation d'une seule campagne d'auscultation de 16 jours.

La requérante avait du reste très bien compris que l'exécution du marché impliquait plusieurs campagnes d'auscultation s'étendant sur une année. En page 41 de son offre, elle a, en effet, écrit ce qui suit : «Parmi les critères d'attribution, le cahier des charges accorde une importance significative au délai d'exécution. Néanmoins, le cahier des charges prévoit que le planning de réalisation établi par le pouvoir adjudicataire peut s'étendre sur une année calendrier, ce qui semble contradictoire avec l'exigence d'un délai de fourniture rapide. Cela pourrait donc signifier que l'ensemble des 750 km prévus pour une année sera forcément découpé en plusieurs tranches. Nous en concluons que le critère "rapidité d'exécution" concerne le délai de réalisation de l'auscultation et du traitement des données propres à chaque tranche confirmée par le pouvoir adjudicataire».

La requérante reconnaît elle-même que l'ensemble des 750 km prévus pour une année «sera forcément» découpé en plusieurs tranches. Elle relève également que le critère «rapidité d'exécution» concerne le délai de réalisation de l'auscultation et du traitement des données propres à «chaque tranche» et non le délai de l'auscultation de l'ensemble des tronçons. L'affirmation de la requérante reprise au point 6.11 de sa requête selon laquelle «elle était convaincue qu'en mentionnant dans son offre qu'elle pouvait organiser les mesures d'auscultation des différents tronçons "en une seule mission" ou "en une seule campagne de mesures", elle optimisait les exigences de la Partie défenderesse, notamment par rapport au critère de "rapidité d'exécution"» est dès lors mensongère.

En page 17 de son offre, elle a indiqué également que le présent marché implique un «étalement dans le temps et découpage en plus petits tronçons». La requérante a donc délibérément proposé une méthodologie et un prix en contradiction avec les modalités d'exécution en matière de délais prévues dans le C.S.C.

Enfin, il ne revenait pas à la partie requérante de supposer que la «probabilité d'une modification subite des lieux de mesures est plus que faible». Le fait que le Master Plan ait déjà été actualisé plusieurs fois prouve d'ailleurs qu'une telle supposition est fausse.

En tout état de cause, la première branche du premier moyen est donc non fondée et, a fortiori, non sérieuse.

Quant à la deuxième branche

15. La deuxième branche du premier moyen est également manifestement non fondée.

Il y a tout d'abord lieu de constater que l'invocation de l'article 83bis 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, est sans pertinence en l'espèce.

En effet, l'article 83bis, § 2, de l'arrêté susvisé dispose que «les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Le pouvoir adjudicateur inclut les spécifications techniques dans les documents du marché. Chaque fois que possible, ces spécifications techniques sont établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour tenir compte des besoins de tous les utilisateurs, y compris les personnes handicapées».

Or, l'article 82bis, 1°, b) de ce même arrêté définit, pour les marchés de services, une spécification technique comme «une spécification figurant dans un document définissant les caractéristiques requises [...] d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale, la conception pour tous les usages, y compris l'accès aux personnes handicapées, et l'évaluation de la conformité, de la propriété d'emploi, de l'utilisation du produit, sa sécurité ou ses dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité;»

Les modalités d'exécution du marché en matière de délais (telles que définies à l'article 69 du C.S.C.) ne sauraient être définies comme des spécifications techniques au sens de cette disposition.

En ce qu'elle est prise de la violation de cette disposition, la deuxième branche du premier moyen est, par conséquent, non fondée.

16. Par ailleurs, force est de constater que les modalités d'exécution du marché en matière de délais ne violent nullement les principes d'égalité, de non-discrimination et de concurrence, ainsi que les autres dispositions invoquées au moyen qui se rattachent à ces principes.

Les modalités définies par la SOFICO reposent sur une justification objective et raisonnable, en lien avec l'objet du marché. L'imposition à l'adjudicataire d'une méthodologie qui implique la réalisation, en plusieurs campagnes, des mesures d'auscultation répond aux besoins du pouvoir adjudicateur et est justifiée par le souhait de voir les tronçons auscultés peu avant leur réhabilitation de manière à ce que les résultats de ces auscultations – qui serviront de base à l'établissement des cahiers spéciaux de charges des marchés de travaux de réhabilitation – soient les plus pertinents possibles.

Les modalités définies par la SOFICO en vue de réaliser cet objectif ne sont nullement déraisonnables. La requérante donne une portée manifestement, voire délibérément, excessive au principe d'égalité.

Au demeurant, rien n'interdisait à la S.A. VECTRA d'établir une succursale en Belgique ou de s'associer à un partenaire belge comme l'a d'ailleurs fait la société GINGER CEBTP en s'associant avec le C.R.R.

Les principes d'égalité et de non-discrimination, le principe de concurrence, l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi sur les marchés publics ainsi que les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont donc pas violés en l'espèce.

Il n'y a dès lors pas lieu de soumettre la question formulée par la requérante en page 18 de sa requête à la Cour de Justice de l'Union européenne.

Par ailleurs, l'engagement d'une procédure de renvoi préjudiciel est incompatible avec la notion de référé d'extrême urgence. Le Conseil d'Etat en a notamment décidé ainsi dans son arrêt n° 216.388 du 22 novembre 2011, Axell Wireless Limited Company.

[...]"

C. Requête en intervention

Les parties intervenantes font valoir que :

" [...]

(i) Première branche

12. Le cahier spécial des charges a, à maintes reprises, attiré l'attention des soumissionnaires sur la possibilité de révision du planning, en cours d'exécution du marché, par le pouvoir adjudicateur :

[...]

13. Dans son offre, la partie requérante écrit cependant ce qui suit :

«VECTRA réalisera donc les mesures d'auscultation sur le terrain à l'aide d'un curviamètre et d'un FWD en une seule campagne de mesures suivant le planning en annexe 7 (data acquisition).»

L'offre de la partie requérante méconnaît par conséquent les dispositions du cahier spécial des charges, et particulièrement son article 69, dès lors qu'elle prévoit d'exécuter le marché en une seule campagne de mesures, alors que l'article 69 prévoit un planning annuel révisable trimestriellement, et partant, différentes campagnes de mesures.

Dans sa requête, la partie requérante reconnaît expressément que son offre ne respecte pas l'article 69 précité, en écrivant que «Rien n'empêche que le planning tel qu'établi par le pouvoir adjudicateur prévoie que les prestations doivent être réalisées en une seule mission ou que le pouvoir adjudicateur n'utilise pas la possibilité prévue de réviser le planning.»

La requérante confirme, ce faisant, qu'elle a établi son offre en spéculant sur le planning d'exécution du pouvoir adjudicateur qui, d'après elle, soit ne procéderait pas à la révision de son planning annuel, soit prévoirait l'exécution de la mission en une seule campagne de mesures.

14. Or, à l'inverse de ce que soutient la requérante, il est hautement probable que le planning sera amené à évoluer en cours d'exécution et que la mission devra être réalisée en plusieurs campagnes, notamment en raison :

- du changement de priorités des tronçons à ausculter : il est en effet très vraisemblable que l'auscultation de base pour définir les priorités prévues au Master Plan ne corresponde pas aux réalités du chantier auxquelles sera confronté l'attributaire en cours d'exécution du marché. Le pouvoir adjudicateur devra alors changer les priorités, afin, par exemple, de solliciter des analyses complémentaires et différentes du réseau routier;

- des conditions météorologiques : l'analyse des routes n'est pas possible en cas de neige ou de fortes pluies; plusieurs des appareils de mesure doivent en effet rouler à vitesse constante (le FWD) pour que les données soient fiables, ce qui n'est guère garanti en cas de (forte) pluie. La pluie rend d'ailleurs certains autres appareils inutilisables (le curviamètre, qui fonctionne avec une chaîne qui touche le sol). Il en va de même de la température, qui selon les appareils ne peut pas être inférieure tantôt à 5° (le curviamètre), tantôt à 0° C (le FWD).

- du trafic ou des accidents sur la route.

Par conséquent, en prévoyant d'exécuter le marché en une seule campagne de mesures, la partie requérante méconnaît la possibilité de révision trimestrielle du planning que la partie adverse s'est, à juste titre, réservée dans le cahier spécial des charges afin de prendre en considération les aléas inhérents à la nature du marché.

15. En outre, ce faisant, la partie requérante a proposé un prix pour exécuter le marché selon un mode opératoire (en une seule mission) non conforme aux dispositions du cahier spécial des charges, en telle sorte que son prix ne peut pas être comparé au prix des autres offres qui, elles, ont tenu compte de la possibilité de révision trimestrielle du planning par la partie adverse.

16. Le fait que la partie requérante ait confirmé, dans son courrier du 15 février 2012, que son offre était conforme au cahier spécial des charges est, en l'espèce, sans pertinence et contradictoire avec le contenu même de son offre.

Dans son courrier du 15 février 2012, la partie requérante s'est en effet contentée de préciser que son offre respectait le cahier spécial des charges et de citer certaines dispositions du cahier spécial des charges, sans répondre à l'incohérence relevée par la partie adverse dans son offre.

Au demeurant, la partie requérante ne pouvait profiter de son courrier du 15 février 2012 pour modifier son offre. Or, en indiquant, dans son courrier du 15 février 2012, que son offre respectait l'article 69 du cahier spécial des charges, la partie requérante l'a modifiée. En effet, comme exposé ci-devant, l'offre de la partie requérante, telle que déposée à l'ouverture des offres, indiquait clairement que le marché serait exécuté en une seule campagne de mesures conformément au planning qu'elle a annexé, en méconnaissance de l'article 69 du cahier spécial des charges.

[...]

17. Enfin, la requérante se méprend lorsqu'elle justifie son choix de réaliser le marché en une seule phase au regard du troisième critère d'attribution.

Elle interprète en effet le troisième critère d'attribution «rapidité d'exécution» comme la volonté, pour la partie adverse, «de voir les prestations réalisées le plus vite possible».

La partie intervenante entend d'emblée attirer l'attention de votre Conseil sur le fait que cette interprétation du troisième critère d'attribution tend encore à démontrer, pour autant que de besoin, que la partie requérante a établi son offre en prévoyant une seule mesure de campagnes, en contradiction avec l'article 69 du cahier spécial des charges.

Une telle lecture du critère d'attribution est, par ailleurs, contredite par le cahier spécial des charges, lequel précise à ce sujet ce qui suit :

[...]

Il en résulte que le délai d'exécution de l'ensemble du marché n'entre pas en ligne de compte dans le critère d'attribution « rapidité d'exécution » : ce dernier n'est évalué qu'au regard des rendements des engins d'auscultation d'une part, et du délai de communication du rapport relatif aux résultats de l'auscultation d'autre part.

18. Il ressort de ce qui précède que la première branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

(ii) Seconde branche

19. La deuxième branche du premier moyen est essentiellement fondée sur l'argument selon lequel le critère d'exécution relatif au «planning annuel révisable trois fois» empêcherait une entreprise étrangère de déposer offre.

20. Cet argument est cependant contredit par la participation de la société de droit français GINGER-CEBTP, membre de la société momentanée partie intervenante, au marché. Ce critère d'exécution n'est donc, manifestement, pas discriminatoire à l'égard des sociétés étrangères.

21. En outre, ce critère est justifié par la nature du marché litigieux.

Comme le cahier spécial des charges l'a mis en évidence, le présent marché doit en effet tenir compte de plusieurs éléments extrinsèques, dont :

- le Master Plan et les résultats des travaux préalables;
- les conditions météorologiques;
- le trafic et les éventuels accidents.

Au demeurant, à l'inverse de ce que soutient la partie requérante, il n'est ni anormal et ni inhabituel que le pouvoir adjudicateur détermine de manière unilatérale le délai d'exécution des marchés qu'il conclut.

22. La partie intervenante n'aperçoit, par ailleurs, pas la critique de la partie requérante sur la base de l'article 83bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'elle invoque à l'appui de son moyen.

S'agissant de l'article 83bis, celui-ci a trait aux spécifications techniques. [...]

23. Or, en l'espèce, le critère dénoncé par la partie requérante ne concerne pas une spécification définissant les caractéristiques du service au sens des articles 82bis et 83bis précités.

Elles concernent une condition d'exécution du marché ayant trait au planning, non visé par ces dispositions légales.

Le moyen manque donc en droit.

24. Dans ces circonstances, il n'y a également pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, il est de jurisprudence constante qu'il n'y a pas lieu de poser des questions préjudicielles lorsque les prémisses de départ sont erronées. Le raisonnement de la partie requérante part d'un postulat erroné, dès lors qu'elle considère que les prestations sont réalisables en une seule mission et qu'elle fonde sa question sur l'article 23 de la directive 2004/18 (soit, en droit belge, l'article 83bis de l'arrêté du 8 janvier 1996).

25. Il en va de même quand bien même les prémisses seraient fondées, dès lors que la procédure de référé en matière de commande publique ne se prête pas à ce que de telles questions soient posées.

Aussi, la demande subsidiaire de la requérante doit être rejetée.

26. Il ressort de ce qui précède que tant la première branche que la seconde branche du premier moyen ne sont pas sérieuses."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Première branche

L'article 69 du cahier spécial des charges prévoit que "Les prestations sont réalisées suivant un planning annuel établi par le pouvoir adjudicateur et révisé trimestriellement."

Dès lors que cette disposition prévoit la révision trimestrielle du planning annuel, il en résulte que les prestations d'auscultation des tronçons ne peuvent être réalisées en une seule mission ou une seule campagne, comme la requérante l'a précisé dans son offre.

En effet, de nouvelles prestations sont susceptibles d'être réalisées, après chacune des révisions périodiques en fonction de celles-ci, de telle sorte que ce mode opératoire, prévu par la partie adverse, apparaît incompatible avec celui proposé par la requérante.

A supposer même que l'article 69 précité ne confère à la partie adverse qu'une faculté de révision périodique, le seul fait qu'elle puisse en faire usage, exclut la réalisation des prestations en une seule mission, telle que proposée par la requérante. Il en serait ainsi également si la probabilité que cette faculté fût exercée, était faible comme l'affirme la requérante.

Les termes de l'article 69 du cahier spécial des charges apparaissant clairs, l'interprétation que la requérante fit du troisième critère d'attribution, ne l'autorisait pas à présenter une offre méconnaissant les exigences formulées par cette disposition.

Enfin, la partie adverse a pu légalement considérer que l'offre de la requérante était irrégulière malgré que celle-ci ait affirmé, dans son courrier du 15 février 2012, qu'elle respectait les prescriptions de l'article 69 du cahier spécial des charges dès lors que tel n'était pas le cas pour les raisons qui viennent d'être exposées.

La première branche n'apparaît donc pas sérieuse.

B. Seconde branche

A supposer qu'en pratique, les opérateurs économiques nationaux puissent, comme le soutient la requérante sans le démontrer, satisfaire plus facilement

au mode de réalisation des prestations, prévu par l'article 69 du cahier spécial des charges, que ceux établis dans un autre état membre, il n'en résulterait pas nécessairement une discrimination indirecte.

Une telle différence de traitement entre les entreprises nationales et celles situées dans d'autres états membres, n'est pas constitutive d'une discrimination indirecte si elle se justifie par des circonstances objectives (C.J.U.E., 13 novembre 2007, Commission c/Irlande, C-507/03 (point 31), C.J.U.E., 29 novembre 2007, Commission c/Italie, C-119/06 (point 64) et C.J.U.E., 17 juillet 2008, A.S.M. Brescia, C-347/06 (point 60)).

Or, en l'espèce, la partie adverse expose que "L'imposition à l'adjudicataire d'une méthodologie qui implique la réalisation, en plusieurs campagnes, des mesures d'auscultation [...] est justifiée par le souhait de voir les tronçons auscultés peu avant leur réhabilitation de manière à ce que les résultats de ces auscultations – qui serviront de base à l'établissement des cahiers spéciaux de charges des marchés de travaux de réhabilitation – soient les plus pertinents possibles."

Une telle justification, dont la requérante n'établit pas le caractère inexact, apparaît *prima facie* objective et de nature à exclure le caractère discriminatoire du prescrit de l'article 69 du cahier spécial des charges dans l'hypothèse, non démontrée par la requérante, selon laquelle cette disposition impliquerait une différence de traitement entre les entreprises nationales et celles des autres états membres.

Enfin, il ne convient pas, à ce stade de la procédure, de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle formulée par la requérante. Une procédure de référé d'extrême urgence, telle qu'elle est organisée par la loi du 23 décembre 2009, n'apparaît pas compatible avec l'engagement d'une procédure de renvoi préjudiciel.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen pris de "la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation et de l'excès de pouvoir, ainsi que des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe de précaution et du principe de sécurité juridique".

Dans ce moyen, la requérante critique le fait que la partie adverse a également jugé son offre irrégulière pour un second motif, tenant à ce que la requérante n'aurait pas respecté le mode de détermination des prix.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il résulte de l'examen du premier moyen que la partie adverse a pu légalement décider que l'offre de la requérante était irrégulière en raison du fait qu'elle ne respectait pas le prescrit de l'article 69 du cahier spécial des charges.

La requérante ne dispose donc pas de l'intérêt requis pour soulever le deuxième moyen étant donné qu'à le supposer sérieux, la partie adverse pourrait cependant écarter son offre eu égard à sa méconnaissance des exigences prévues par l'article 69 du cahier spécial des charges.

Le deuxième moyen apparaît donc irrecevable.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un troisième moyen pris de "la violation de l'article 10 de la Loi de 1993 ainsi que du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires".

Elle soutient que :

" [...]

6.48. Suite à la décision d'attribution de la Partie défenderesse, le Marché public a été attribué à la société momentanée CRR-GINGER CEBTP. Cette société est constituée par le Centre de Recherche Routière et par la société GINGER CEBTP S.A.S.

6.49. Le Centre de Recherche Routière (CRR) est un institut de recherche privé d'utilité publique, fondé en 1952 par l'arrêté royal du 5 mai 1952 accueillant la requête introduite par la Fédération des Entrepreneurs de Voirie tendant à la reconnaissance du "Centre de Recherches routières" et à l'agrégation de ses statuts en application de l'arrêté-loi du 30 janvier 1947 fixant le statut de création et de fonctionnement de centres chargés de promouvoir et de coordonner le progrès technique des diverses branches de l'économie nationale par la recherche scientifique. Selon ces documents, le but du CRR est de promouvoir l'essor de la recherche dans l'industrie.

6.50. [...]

6.51. Toutes les activités du CRR peuvent également être retrouvées sur le site Web, notamment dans les rapports d'activité qui sont intégralement publiés.

Suite à une simple recherche dans le rapport d'activité de 2010 (Pièce 10), il peut être constaté que le CRR est impliqué de manière étroite dans la préparation des cahiers des charges-type. Dans le rapport d'activité de 2010, il est expliqué :

«En 2010, le CRR a contribué à achever les nouvelles versions des cahiers des charges types de la Région wallonne et de la Région de Bruxelles-Capitale. Pour le cahier des charges types wallon, il s'agissait entre autres de réviser en profondeur le catalogue des méthodes d'essai. Entre-temps, la nouvelle version du SB250 est entrée en vigueur. Pour les deux autres cahiers des charges, l'entrée en vigueur devrait avoir lieu dans le courant de l'année 2011.»

6.52. En outre, à la page 7 du Cahier spécial des charges, il est fait mention de la réglementation applicable au présent Marché public. Sous le point b, on mentionne la réglementation relative au bien-être des travailleurs et la réglementation spécifique au présent marché, sous lesquels figurent entre autres :

- l'OSDG1 n° 02.33 (01), qui constitue le document de référence RW99-a-4 l'OSDG1 n° 02.33 (01), qui constitue le document de référence RW99-A-4 (guide pratique de la signalisation des chantiers);
- chapitre L du cahier des charges-type RW99 : 2004 (et ses modifications ultérieures);
- prescriptions de la méthode d'essai CME 54.26 du catalogue des méthodes d'essai de la Région wallonne figurant au cahier des charges-type RW99 : 2004 (et ses modifications ultérieures).

Selon le «Catalogue des documents de référence du RW99 : 2004 - Version du 1^{er} juillet 2004» (Pièce 11), ces trois documents mentionnés ci-dessus figurent au cahier des charges-type RW99 : 2004.

6.53. Dans différents rapports d'activité, il est fait référence à la contribution du CRR au cahier des charges-type RW99, tel qu'applicable dans la Région Wallonne.

[...]

6.54. Ces constatations démontrent que l'article 10 de la Loi de 1993 ainsi que le principe de l'égalité des soumissionnaires sont violés.

6.55. L'article 10 de la Loi de 1993 prévoit :

«Sans préjudice de l'application d'autres interdictions résultant d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire, il est interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public dès qu'il a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires. (...)»

6.56. L'article 10 vise toute personne morale chargée d'un service public lorsqu'il a un intérêt dans l'une des entreprises soumissionnaires. Une interprétation stricte nous fait constater que, in casu, c'est bien l'inverse.

6.57. Pourtant, la Cour de Justice s'est déjà prononcée sur cette question dans son arrêt du 3 mars 2005 :

[...]

6.59. L'arrêt de la Cour est basé sur le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

La jurisprudence du Conseil d'État part du même principe (cf. l'arrêt Dupont et al. du 9 juillet 2009, nr. 195.203 : «lijkt de correcte toepassing van het gelijkheidsbeginsel en het verbod van belangenvermenging de betrokkenheid van leden van organen bij de voorbereiding van beslissingen betreffende de opdracht, zoals de vastlegging van een bestek, uit te sluiten indien deze later nog willen inschrijven op de opdracht»).

6.60. Comme démontré de manière suffisante ici plus haut, il faut constater que le CRR a participé intensément aux travaux préparatoires du Marché public en cause, étant donné ses engagements dans les préparations des cahiers des charges-types du Service public de Wallonie. Ceci fait au moins supposer que le CRR a pu influencer les conditions du Cahier spécial des charges dans un sens qui lui soit favorable, ce qui entraîne un avantage concurrentiel injuste dans le chef de la société momentanée.

Cet avantage concurrentiel n'est pas conciliable avec le principe d'égalité des soumissionnaires. Le fait qu'un soumissionnaire, à qui a été attribué le Marché public en cause, ait fait partie des travaux préparatoires des documents applicables au Marché public en cause, n'est pas conforme au principe d'égalité et à l'article 10 de la Loi de 1993.

6.61. Le troisième moyen est sérieux et fondé.

6.62. A titre subsidiaire, la Partie requérante souhaite émettre une réserve concernant l'application de l'article 78 §1 de l'AR du 8 janvier 1996 qui prévoit :

«Doit être écartée, la demande de participation ou l'offre introduite pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, par toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, si du fait de ces prestations, cette personne bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.»

6.63. Dans le Cahier spécial des charges du Marché public, il est spécifié :

«Il s'agit plus particulièrement de réaliser un complément d'expertise par rapport aux analyses surfaciques déjà réalisées, en priorité sur des tronçons concernés par les travaux prévus au master plan. Ces expertises complémentaires visent à évaluer la performance structurelle des tronçons concernés.

(...)

L'étude de portance doit permettre de déterminer les caractéristiques de la voirie aux endroits où cette étude est réalisée. Cette étude peut être faite tant sur la voie lente que, le cas échéant, sur les autres voies, en fonction de l'historique du tronçon, des résultats d'analyses surfaciques ou d'autres constats du gestionnaire de la voirie.»

6.64. Il paraît que, préalablement au Marché public en cause, un autre marché pour des analyses surfaciques a été réalisé. Étant donné son expertise et ses activités, il n'est pas impossible que la société momentanée CRR-GINGER CEBTP ou le CRR étaient impliqués dans ce dernier marché.

6.65. A présent, la Partie requérante ne dispose pas des informations nécessaires pour vérifier si une des parties susmentionnées était en effet impliquée dans le marché. Pour cette raison, la Partie requérante se réserve le droit d'y revenir et de développer une argumentation sur base de l'article 78 précité, dans le cas où il doit être constaté que la société momentanée CRR-GINGER CEBTP ou le CRR étaient effectivement chargés du marché préparatoire concernant les analyses surfaciques."

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

" [...]

(i) Quant à l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics

24. En ce qu'il est pris de la violation de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, le moyen est irrecevable à défaut d'intérêt.

L'article 10 de la loi sur les marchés publics ne prévoit aucune sanction particulière et, a fortiori, ne sanctionne pas de nullité, le marché qui serait passé en violation des règles qu'il énonce.

Dans un arrêt n° 35.443 du 10 juillet 1990, le Conseil d'Etat a déjà considéré que la sanction qui s'applique au contrat conclu en violation de l'article 10 n'implique pas l'annulation de la décision d'attribution du marché : «du texte même de l'article 6 (de la loi du 14 juillet 1976) et des travaux préparatoires de cet article, il ressort que le législateur est parti de l'idée qu'une infraction à l'interdiction contenue dans l'article 6 doit être sanctionnée dans la personne de ceux à qui s'adresse l'interdiction, c'est-à-dire les fonctionnaires, les officiers publics et toute autre personne chargée d'un service public, et qu'il n'est jamais entré dans l'intention du législateur d'assurer le respect de cette interdiction par la prise d'une sanction contre le soumissionnaire, à savoir le rejet de son offre».

25. Dans la mesure où l'article 10 de la loi sur les marchés publics ne saurait entraîner l'annulation du marché conclu en violation d'une des dispositions qu'il contient, le troisième moyen, en ce qu'il est pris de la violation de cet article, doit être déclaré irrecevable à défaut d'intérêt.

(ii) Quant au principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires

26. En ce qui concerne le principe d'égalité, la partie requérante se réfère à l'arrêt du 3 mars 2005 de la Cour de Justice des Communautés européennes selon lequel «une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services relatifs à un marché public [...] ne se trouve pas nécessairement, s'agissant de la participation à la procédure d'attribution de ce marché, dans la même situation qu'une personne qui n'a pas effectué de tels travaux».

Dans cet arrêt, la Cour a jugé que la personne ayant participé à certains travaux préparatoires peut se trouver favorisée pour formuler son offre. En outre, ladite personne pourrait, si elle est elle-même soumissionnaire pour le marché public en cause, influencer les conditions de celui-ci dans un sens qui lui est favorable. La Cour insiste toutefois également sur le fait que le contrôle du respect de ces principes doit se faire au travers d'un examen in concreto de la situation. En effet, les personnes ayant effectué certains travaux préparatoires ne sauraient être

exclues d'une procédure d'attribution d'un marché si leur participation à celle-ci ne comporte aucun risque pour la concurrence entre les soumissionnaires.

27. En l'espèce, la partie requérante ne reproche pas à la partie intervenante d'être intervenue dans la préparation et la rédaction du cahier spécial des charges n° 01.06.06 - 11 C82 régissant le présent marché.

En réalité, la partie requérante semble reprocher à la partie intervenante d'avoir participé à la mise à jour du cahier des charges-type RW 99 (version 2004) dont les extraits suivants ont été rendus applicables au présent marché :

- l'OSDG1 n° 02.33 (01), qui constitue le document de référence RW99-A-4 (guide pratique de la signalisation des chantiers);
- chapitre L du cahier des charges-type RW99 : 2004 (et ses modifications ultérieures) si signalisation directionnelle (autre que signalisation de chantier);
- les prescriptions de la méthode d'essai CME 54.26 du catalogue des méthodes d'essai de la Région wallonne figurant au cahier des charges-type RW99 2004 (et ses modifications ultérieures).

Le cahier des charges type RW 99 (CCT RW99), dont la première version date de 1999, détermine les clauses administratives et techniques applicables à l'exécution des routes et autoroutes situées en Région wallonne. Il constitue une synthèse des documents antérieurs, à savoir les cahiers des charges-type 300 et W10 respectifs du Ministère de la Région wallonne et du Ministère wallon de l'Équipement et des Transports.

Ce cahier des charges-type a été élaboré par une commission créée par le Gouvernement wallon qui a regroupé les services administratifs et les organismes privés impliqués dans la gestion de ces travaux.

Ainsi qu'on peut le lire sur le site de la Région wallonne, les objectifs poursuivis ont été, outre la fusion et l'actualisation de ces deux documents, de :

- réaliser un document compatible avec le CCT 250 de la Région flamande;
- promouvoir la certification des produits ainsi que la mise en place de plans «assurance qualité»;
- rassembler dans un seul et même chapitre tous les matériaux susceptibles d'être utilisés, en ce compris les matériaux recyclés.

En 2004, une mise à jour de ce cahier des charges-type a été entreprise pour aboutir au CCT RW99 «version 2004». Cette mise à jour a été confiée à des groupes techniques auxquels ont participé tous les acteurs du monde du génie-civil : entrepreneurs, laboratoires, services publics, fédération d'entrepreneurs... Le C.R.R. a notamment participé aux travaux du groupe relatif aux «essais».

28. Le CCT RW99 (version 2004) concerne donc les marchés de travaux de réhabilitation des routes et autoroutes. Toutefois, dans la mesure où le présent marché de services implique un chantier routier et des mesures d'essai particulières, trois extraits du CCT RW99 ont été rendus applicables au présent marché.

Ces extraits concernent les prescriptions relatives :

- à la signalisation (chapitre L «signalisation routière» du CCT RW99 et le document de référence RW99-A-4 «Guide Pratique de la signalisation des chantiers») : le chantier devra répondre à certaines prescriptions en matière de signalisation;
- à la méthode d'essai CME 54.26 (catalogue des méthodes d'essais figurant dans le CCT RW99) : cette méthode expose la manière dont il faut réaliser une mesure de déflexion d'une chaussée souple au moyen d'un curviamètre (qui n'est qu'un

des deux appareils qui peuvent être utilisés, dans le cadre du présent marché, pour réaliser un tel essai, le second étant le FWD);

Cette participation limitée aux travaux de mise à jour du CCT RW99 n'a conféré aucun avantage concurrentiel à l'attributaire du marché. A cet égard, l'on notera ce qui suit :

- quant à la signalisation :
- le C.R.R. n'a nullement participé aux travaux en matière de signalisation;
- en outre, le «chapitre L» et le «document de référence RW99-A-4» qui exposent, de manière exhaustive, toutes les règles à respecter en la matière, ont été mis à la disposition de tous les soumissionnaires ayant participé au présent marché, de sorte qu'aucun de ceux-ci n'a bénéficié d'un quelconque avantage;
- quant à la méthode d'essai CME 54.26 :
 - l'influence du C.R.R. sur cette méthode d'essai est nulle dès lors qu'elle se fonde en réalité sur la norme NF P98-200-7 «Mesures de la déflexion engendrée par une charge roulante. Détermination de la déflexion et du rayon de courbure avec un curviamètre» de décembre 1997 et sur l'article de M. du MESNIL-ADELEE et J. PEYBERNARD intitulé «Traitement automatique des résultats de mesure en continu. Application aux mesures de déflexion» (Bull. liaison Labo P. et Ch. 130, mars-avril 1984, pp. 76-81) (pièce n°14 du dossier administratif, partie non confidentielle, 54.26, p. 1);
 - en outre, tant la méthode d'essai CME 54.26 que la norme NF P98-200-7 ont été mises à la disposition de tous les soumissionnaires pour la préparation de leur offre, de sorte que le C.R.R. n'a pu bénéficier d'aucun avantage concurrentiel; à cet égard, l'on notera que dans son offre (page 5), la S.A. VECTRA fait état d'une grande expérience dans les mesures d'auscultation en France; qu'elle indique, en pages 21 et 25 de son offre, avoir une parfaite connaissance de la norme française et de l'article de M. du MESNIL-ADELEE et J. PEYBERNARD, ce qui démontre à suffisance qu'elle n'a pas été désavantagée par rapport à ses concurrents et, en particulier, par rapport à l'attributaire du marché;

A suivre la partie requérante, toutes les fois qu'une administration aurait consulté le secteur privé en vue d'élaborer un catalogue de normes, un cahier spécial des charges-type, un guide pratique..., les participants à ces consultations devraient se voir systématiquement écartés des procédures de marché lancées par l'administration concernée. Une telle conclusion est manifestement excessive et en contradiction totale avec l'arrêt du 3 mars 2005 de la Cour de Justice des Communautés européennes !

En ce qu'il est pris de la violation du principe d'égalité, le troisième moyen n'est pas sérieux.

(ii) Quant à l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996

29. L'argumentation développée à titre subsidiaire par la partie requérante repose sur des suppositions non démontrées, ni étayées. Partant, cette argumentation doit être rejetée.

En effet, la requérante se borne à soutenir qu'«il paraît que, préalablement au Marché public en cause, un autre marché pour des analyses surfaciques a été réalisé. Etant donné son expertise et ses activités, il n'est pas impossible que la société momentanée CRR-GINGER CEBTP ou le CRR étaient impliqués dans ce dernier marché.

A présent, la Partie requérante ne dispose pas des informations nécessaires pour vérifier si une des parties susmentionnées était en effet impliquée dans le marché. Pour cette raison, la Partie requérante se réserve le droit d'y revenir et de développer une argumentation sur base de l'article 78 précité, dans le cas où il doit être constaté que la société momentanée CRR-GINGER CEBTP ou le CRR étaient effectivement chargés du marché préparatoire concernant les analyses surfaciques.»

Cette argumentation est, en outre, complètement inexacte. Les analyses surfaciques qui ont été réalisées avant le lancement de la procédure ayant donné lieu à l'attribution du présent marché, l'ont été en interne par la Direction général des Routes et Bâtiments du S.P.W. elle-même.

[...]"

C. Requête en intervention

Les parties intervenantes font valoir que :

" [...]

39. La partie intervenante n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles la partie requérante invoque la violation de l'article 10 de la loi «à l'inverse».

L'article 10 de la loi a en effet trait au conflit d'intérêts lorsqu'une personne «a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires (...)».

Or, en l'espèce, la partie intervenante est elle-même soumissionnaire et n'a pas un «intérêt», au sens de cette disposition, dans la SOFICO.

Le CRR ne comprend aucun membre de la Sofico, et réciproquement. Aucune personne n'est en ce sens identifiée, ni directement, ni indirectement, par le requérant. A fortiori ne peut-on contester, par exemple, aucun lien de parenté ou d'alliance sur base de l'article 10, § 2 de la loi du 24 décembre 1993. Il est tout aussi impossible de contrecarrer l'article 10 § 3 de la loi, puisqu'aucun nom de fonctionnaire, d'officier public ou une quelconque personne physique n'est identifiée. Il n'est donc guère possible d'identifier et de discuter des deux conditions énoncées à cette disposition : 1) la qualité de fonctionnaire, d'officier public ou de personne chargée d'un service public, et 2) de discuter de son intervention.

Le moyen manque donc en fait.

40. Au demeurant, quand bien même cette disposition devrait être lue «de manière inversée», la partie intervenante entend souligner que, comme le précisent ses statuts, le CRR peut exécuter des missions pour des administrations ou des entreprises privées, moyennant rémunération.

41. A la lecture de sa critique, la partie intervenante aurait dû plutôt viser l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui prévoit spécifiquement la situation où un soumissionnaire disposerait d'un avantage concurrentiel à l'article 78.

[...]

Du fait que la violation de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'a pas été invoquée, le moyen ne pourrait être considéré comme recevable.

Notons que c'est vraisemblablement en connaissance de cause que la partie requérante n'a invoqué l'article 78 de l'arrêté royal qu'«à titre subsidiaire», car votre Conseil a déjà jugé que :

«S'il est possible de discourir sur les avantages théoriques que le prestataire d'un marché public n° 1 aurait pu avoir à l'occasion du dépôt d'une offre en vue de l'attribution d'un marché public n° 2, une telle analyse, qui ne prend pas appui sur des éléments factuels, ne peut suffire à établir l'existence, dans un cas déterminé, d'un avantage qui soit de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.»

42. La partie requérante fait grand cas de la participation de la partie intervenante à la rédaction de cahiers des charges type, qui ont notamment trait à la signalisation des chantiers.

La partie intervenante n'aperçoit cependant pas l'avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence qu'elle aurait pu tirer de cette participation.

La partie requérante semble confondre la participation d'un soumissionnaire, d'une part, à la rédaction du cahier spécial des charges d'un marché en particulier et, d'autre part, à la rédaction de cahier des charges types.

Les cahiers des charges types sont indépendants du cahier spécial des charges régissant le marché public litigieux. Or, la partie intervenante n'a, en aucune manière, participé à la rédaction de celui-ci.

43. Quant aux cahiers de charges types, ceux-ci sont rédigés par un groupe de travail constitué de personnes issues de l'administration, mais également d'entreprises du secteur concerné. Or, il serait tout à fait déraisonnable et incohérent d'interdire aux entreprises qui ont aidé à la rédaction des cahiers des charges types de participer aux marchés dans lesquels ceux-ci seront appliqués. En participant à la rédaction de cahiers des charges types, les entreprises assistent l'administration afin d'uniformiser certaines règles d'exécution de marchés. Ces cahiers sont ensuite directement publiés, afin d'être accessibles à l'ensemble des soumissionnaires, en ce compris donc la partie requérante, en telle sorte que la partie intervenante n'a pas bénéficié d'un avantage de nature à fausser la concurrence. Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires n'a donc pas été violé. Il y a donc mise en commun et publicité est donnée du résultat de la normalisation en manière telle qu'il n'y a aucune information privilégiée dans le chef du CRR.

44. Enfin, il est faux de prétendre que la partie intervenante aurait obtenu le marché préalable d'analyses surfaciques. Comme l'a exposé la partie adverse dans sa note d'observations, ces analyses ont été réalisées par les services internes de la partie adverse.

45. Par conséquent, le troisième moyen est irrecevable ou, à tout le moins, manque en fait et en droit. Partant, il n'est pas sérieux."

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

Le seul fait pour les parties intervenantes d'avoir contribué à la réalisation de cahiers des charges types, rendus applicables au marché public litigieux, n'implique pas en soi qu'elles auraient bénéficié d'un avantage concurrentiel.

Par ailleurs, la requérante n'indique nullement en quoi cette contribution à l'élaboration de ces cahiers des charges types, leur aurait offert concrètement un avantage concurrentiel en l'espèce.

La critique, énoncée par la requérante dans le présent moyen, apparaît totalement étrangère à l'interdiction édictée par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993.

Enfin, la requérante n'établit pas que la partie adverse aurait attribué préalablement aux parties intervenantes un marché public relatif à des analyses surfaciques.

Le troisième moyen n'apparaît donc pas sérieux.

VIII. CONFIDENTIALITE

VIII. 1. Arguments des parties

La partie intervenante fait valoir que :

- " 46. La partie adverse a déposé l'offre de la partie intervenante à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément à
- l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics
 - l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et à
 - l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, auquel se réfère l'arrêté royal du 5 décembre 1991, applicable par analogie en suspension d'extrême urgence.

L'offre de la partie intervenante est en effet couverte par le secret des affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1996) de manière à ne pas nuire à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993).

Par conséquent, la partie intervenante souhaite légitimement que son offre ne soit pas mise en possession de la requérante.

Votre Conseil a, par ailleurs, déjà donné droit à pareille demande dans le cadre d'un dossier Delta Thermic/CHU Mons Borinage ayant donné lieu à un arrêt 218.446 en date du 13 mars 2012 :

«Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter l'offre de l'intervenante à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de la soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires.»

Le comportement de la requérante qui a, d'initiative, versé son offre ne peut pas porter préjudice au droit de la partie intervenante, garanti par l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993. Rappelons qu'il y a ici trois compétiteurs, dont deux réguliers : CRR-GINGER CEBTP et ABC Experts".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter l'offre de la société momentanée CRR-GINGER CEBTP à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de la soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par LE CENTRE DE RECHERCHES ROUTIERES et LA SOCIETE DE DROIT FRANÇAIS GINGER CEBTP SAS, ayant formé une société momentanée CRR-GINGER CEBTP est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

L'offre de la société momentanée CRR-GINGER CEBTP est soustraite à la connaissance des parties à ce stade de la procédure.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

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 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 425 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-six juin deux mille douze par :

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.