

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.315 du 12 juillet 2012

G./A.205.396/VI-19.623

En cause :

**1. la société privée à responsabilité limitée
INTERNATIONAL COMPANY FOR ACOUSTICS,**
en abrégé S.P.R.L. I.C.A.,
2. la société anonyme AIB-VINCOTTE INTERNATIONAL,
3. la société de droit français SAS IMPEDANCE,
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Nicolas BOTTIN, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Angleur,

contre :

1. le Gouvernement Wallon,
**2. la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures,** en abrégé SOFICO,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles,

Partie intervenante :

**la société anonyme A-TECH ACOUSTIC
TECHNOLOGIES,**

ayant élu domicile chez
Me Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum, n° 25,
1000 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 28 juin 2012, la société privée à responsabilité limitée INTERNATIONAL COMPANY FOR ACOUSTICS, en abrégé s.p.r.l. I.C.A., la société anonyme A.I.B.-VINÇOTTE INTERNATIONAL et la société de droit français S.A.S. IMPEDANCE, ayant constitué entre elles une

société momentanée, sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision prise le 7 février 2012 par le gouvernement wallon et la SOFICO dans le cadre d'un marché public de services portant sur la réalisation d'une cartographie du bruit le long des routes et autoroutes sur lesquelles circulent entre 3 et 6 millions de véhicules par an (cahier des charges n° N01.06.05-11 C 65), laquelle décision a pour objet d'attribuer le marché à la S.A. A-TECH ACOUSTIC TECHNOLOGIES et d'écarter l'offre déposée par les requérantes.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par une requête introduite le 9 juillet 2012, la société anonyme ACOUSTIC TECHNOLOGIES, en abrégé A-TECH, demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 29 juin 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 10 juillet 2012 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Jean-Marie RIKKERS et Nicolas BOTTIN, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me Yves SCHNEIDER, loco Philippe COENRAETS, avocat, comparaissant pour les parties adverses, Me Bruno LOMBAERT, avocat, et Monsieur Jean-Pierre CLAIRBOIS, administrateur-délégué, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Conformément à la directive 2002/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement, et à l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 mai 2004 relatif à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement, modifié par l'arrêté du

Gouvernement wallon du 13 septembre 2007 délimitant les agglomérations et infrastructures devant faire l'objet de cartographies acoustiques, les parties adverses sont tenues de prendre les mesures appropriées en vue d'atténuer le niveau des émissions sonores provoquées par les véhicules empruntant les infrastructures wallonnes. L'adoption de ces mesures requiert notamment que soient préalablement réalisées des cartographies du bruit, et que soit établi un classement prioritaire des sites.

III. 2. En 2007, un marché de services portant sur la réalisation d'une cartographie du bruit des axes du réseau routier sous-tendant un trafic supérieur à six millions de véhicules par an, a été attribué à la s.a. ACOUSTIC TECHNOLOGIES, en abrégé A-TECH, requérante en intervention en la présente cause. Le marché a été exécuté en partenariat avec d'autres prestataires de services actifs dans le domaine de la cartographie du bruit routier.

Suivant l'avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 16 novembre 2006, des critères de sélection qualitative relatifs à la capacité économique et financière et à la capacité technique étaient libellés comme suit :

" [...]Capacité économique et financière :
Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :
Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies : Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les services auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices Le soumissionnaire doit avoir réalisé au cours des 3 derniers exercices un chiffre d'affaires total minimal: 1. d'au moins |L= 3.000.000 dans le domaine des études de bruit 2. d'au moins |L= 600.000 dans le domaine des études de bruit des transports par cartographie
Niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) :
[...] Capacité technique :
Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies : - la liste des principaux services équivalents ou similaires exécutés au cours des 3 dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés ; s'il s'agit de services à des autorités publiques, la justification est fournie par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente ; s'il s'agit de services à des personnes privées, les prestations sont certifiées par celles-ci ou à défaut, elles sont déclarées avoir été effectuées par le prestataire de services. - Le soumissionnaire doit disposer d'au moins cinq années d'expérience en cartographie du bruit routier à grande échelle."

III. 3. Il ressort des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration de la deuxième partie adverse, tenues les 25 mars et 24 juin 2011, ainsi que le 27 janvier 2012, que l'établissement du classement prioritaire des sites a été confié à la société anonyme A-TECH, le 24 septembre 2010.

III. 4. Le 6 décembre 2010, la s.a. A-TECH a conclu avec ses différents partenaires dans le cadre du marché qui lui avait été attribué en 2007, trois

conventions intitulées "conventions de partenariat et de confidentialité" en vue de participer à trois procédures d'attribution de marchés de services, dont les avis allaient être publiés. Parmi ces trois procédures, figurait celle qui a conduit à l'adoption de l'acte attaqué. La première des requérantes en la présente cause était l'un des signataires de ces conventions. Aux termes de l'article 1^{er} de ces conventions, les signataires s'engageaient à rédiger les offres relatives aux marchés en exclusivité totale pour et avec l'équipe qu'ils constituaient ainsi.

III. 5. Déclarant ne pas adhérer à certaines pratiques de l'administrateur-délégué de la société anonyme A-TECH, la première des requérantes en la présente cause a dénoncé les conventions de partenariat.

III. 6. Par un avis de marché du 14 septembre 2011, publié au supplément au Journal officiel de l'Union européenne, les parties adverses ont lancé un marché public de services portant sur la réalisation d'une cartographie du bruit pour les routes sur lesquelles circulent entre trois et six millions de véhicules par an.

Suivant cet avis de marché, les critères de sélection qualitative relatifs à la capacité économique et financière et à la capacité technique étaient libellés comme suit :

- " [...] Capacité économique et financière
Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies: Le soumissionnaire devra attester de sa capacité financière et économique par une déclaration bancaire conforme au modèle annexé au présent cahier spécial des charges (attestation établie sur base du modèle figurant en annexe 2 de la circulaire du 21.5.2001 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services). Toutefois, l'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait que certains organismes financiers soit refusent de fournir la déclaration bancaire précitée, soit en fournissent une non-conforme en tous points au modèle joint au présent cahier spécial des charges. Auquel cas, l'attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement conforme au modèle annexé au présent cahier spécial des charges (modèle conforme à l'annexe 3 de la circulaire du 21.5.2001 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services), doit être utilisée. Un soumissionnaire peut faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du prestataire de services. Dans les mêmes conditions, un groupement de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités. Le soumissionnaire doit remplir les exigences minimales de capacité financière et économique suivantes:
1. Avoir réalisé au cours des 5 années 2006 à 2010, un chiffre d'affaires global minimal dans le domaine acoustique (études de modélisation, cartographie, ...) de 10 000 000 EUR HTVA. En outre, si le soumissionnaire est un groupement de prestataires (sous forme d'une association momentanée ou sous une autre forme), au moins un prestataire du groupement doit avoir réalisé sur la même période de 5 ans, un chiffre d'affaires global minimal dans le domaine acoustique de 4.000.000 EUR HTVA;

2. Avoir réalisé au cours des 5 années 2006 à 2010, un chiffre d'affaires global minimal dans le domaine des études de bruit des transports par cartographie de 2.000.000 EUR HTVA. En outre, si le soumissionnaire est un groupement de prestataires (sous forme d'une association momentanée ou sous une autre forme), au moins un prestataire du groupement doit avoir réalisé sur la même période de 5 ans, un chiffre d'affaires global minimal dans le domaine des études de bruit des transports par cartographie de 1 000 000 EUR HTVA.

[...] Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies:

1. Disposer au sein de son personnel sur les 5 dernières années d'une moyenne annuelle d'au moins 12 équivalents temps plein à titre d'employé possédant une formation en acoustique environnementale. En outre, si le soumissionnaire est un groupement de prestataires (sous forme d'une association momentanée ou sous une autre forme), au moins un prestataire du groupement doit disposer sur la même période d'une moyenne annuelle d'au moins 5 équivalents temps plein à titre d'employé possédant une formation universitaire en acoustique environnementale. Le soumissionnaire apporte la preuve qu'il remplit l'exigence visée au point 1 ci-avant, en joignant à son offre une copie du contrat de travail des personnes visées ainsi qu'une copie du diplôme ou des titres prouvant la formation de ces personnes."

Les parties adverses ont choisi, comme mode de passation, la procédure de l'appel d'offres général avec mise en concurrence européenne, ce marché étant estimé à un montant qui se situe entre un et deux millions d'euros.

III. 7. Le cahier spécial des charges énonce les critères et sous-critères d'attribution, ainsi que les coefficients de pondération de ceux-ci. Ces critères et sous-critères sont les suivants :

" 1. Description détaillée de la méthodologie (total = 30 points):

- description de la mission (5 points) [...].
- Collecte des données (5 points) [...].
- Consolidation des données y compris l'autocontrôle (5 points) [...].
- Réalisation de l'étude (5 points) [...].
- Justification du logiciel de calcul (5 points) [...].
- Exemples de résultats (5 points) [...].

2. Valeur technique de l'équipe (total = 25 points):

- Etudes de la cartographie du bruit dans l'environnement (15 points) [...].
- Chef de projet (10 points) [...].

3. Moyens techniques (15 points) [...].

4. Prix (30 points) [...]."

III. 8. Il ressort du dossier administratif que les firmes suivantes ont déposé une offre recevable :

- la société A-TECH ACOUSTIC TECHNOLOGIES pour un montant de

1.288.028,00 EUR;

- l'association momentanée formée par ARIES CONSULTANT et EGIS pour un montant de 1.047.236,80 EUR;
- l'association momentanée ICA, AIB VINCOTTE et IMPEDENCE pour un montant de 1.147.000,00 EUR.

III. 9. Le 7 février 2012, au terme d'une analyse et d'une comparaison des offres reçues, au regard des quatre critères d'attribution précités, les parties adverses ont pris la décision d'attribuer le marché en cause à la société A-TECH ACOUSTIC TECHNOLOGIES pour un montant de 1.288.028,00 EUR hors T.V.A.. Il s'agit de la décision attaquée, laquelle a été notifiée par pli recommandé, le 13 juin 2012, à tous les soumissionnaires en lice et donc, notamment, aux requérantes.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 9 juillet 2012, la société anonyme "ACOUSTIC TECHNOLOGIES", en abrégé A-TECH, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché litigieux, elle a intérêt à intervenir, de sorte que sa requête en intervention doit être accueillie.

V. RECEVABILITE QUANT AUX DECISIONS D'AGIR

V.1. Arguments des parties

Dans leur note d'observations, les parties adverses prétendent déduire l'irrecevabilité du recours des irrégularités qui, à leur estime, vicient les décisions d'agir devant le Conseil d'Etat, adoptées par chacune des requérantes ayant formé, entre elles, une société momentanée. Elles exposent cette exception d'irrecevabilité comme suit :

- " Dès lors que les requérantes ont choisi de soumissionner en formant, entre elles, une société momentanée, il convient de vérifier, dans le chef de chacune d'elles, qu'elles ont pris individuellement et valablement la décision d'agir devant votre Conseil (voyez par exemple : C.E., 14 décembre 2010, S.C. COOPARCH, n° 209.759).

Ceci implique de s'assurer que l'organe compétent de chaque société soumissionnaire a délibéré régulièrement sur l'introduction du recours en suspension d'extrême urgence, que les personnes qui ont participé à ces délibérations étaient valablement nommées et que la publication de leurs actes de nomination avait été préalablement opérée.

De même, il faudra vérifier, au besoin d'office, que les conseils, signataires du recours, ont bien été mandatés à cette fin par les trois requérantes.

A défaut, le recours serait irrecevable.

En l'espèce, il ressort d'un bref et rapide examen des statuts de la société de droit français SAS IMPEDENCE que c'est le président qui représente la société à l'égard des tiers (article 14 des statuts qui sont joints à la requête).

Seul le président, à savoir Monsieur Alain MAYEROWITZ, pouvait donc prendre la décision d'agir devant votre Conseil au nom et pour le compte de la SAS IMPEDENCE (voyez le PV de délibération du 25 avril 2007 également joint au présent recours).

Il appert, cependant, que la décision d'agir de la SAS IMPEDENCE a été prise par Monsieur Marc LOUWERS, directeur associé, et ce sur la base d'une délégation de pouvoir émanant du Président MAYEROWITZ, laquelle n'est pas opposable aux tiers puisqu'elle n'a pas fait l'objet d'une publication au registre du commerce français.

En tout état de cause, il faut noter que les statuts de la SAS IMPEDENCE n'autorisent pas le président à déléguer ses pouvoirs, et ce que ces pouvoirs soient délégués au conseil d'administration, du directeur général, ou encore à un directeur associé.

Le présent recours est partant irrecevable.

Du reste, il faut également souligner que les requérantes n'apportent pas la preuve de la publication, au moniteur belge, de la nomination des administrateurs et du gérant qui ont respectivement pris la décision d'agir en justice pour le compte de la S.P.R.L. INTERNATIONAL COMPANY FOR ACOUSTICS et de la S.A. AIB – VINCOTTE.

Le recours est également irrecevable pour ce motif."

Dans sa requête, l'intervenante conteste également la recevabilité de la requête au regard de la régularité des décisions d'agir devant le Conseil d'Etat. Elle s'exprime dans les termes suivants :

- " [...]. Aux termes de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, pour que leur demande de suspension d'extrême urgence soit recevable, les parties requérantes doivent déposer (i) la décision d'agir en justice adoptée, pour chacune d'elle et dans le délai de standstill, par l'organe compétent pour ce faire ; (ii) leurs statuts tels que publiés aux annexes du Moniteur belge ainsi que (iii) les désignations de leurs administrateurs tels que publiées aux annexes du Moniteur belge, [...]. La requête en suspension d'extrême urgence, telle qu'elle a été notifiée à la requérante en intervention, ne comporte pas d'inventaire des pièces. A la demande de l'avocat des requérantes en intervention, les conseils des parties requérantes ont communiqué les pièces de leur dossier, dont il ressort que :
- La SA. AIB VINCOTTE dépose ses statuts, la désignation de ses administrateurs et la décision d'agir prise par ces derniers, mais ne dépose pas la preuve de la publication de ses statuts aux annexes du Moniteur belge, qui les rendrait opposables aux tiers ;
 - La S.P.R.L. ICA dépose ses statuts ainsi qu'une décision d'agir prise par Monsieur Vincent Tréfois, mais ne dépose ni la preuve de la désignation par l'assemblée générale de Monsieur Vincent Tréfois comme gérant (article 12 des statuts d'ICA), ni la preuve de la publication de ses statuts ainsi que de la

désignation de ses gérants aux annexes du Moniteur belge, ce qui les rendrait opposables aux tiers ;

- La société de droit français « SAS IMPEDANCE » dépose ses statuts ainsi que la désignation de son Président, Monsieur Alain Mayerowitz ; elle ne dépose toutefois pas la preuve de la publication, dans un organe officiel, de ses statuts et de cette désignation ; qui plus est, la décision d'agir a été prise par Monsieur Marc Louwers, directeur associé, en vertu d'une délégation de pouvoir de Monsieur Alain Mayerowitz ; or, en vertu de l'article 14 des statuts de « SAS IMPEDANCE », seul le président peut représenter la société et agir en son nom, sans être habilité à déléguer ce pouvoir ; enfin, la désignation de Monsieur Marc Louwers comme directeur associé n'est pas produite, ni sa publication.

[...]. Pour toutes ces raisons, le recours est irrecevable. Les moyens ne seront donc examinés qu'à titre subsidiaire.".

En termes de plaidoiries, les requérantes font valoir que la délégation donnée à Marc LOUWERS portait uniquement sur un pouvoir de signature, tandis que la décision d'agir devait être considérée comme ayant été prise par l'organe compétent. Elles se réfèrent par ailleurs à de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, à leur estime, les autorise à conclure que l'exception d'irrecevabilité doit être rejetée.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A titre préliminaire, il y a lieu de relever que l'inventaire des annexes à la requête a été joint à celle-ci.

Les mandats du gérant de la société I.C.A. et des administrateurs de la société A.I.B.–VINCOTTE INTERNATIONAL qui ont pris la décision d'agir ont été publiés aux annexes du Moniteur belge, les 1^{er} avril 2010 et 7 décembre 2011. La prétendue irrégularité des décisions d'agir prises par ces deux requérantes n'est donc pas établie.

Par ailleurs, l'irrégularité de la décision d'agir prise par la société de droit français IMPEDANCE serait, à l'estime des parties adverses et de l'intervenante, déduite de ce qu'elle aurait été adoptée par le Directeur associé, Marc LOUWERS, en vertu d'une délégation de pouvoirs consentie à cette fin par le Président Alain MAYEROWITZ, le 22 juin 2012, alors que l'adoption d'une telle décision d'agir en justice relève, en vertu de l'article 14 des statuts, des pouvoirs du seul président, pouvoirs que lesdits statuts ne l'autorisent pas à déléguer.

Il apparaît, à la lecture du document rendant compte de la délégation litigieuse, que celle-ci porte sur le pouvoir de "signer tous les documents relatifs au recours que nous allons introduire", ce recours étant précisément identifié. Ce document peut s'analyser comme contenant une décision d'agir, prise par le Président MAYEROWITZ conformément à l'article 14 des statuts de la société IMPEDANCE, assortie d'une délégation de signature pour les pièces nécessaires à l'introduction du

recours. Pareille délégation de signature ressortit, du reste, *prima facie* au mandat d'assistance que le Président peut conférer au Directeur général, en vertu de l'article 15, alinéa 1^{er}, des statuts, libellé comme suit : "Le Président peut donner mandat à une personne physique, actionnaire, exerçant son activité au sein de la société, de l'assister en qualité de Directeur Général".

Il suit de l'ensemble de ces développements que l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VI. RECEVABILITE QUANT A L'INTERET DES REQUERANTES

VI. 1. Arguments des parties

Dans leur note d'observations, les parties adverses relèvent, à la lecture du classement des offres opéré dans la décision attaquée que la soumission des requérantes n'avait été classée que troisième sur trois. Dès lors, même en cas de remise en cause de la décision attribuant le marché au premier classé, les requérantes ne se trouveraient pas en ordre utile pour être désignées adjudicataires du marché. Par ailleurs, rien dans leur recours n'est de nature à remettre en cause le fait que l'offre déposée par ARIES CONSULTANTS et EGIS a été mieux classée que la leur. Dans ces conditions, et même en cas de suspension de l'exécution de la décision querrellée, les requérantes ne seraient pas en mesure de se voir attribuer le marché litigieux. Les parties adverses concluent de ce qui précède que l'intérêt des requérantes à leur recours n'est dès lors pas établi.

En termes de plaidoiries, les requérantes se réfèrent à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, à leur estime, devrait conduire à décider que l'exception ainsi soulevée quant à leur intérêt ne peut être accueillie.

A son tour, l'intervenante relève, également en termes de plaidoiries, que, pour justifier d'un intérêt suffisant à leur demande, les requérantes auraient dû contester certaines considérations du rapport d'analyse des offres relatives à la régularité de leur offre. Cette exception d'irrecevabilité prend essentiellement appui sur l'extrait dudit rapport d'analyse, ainsi rédigé :

" [...] l'offre remise par [la société momentanée formée par les requérantes] se réfère à plusieurs reprises à une étude antérieure réalisée par un autre soumissionnaire au présent marché (A-Tech Acoustic Technologies s.a.). Cette façon de procéder soulève indéniablement des questions de propriété intellectuelle. Si le pouvoir adjudicateur devait opter pour ce soumissionnaire, la question de la propriété intellectuelle devrait être réglée préalablement à toute information ou toute notification, afin d'éviter qu'un recours ne soit introduit à l'encontre du pouvoir adjudicateur sur ce point précis.

En outre, cette référence partielle mais récurrente à une méthodologie qui n'est pas propre à ce soumissionnaire fait craindre de la part de celui-ci un manque de maîtrise de l'ensemble de la mission qui pourrait lui être confiée."

L'intervenante précise que des considérations similaires font l'objet d'une "Remarque préliminaire" formulée dans le tableau d'analyse des offres.

Les parties requérantes répondent que, ne disposant pas du rapport d'analyse des offres lorsqu'elles ont rédigé leur requête, et ne pouvant se permettre de laisser expirer le délai d'introduction d'un recours, elles n'auraient pu critiquer ces considérations dont elles n'avaient pas connaissance. Elles s'interrogent, par ailleurs, sur les raisons pour lesquelles les parties adverses n'ont pas déclaré leur offre irrégulière, si le problème dont font état lesdites réserves était aussi évident que le laisse entendre l'intervenante. Elles observent enfin que l'étude antérieure réalisée par l'intervenante est, en toute hypothèse, accessible sur internet.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

En principe, un soumissionnaire régulier a intérêt à faire contrôler la régularité de la procédure qui attribue le marché à un concurrent, quel que soit le classement de sa soumission. En effet, ce contrôle est susceptible de lui procurer à tout le moins une nouvelle chance de se voir adjuger le marché convoité. Il en va d'autant plus ainsi, lorsque – comme si tel devait être le cas en l'espèce – l'annulation de la décision d'attribution du marché résulte de ce que la violation d'un principe fondamental vicie toute la procédure de passation du marché litigieux.

En outre, accueillir l'exception d'irrecevabilité ainsi formulée, au motif que, même en cas de remise en cause de la décision attribuant le marché au premier classé, les requérantes ne se trouveraient pas en ordre utile pour être désignées adjudicataires du marché, imposerait au Conseil d'Etat de soumettre l'offre des requérantes à une appréciation concurrente à celle que doivent porter à leur propos les parties adverses, laquelle appréciation est d'autant plus étendue que la pondération des critères d'attribution du marché litigieux réservait 70% aux critères d'appréciation qualitative.

Par ailleurs, ainsi que le relève l'intervenante, les parties adverses ont émis des réserves à l'endroit de l'offre des requérantes, dans les termes que reproduit l'exception d'irrecevabilité.

Il ne ressort toutefois du rapport et du tableau d'analyse des offres, pas plus que de la décision motivée d'attribution du marché litigieux, que les parties

adverses auraient attaché quelque effet à ces réserves. En particulier, n'ont-elles pas pris appui sur celles-ci pour déclarer irrégulière l'offre des requérantes.

Dans ces circonstances, il ne pourrait être reproché aux requérantes de ne pas critiquer les considérations sur la régularité de leur offre, dès lors que ces considérations ne leur ont pas causé grief dans l'adoption de l'acte attaqué, qu'elles n'ont d'ailleurs pas influencée. Leur intérêt au présent recours ne saurait donc leur être dénié au motif de cette abstention.

Il résulte de ce qui précède que les exceptions d'irrecevabilité déduites du défaut d'intérêt des requérantes ne peuvent être accueillies.

VII. PREMIER MOYEN

VII.1. Arguments de la partie requérante

Les requérantes soulèvent un premier moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de bonne administration et des articles 246 et 247 du Code Pénal. Elles l'exposent dans les termes suivants:

" [...]. En vertu des articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au pouvoir adjudicateur de veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents candidats ou soumissionnaires à une commande (P. THIEL, Marchés publics et PPP, Kluwer, 2011 p. 586).

Ce principe est désormais inscrit expressément au 1^{er} alinéa de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics, selon lequel «les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

Comme cela sera démontré ci-après, ces principes, de même que le principe de bonne administration, ont été violés dans le cadre de l'attribution du marché litigieux.

Il résulte en effet de façon évidente des faits exposés ci-dessous que des contacts réguliers sont intervenus entre Monsieur Pierre GILLES, personne de contact chargée de l'élaboration du cahier spécial des charges de ce marché au sein de la Direction Générale des Routes et des Bâtiments du Service public de la Région Wallonne (SPW) (voyez le cahier spécial des charges applicable au marché, pièce 2) et Monsieur Jean-Pierre CLAIRBOIS, administrateur-délégué de la société A-TECH en vue d'adapter le cahier spécial des charges aux souhaits de cette dernière et des autres membres du partenariat constitué en décembre 2010, qui apparaissent quant à eux en qualité de sous-traitants de A-TECH dans l'offre déposée par celle-ci.

Il ne peut être contesté que les contacts précités et l'adaptation du cahier spécial des charges constituent une violation manifeste du principe d'égalité entre les soumissionnaires ainsi qu'une violation manifeste des articles 10 et 11 de la Constitution.

Les faits précités violent également le principe de bonne administration et sont constitutifs de corruption au sens des articles 246 et 247 du Code Pénal, la SPRL ICA, l'une des requérantes, ayant d'ailleurs déposé plainte avec constitution de partie civile en mains d'un Juge d'Instruction à la date du présent recours en raison de ces agissements (pièce 15).

La décision subséquente d'attribuer le marché litigieux à la société A-TECH est en conséquence irrégulière et doit être suspendue.

[...]. Les éléments qui ont conduit au dépôt de la plainte avec constitution de partie civile précitée de la SPRL ICA sont exposés ci-après :

«[...]. L'une des requérantes, la SPRL INTERNATIONAL COMPANY FOR ACOUSTICS, en abrégé I.C.A., est une société active dans le secteur de l'ingénierie acoustique depuis le mois de mars 2010. En date du 6 décembre 2010, la SPRL I.C.A. a conclu trois conventions intitulées «conventions de partenariat et de confidentialité» en vue de répondre à différents avis de marché devant être publiés par la Région Wallonne pour l'attribution des marchés de services suivants (pièce 1) :

- cartographie du bruit des agglomérations de plus de 100.000 habitants de la Région Wallonne;
- cartographie du bruit des grands axes routiers de la Région Wallonne (axes routiers supportant plus de 3.000.000 véhicules par an) ; il s'agit du marché litigieux;
- cartographie du bruit des axes ferroviaires de la Région Wallonne (axes ferroviaires supportant plus de 30.000 trains par an).

La SPRL I.C.A. a conclu ces conventions de partenariat et de confidentialité avec les 6 entités suivantes, dont l'une (A-TECH) s'est vue attribuer le marché litigieux tandis que les autres apparaissent en qualité de sous-traitants de A-TECH dans l'offre déposée par cette dernière :

- La SA A-TECH, représentée par son administrateur délégué, Monsieur Jean-Pierre CLAIRBOIS
- Monsieur PLEECK Dominique, exerçant son activité sous la dénomination «ACUSTICA 2000»;
- La SPRL BUREAU D'INGENIEURS CONSEILS EN ACOUSTIQUE ET TRAITEMENT DU SIGNAL, en abrégé A.T.S SPRL, représentée par son gérant, Monsieur Eric BRUYERE.
- La SPRL BUREAU D'ACOUSTIQUE NICOLAS PLOM, en abrégé BANP SPRL, représentée par son gérant, Monsieur Nicolas PLOM.
- La SPRL BUREAU D'ETUDES SERGE CORNET, représentée par son gérant, Monsieur Serge CORNET.
- La CAT CEDIA DE L'UNIVERSITE DE LIEGE, représentée par Monsieur Jean NEMERLIN.

L'article 1^{er} de ces conventions de partenariat et de confidentialité était rédigé comme suit :

«[...].Les entités précitées s'engagent à rédiger les offres relatives au marché susmentionné en exclusivité totale pour et avec l'équipe ici présentée, en lui apportant toutes les ressources et données nécessaires à sa bonne rédaction».

[...]. Dans le cadre de l'élaboration de l'offre relative au marché litigieux (cartographie du bruit le long des routes et autoroutes sur lesquelles circulent entre 3 et 6 millions de véhicules par an), des contacts ont eu lieu entre Monsieur Jean-Pierre CLAIRBOIS, administrateur délégué de la société A-TECH, et Monsieur Pierre GILLES, personne de contact chargée de l'élaboration du cahier spécial des charges de ce marché au sein de la Direction Générale des Routes et des Bâtiments du Service public de la Région Wallonne (SPW) (voyez le cahier spécial des charges applicable au marché, pièce 2).

Ces contacts avaient pour but d'adapter le cahier spécial des charges du marché concerné au consortium dont il a été fait état ci-dessus et d'exclure ainsi un maximum de candidats soumissionnaires de l'appel d'offres afin d'assurer l'octroi du marché audit consortium.

Ces contacts résultent de différents emails adressés par Monsieur Jean-Pierre CLAIRBOIS aux autres membres du consortium. Ainsi, dès le 4 avril 2011, Monsieur CLAIRBOIS adressait l'email suivant aux responsables des partenaires du consortium (pièce 3) :

«(HYPER URGENT : merci de votre compréhension)

bonjour à tous,

La semaine dernière, Monsieur Gilles m'a confirmé le choix définitif d'un marché unique pour la carto routes: ce choix a été entériné au CA du 25 mars à la SOFICO on est donc en plein dans la phase rédaction du CDC correspondant le but du SPW est de lancer l'OS fin août 2011, avec un délais d'exécution de 12 mois ceci l'oblige à finaliser endéans fin avril au + tard le CDC afin de permettre les délais administratifs.... donc c'est urgent il est opportun de nous réunir [...] il est important d'envisager plusieurs combinaisons «gagnantes» de ces marchés et de rester solidaires sur chacune de ces combinaisons, dès le départ, afin de garder l'harmonie et l'efficacité de nos démarches : [...] Ir Jean-Pierre Clairbois»

De même, en date du 20 avril 2011, Monsieur CLAIRBOIS adressait l'email suivant aux différents membres du consortium, sollicitant de la part de ceux-ci différentes informations à communiquer à Monsieur GILLES lors d'une réunion fixée le 27 avril 2011 en vue de l'établissement du cahier spécial des charges applicable au marché (pièce 4) :

«[...] 1. JPC demande à tous de lui transmettre les capacités de leur bureau respectif, selon les points B1.2. et B1.3. du CDC, et suivant modèle de notre offre 2007.

!!! il est important de valoriser au max ces critères, et donc de bien vérifier les montants maxims que notre consortium peut offrir : merci de communiquer les infos des exercices 2007, 2008, 2009 ET 2010, même si votre bilan 2010 n'est pas encore publié, vous avez certainement clôturé votre facturation 2010, et vous pouvez «estimer» votre CA 2010 : cette info est importante aussi, car on ne sait pas encore quels exercices seront considérés dans l'AO (2007-2009, ou 2008-2010)

Pr info utile, JPC mentionne que, en Italie, Sandro Gervasio vient de gagner 3 marchés de carto pour 15 millions d'€ (vous avez bien lu...) en mettant les critères de sélection tellement hauts qu'il n'y avait plus de concurrence...

Merci donc de communiquer à JPC pr mardi 26 au + tard (JPC voit SPW de façon informelle ce 27/04) : CA études bruits/CA cartos transports / références correspondantes pour les cartos transports/CV équipes/CV personnes et diplômes (JPC a tjs ceux de 2007 : merci de réactualiser ce qui est nécessaire. Concernant les PV/coûts/ répartitions, JPC rappelle de ne pas oublier le coût des frais partagés.

[...]

Vient alors une discussion sur la faible longueur de tronçons/incidence des surlongueurs : il est proposé que JPC dde à SPW de bien introduire cette notion, car le travail et le coût des données y correspond !!

Si, dans un premier temps, on estime à 1 km les surlongueurs nécessaires à chaque tronçon (la préétude A-TECH devra le confirmer par tronçon), il y aurait 227 tronçons, soit 454 km de surlongueur.

[...]

[...] pour les critères d'appréciation (CDC B.2)

En 2008, il y avait 40% prix et 60% qualité :

[...]

Pour 2011, ce serait bien de faire 30% prix et 70% qualité:

[...]

JPC verra Mr GILLES la semaine prochaine (notamment pr le transfert des maquettes dont le format n'est pas encore décidé) : il tiendra l'équipe au courant»

En date du 21 avril 2011, paraissait au Bulletin des Adjudications, l'avis de pré-information portant Numéro BDA: 2011-508399 et rédigé comme suit (pièce 5) :

«AVIS DE PRE-INFORMATION

Marché de services portant sur la réalisation d'une cartographie du bruit le long des routes et autoroutes sur lesquelles [...]

SECTION I: POUVOIR ADJUDICATEUR

[...] Pierre GILLES

[...] DATE PREVUE POUR LE LANCEMENT DES PROCEDURES DE PASSATION

[...] 27/05/2011

[...]».

En date du 26 avril 2011, Monsieur CLAIRBOIS adressait un rappel urgent en vue d'obtenir de la part de tous les partenaires les informations à communiquer à Monsieur GILLES lors de la réunion prévue le 27 avril 2011 (pièce 6).

«RAPPEL URGENT :

j'ai déjà reçu les CA de ATS et CEDIA

puis-je vous demander à tous de communiquer le MINIMUM nécessaire, à savoir:

1. le CA global en études acoustiques + CA relatif à l'objet de l'AO, pour 1. 2007, 2008, 2009 ET 2010, même si votre bilan 2010 n'est pas encore publié, vous avez certainement clôturé votre facturation 2010 et vous pouvez donc "estimer" votre CA 2010 (aussi pour Vincent SVP)

2. le nombre de personnes employées et le nombre d'acousticiens diplômés

c'est URGENT (je vais devoir les traiter ce soir !!!)

merci à tous

JP».

A cette date du 27 avril 2011, Monsieur CLAIRBOIS adressait en outre aux partenaires un compte-rendu de ladite réunion tenue avec Monsieur Pierre GILLES dans les termes suivants (pièce 7) :

«(re) bonjour à tous,

[...]

La réunion de ce midi s'est très bien passée (3H...)

Cependant, les choses s'accélérent (il reste 1 jour !!!)

J'ai insisté sur l'intérêt de scinder :

1. le coût des données
2. les km cartes
3. les km surlongueurs
4. les km UCE

Message reçu, ne veut pas séparer 1, mais demandera justificatif des prix (apparemment dans tous les cas) : estime que cela mettra en évidence ces coûts.

2,3,4 : bonne idée qui va être analysée...

Pour les capacités financières, économiques et personnelles, je n'ai pas reçu les infos de Vincent ; je n'ai donc pu conclure les montants définitifs, les provisoires étant

[...]

Au vu de ce tableau, et en prenant une certaine sécurité (le CA 2010 de Vincent sera le bienvenu pour consolider les 9.000.000...) les capacités demandées en 2007 seraient utilement revues à la hausse (sur les 3 derniers exercices qui seraient 2008-2010) :

en études acoustiques:

	CA global	CA min d'un des bureaux d'un groupement	Acousticiens diplômés
2007	3.000.000	2.000.000	8
2011	9.000.000	4.000.000	15

en carto transports:

	CA global	CA min d'un des bureaux d'un groupement
2007	600.000	400.000
2011	2.500.000	1.500.000

[...]

Jean-Pierre».

En réponse à ce compte-rendu, Monsieur Nicolas PLOM, du bureau BANP, adressait le 27 avril 2011 l'email suivant aux différents partenaires (pièce 8) :

«Jean-Pierre

Bien lu le tableau
et les propositions de chiffres déduites de celui-ci.

Je suis d'accord avec l'ensemble

Une remarque cependant mais simplement pour réflexion : avec 9.000.000 € ne se suivons nous pas un peu trop les chiffres du consortium... est-ce que 8.500.000 ne serait pas plus neutre par rapport aux chiffres déclarés pour le consortium... à toi de voir.

Bien à toi

Nicolas».

A cette même date du 27 avril 2011, Monsieur Eric BRUYERE (SPRL ATS), Monsieur Serge CORNET (SPRL BESC) et Monsieur Jean NEMERLIN (CAT – CEDIA) réagissaient quant à eux dans les termes suivants (pièce 9) :

- Monsieur Eric BRUYERE :

«Bonsoir Jean-Pierre,

OK sur les derniers chiffres. Les précédents étaient effectivement trop hauts. Concernant le nombre d'acousticiens : tu es sûr qu'on est 15 ? Ne faut-il pas là aussi un peu réduire afin d'être certains de ne pas coincer (12 ?) ?

Eric»

- Monsieur Serge CORNET :

« Juste un petit mot :

Je suis de l'avis de Nicolas pour les 8.500.000 €... Et je dirais même 8.000.000 € car s'ils canalisent sur 2007-2009 on est trop serré ça va faire louche

Serge CORNET».

- Monsieur Jean NEMERLIN :

«Oui, d'accord pour 4 000 000 €, j'ai confondu avec le chiffre carto.

Par contre 2 500 000 € pour la carto, je vois que l'on ne fait pas cela en 2007-2009 (2 496 012 € !).

Ne faut-il pas redescendre ce montant à 2 400 000 €.

Je pense que l'on doit satisfaire les critères pour 2008-2010 ET pour 2007-2009 au cas où ce dernier serait choisi dans le cc au dernier moment.

Jean»

En date du 28 avril 2011, Monsieur CLAIRBOIS a envoyé le nouvel email suivant aux différents partenaires (pièce 10) :

«Urgent, une fois de plus...

J'ai pu communiquer nos informations pour 2008-2010 (ouf...), mais maintenant il est demandé les 5 dernières années !!!

J'ai 2003-2005 et 2007-2010.. mais pas 2006 : pouvez-vous me communiquer vos données 2006.

(cette demande ne concerne pas Vincent bien sûr)

Je crains ne pas être capable de tout faire cette nuit car j'ai bien peu que vous n'ayez pas lu ce mail.

Merci pour votre collaboration !!!

JP».

[...]. Le cahier spécial des charges relatif au marché litigieux a été publié le 9 septembre 2011 (pièce 2) et l'on peut constater que ce cahier spécial des charges

correspond, en ce qui concerne, notamment, la capacité financière et économique ainsi que la capacité technique, aux informations communiquées par Monsieur CLAIRBOIS à Monsieur GILLES (représentant du pouvoir adjudicateur chargé de l'attribution et de l'exécution du marché), informations dont il a été fait état ci-dessus.

On peut ainsi remarquer à titre d'exemples :

- que la période spécifiée au cahier des charges et pour laquelle les chiffres d'affaires sont requis, à savoir la période 2006-2010, correspond bien à celle demandée par Monsieur GILLES dans l'email de Monsieur CLAIRBOIS daté du 28 avril 2011 (pièce 10) dans lequel on peut lire : « J'ai pu communiquer nos informations pour 2008-2010 (ouf...), mais maintenant il est demandé les 5 dernières années !!! ».
- que les chiffres d'affaires minimum repris dans le cahier spécial des charges ont été ajustés par rapport au marché de 2007 et qu'ils correspondent aux chiffres d'affaires communiqués par Monsieur CLAIRBOIS (voyez les tableaux ci-après), soit à titre d'exemples :
- le chiffre d'affaires minimum global exigé pour au moins un prestataire du groupement sur la même période de 5 ans est de 4 millions € HTVA ; conformément à l'email de Monsieur CLAIRBOIS daté du 27 avril et confirmé par Monsieur NEMERLIN à la même date;
- le chiffre d'affaires global minimal dans le domaine des études de bruit des transports par cartographie sur la même période de 5 ans, a été revu à 2 millions € HTVA conformément à la demande de Monsieur NEMERLIN du 27 avril.
- que le nombre de 12 acousticiens indiqués au cahier spécial des charges en ce qui concerne la capacité technique correspond au nombre indiqué par Monsieur Eric BRUYERE dans son email du 27 avril 2011
- que la pondération du prix dans les critères d'attribution du marché a été ajustée à 30 points sur 100 conformément à la proposition de Monsieur CLAIRBOIS du 20 avril 2011 (pièce 4), soit «Pour 2011, ce serait bien de faire 30% prix et 70% qualité»

Exigence 1 : Chiffre d'affaires (CA) demandé globalement

	CA GLOBAL	En cas de groupement, CA min exigé pour au moins 1 membre du groupement
En 2007 (marché précédent)	3.000.000	2.000.000
Email du 27 avril de Monsieur CLAIRBOIS	9.000.000	4.000.000
En 2011 (marché actuel)	10.000.000	4.000.000
		confirmé par Monsieur NEMERLIN le 27 avril

Exigence 2 : Chiffre d'affaires (CA) demandé spécifiquement pour des études antérieures de cartographie du bruit des transports

	CA global	En cas de groupement, CA min exigé pour au moins 1 membre du groupement
En 2007 (marché précédent)	600.000	400.000
Email du 27 avril de Monsieur CLAIRBOIS	2.500.000	1.500.000
En 2011 (marché actuel)	2.000.000	1.000.000
	Revu à la baisse par rapport à la proposition de Monsieur CLAIRBOIS conformément à la demande de Monsieur NEMERLIN du 27 avril	

Il importe de noter que ce cahier spécial des charges a été approuvé par la Région Wallonne le 7 septembre 2011 et par la SÖFICO le 24 juin 2011, soit postérieurement aux contacts intervenus entre Monsieur Jean-Pierre CLAIRBOIS et Monsieur Pierre GILLES.

- que les critères d'attribution du marché ont été ajustés dans le sens de la proposition de Monsieur CLAIRBOIS du 20 avril 2011 (pièce 4), comme le montre le tableau ci-dessous :

	Marché de 2007 Critères d'attribution du cahier des charges	Proposition de Monsieur CLAIRBOIS du 20 avril 2011	Marché de 2011 Critères d'attribution du cahier des charges
Méthodologie et compréhension du projet	38	40	30
Qualité de l'offre		5	
Moyens matériels	7	7	15
chef de projet et équipe	15	18	25
TOTAL	60	70	70

Il résulte des faits précités que le cahier spécial des charges applicable au marché litigieux a été adapté aux souhaits formulés par l'un des soumissionnaires en violation évidente du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

[...]. Ne souhaitant pas être associée aux pratiques de Monsieur CLAIRBOIS et des autres membres du consortium, la SPRL I.C.A. avait dénoncé, dès le 16 juin 2011, les conventions de partenariat et de confidentialité conclues le 6 décembre 2010 dans les termes suivants (pièce 11) :

«Considérant vos démarches et s'agissant du respect des lois, nous avons décidé de ne pas remettre offre avec votre société dans le cadre des appels d'offres, présents ou à venir, dont question sous rubrique.

A dater de ce jour, nous nous considérons donc libres de toutes obligations généralement quelconques, notamment vis-à-vis des lettres d'intention dont copie en annexe et que nous dénonçons».

A la suite de cette dénonciation et par citation du 11 juillet 2011, les sociétés A-TECH, BANP, BESC, ATS ainsi que le CAT CEDIA de L'Université de Liège et Monsieur PLEECK ont assigné la SPRL I.C.A. devant Madame le Président du Tribunal de Commerce de Liège siégeant en référé en vue d'obtenir sa condamnation sous peine d'astreinte à «retirer l'offre qu'elle [avait déposée] en association avec le bureau AUREA dans le cadre du marché de la cartographie du bruit des agglomérations de plus de 100.000 habitants» ainsi qu'à «s'abstenir de toute offre ou de toute participation à une offre, directement ou indirectement, individuellement ou par le biais d'une association ou d'une société tierce, concernant les marchés relatifs aux axes routiers ou aux axes ferroviaires.»

Par ordonnance du 6 octobre 2011, Madame le Président du Tribunal de Commerce de Liège a déclaré cette demande non-fondée et a condamné les parties demandereses aux dépens de l'instance (pièce 12).

La société A-TECH et les autres membres du consortium, qui apparaissent en qualité de sous-traitants de A-TECH dans l'offre déposée par cette dernière dans le cadre du marché litigieux, n'ont pas interjeté appel de l'ordonnance précitée, qui a été signifiée le 27 décembre 2011 et qui est donc définitive.

Les parties précitées n'ont pas non plus introduit d'action au fond à l'encontre de la SPRL I.C.A.".

VII.2. Arguments des parties adverse et intervenante

Dans leur note d'observations, les parties adverses font valoir ce qui suit:

- " Le premier moyen de la requête est fondé sur une prétendue méconnaissance du principe d'égalité de traitement, tel qu'il est consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution. Les requérantes invoquent également le non-respect des principes généraux de bonne administration, ainsi que la violation des articles 246 et 247 du Code pénal.

En résumé, les requérantes exposent avoir conclu, dans un premier temps, une convention avec la société A-TECH et ses sous-traitants, par laquelle – si l'on s'en tient aux affirmations contenues dans la requête – un partenariat avait été conclu entre les différentes parties signataires. A la lecture de l'article 1^{er} de la convention, tel que présenté dans la requête, il apparaît que les parties s'étaient engagées à n'introduire, ensemble, qu'une seule offre pour le marché litigieux : « Les entités précitées s'engagent à rédiger les offres relatives au marché susmentionné en exclusivité totale pour et avec l'équipe ici présentée, en lui apportant toutes les ressources et données nécessaires à sa bonne rédaction».

Semblable engagement - à s'en tenir à celui-ci - ne paraît pas, à première vue, constitutif d'une entente, au sens de l'article 11 de la loi dès lors qu'il ne ressort pas du texte de la convention que celle-ci aurait eu pour objectif de fausser les conditions normales de la concurrence.

Toujours est-il que les requérantes exposent avoir dénoncé ces engagements contractuels, ceci leur permettant de déposer une offre en leur nom propre, après -selon leurs affirmations -s'être rendues compte que des contacts auraient été pris

entre la société A-TECH et le fonctionnaire dirigeant, chargé de la préparation du cahier spécial des charges, en vue de s'entendre sur tel ou tel aspect de ce dernier.

A cet égard, les requérantes portent des accusations particulièrement graves, notamment, à l'égard du fonctionnaire dirigeant : selon elles, les faits qu'elles entendent mettre à sa charge, ainsi qu'à celle de l'administrateur de la société A-TECH, Monsieur CLERBOIS, seraient constitutifs, ni plus, ni moins, que de corruption, au sens des articles 246 et 247 du Code pénal. La violation de ces deux dispositions est d'ailleurs invoquée à l'appui du moyen.

De telles accusations, de nature pénale, échappent au contrôle exercé par le Conseil d'Etat dans le cadre du contentieux administratif pour ressortir exclusivement à la compétence des juridictions judiciaires pénales (voyez, en ce sens : C.E., 15 mars 2010, X, n°201.870).

En tant qu'il est fondé sur la violation des articles 246 et 247 du Code pénal, le moyen est donc irrecevable.

Pour le surplus, les requérantes s'essayent à démontrer, dans leur recours, que le contenu du cahier spécial des charges aurait été influencé par un des soumissionnaires et qu'il s'agirait donc d'un cahier spécial des charges établi «sur mesure». Il y aurait donc eu, de ce fait, «favoritisme».

Comme le note Monsieur Philippe FLAMME, la pratique des cahiers des charges sur mesure consiste en «la rédaction orientée de clauses techniques du cahier spécial des charges, voire la participation directe ou indirecte de l'un des futurs soumissionnaires à l'élaboration dudit cahier des charges» (PH. FLAMME, «La place du pouvoir politique dans les marchés publics», Les marchés publics à l'aube du XXIème siècle, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 124).

La pratique dénoncée consiste à réduire artificiellement la concurrence en énonçant des conditions techniques restrictives, que seul tel soumissionnaire serait à même de respecter. Quoique relativement rares, les arrêts sanctionnant ce type de pratique concernent donc la fixation de contraintes techniques sans utilité particulière, mais ayant pour effet d'écarter la concurrence (voyez : C.E., 20 février 1987, n°27.566, Entr. et dr., 1989, p. 148 ; C.E., 5 janvier 1999, B.V. SULO, n°77.947). Ceci requiert un examen approfondi du dossier administratif, peu compatible avec une procédure en référé d'extrême urgence (C.E., 8 juillet 2002, S.A. VAREC, n°108.956).

Il y aurait alors, dans ce cas, une forme de détournement de pouvoir, et ce dès lors que l'administration userait de ses compétences à des fins étrangères à l'intérêt général (C.E., 17 juin 2011, Joseph, n°213.953). C'est en ce sens qu'il convient, dès lors, d'interpréter le premier moyen de la requête (voyez sur ce point : C.E., 19 décembre 2011, Biernaux, n°216.922).

C'est dire que l'on attend du requérant qui affirme l'existence de semblable pratique ne peut se contenter d'affirmations ou de suppositions, mais doit véritablement apporter la preuve de ce qu'il avance (en ce sens : C.E., 9 mai 2011, Prignon, n°213.102). Ceci s'explique par la gravité des accusations portées (C.E., 9 mai 2000, Morimont, n°87.144).

Or, en l'espèce, force est de constater que les accusations de collusion figurant dans la requête ne reposent que sur des courriers électroniques échangés entre l'administrateur de la société A-TECH et des responsables d'autres entreprises signataires de la convention de collaboration à laquelle la S.P.R.L. I.C.A. était initialement partie.

Sans qu'il ne soit même nécessaire de rappeler, ici, combien les courriers électroniques peuvent être sujets à caution en tant que mode de preuve, il suffira de

constater qu'à aucun moment, les requérantes ne produisent des échanges de mails entre le fonctionnaire dirigeant et le responsable de la société A-TECH.

Ce n'est, en définitive, que de manière indirecte et par des déductions et recoupements que les requérantes concluent à l'existence d'une manipulation dans la rédaction du cahier spécial des charges.

Or il ne suffit pas que les explications fournies par les requérantes soient plausibles pour qu'il puisse être conclu à un détournement de pouvoir. En effet, de jurisprudence constante, «pour pouvoir conclure au détournement de pouvoir, il convient que les arguments du requérant ne se résument pas à de pures affirmations et que, de surcroît, il apporte des éléments concrets tendant à établir le but illicite qu'aurait poursuivi l'auteur de l'acte attaqué» (C.E., 23 janvier 2012, Jacquij, n°217.426).

Mais il y a plus.

Pour que le détournement de pouvoir puisse être admis, encore faut-il que le requérant soit en mesure de prouver que l'auteur de l'acte a eu pour intention exclusive ou principale, de lui nuire ou de poursuivre un intérêt illicite (C.E., 13 juillet 2006, S.C.R.L. URADEX, n°161.348).

Ceci doit nécessairement conduire à examiner les points sur lesquels il y aurait eu, ici, un prétendu détournement de pouvoir...De la requête, il ressort que les requérantes articulent principalement leurs critiques autour des aspects du cahier spécial des charges qui concernent la phase de sélection qualitative des candidats soumissionnaires. En effet, leurs griefs portent, tour à tour, sur la hauteur du chiffre d'affaires requise pour pouvoir être candidat, sur la période de référence, sur le nombre d'acousticiens qui est exigé.

Or il échet d'observer que les requérantes ont bel et bien franchi le cap de la sélection qualitative, tout comme d'ailleurs le troisième candidat soumissionnaire. Dans ces conditions, il convient de s'interroger sur leur intérêt au moyen.

Il en va de même en ce qui concerne la seule critique relative aux critères d'attribution, laquelle concerne la pondération entre le prix et la qualité du service offert. La critique de manipulation des critères d'attribution manque à nouveau de pertinence puisque le pouvoir adjudicateur était dans l'incapacité de déterminer, a priori, qui remettrait le prix le plus élevé ou le prix le plus bas et comment les offres se situeraient les unes par rapport aux autres. Le fait d'attribuer 30% au critère « prix » ne saurait donc être interprété comme de nature à favoriser, de manière certaine, un soumissionnaire déterminé. Le pouvoir adjudicateur est, en effet, libre de fixer la pondération des critères d'attribution, et ce d'autant qu'il ne saurait lui être ici reproché d'avoir commis, ce faisant, une erreur manifeste d'appréciation.

Les requérantes ne démontrent donc pas qu'en adoptant, avec le contenu qu'on lui connaît, le cahier spécial des charges litigieux, le pouvoir adjudicateur était animé de l'intention exclusive ou principale de leur nuire (C.E., 4 juin 2002, Association Pharmaceutique Belge et consorts, n°107.295).

Le moyen ne peut donc être tenu pour sérieux."

Dans leur requête, les requérantes en intervention répondent au moyen dans les termes suivants :

" [...]. Le considérant 8 de la Directive n° 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, précise que : «avant le lancement d'une procédure de passation d'un marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en recourant à un

'dialogue technique', solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence».

[...].Le droit européen reconnaît ainsi expressément l'admissibilité du procédé de prospection du marché. Le Conseil d'Etat en avait admis le principe, déjà il y a près de 20 ans.

[...].Transposant sur ce point la directive 2004/18 précitée, l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques consacre désormais la prospection du marché dans la réglementation belge:

«Art. 5 : Avant de lancer une procédure de passation, le pouvoir adjudicateur peut prospecter le marché en vue d'établir les documents et les spécifications du marché, à condition que cette prospection n'ait pas pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence».

[...]. La doctrine précise que, surtout dans des marchés complexes, le pouvoir adjudicateur peut ne pas être capable de déterminer avec suffisamment de précision ce qu'il peut attendre des opérateurs économiques, s'agissant soit de la définition des spécifications techniques, soit du niveau de prestation requis par les critères de sélection ou d'attribution. Dans ce cas, il peut recourir, avant le lancement de la procédure de passation, à la prospection du marché afin de se procurer les informations techniques nécessaires à l'élaboration de son cahier des charges, en veillant toutefois à ne pas rompre ou fausser la concurrence.

[...]. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a pris des contacts avec la requérante en intervention, qui a exécuté un marché identique au marché litigieux attribué en 2007, ainsi que d'autres marchés ultérieurs de la Région wallonne et de la Sofico en matière d'études acoustiques, afin de s'informer en particulier sur les questions techniques tenant aux niveaux de capacités financière et technique qui pouvaient être attendus et sollicités du secteur, compte tenu de l'ampleur du présent marché.

[...]. Les courriels émanant de Monsieur Clairbois et adressés aux bureaux et sociétés membres du groupement qui était pressenti pour faire offre au présent marché - dont faisait partie la S.P.R.L. ICA-, ne montrent rien d'autre.

[...]. Monsieur Clairbois s'est borné à transmettre des informations, au surplus *non* confidentielles ; il n'a jamais proposé de critères de sélection.

[...]. Qui plus est, les critères de sélection retenus par les parties adverses dans le cahier des charges n'ont eu aucun effet discriminatoire et n'ont en rien faussé la concurrence, puisque, aux termes de l'acte attaqué, les trois soumissionnaires satisfaisaient à ces critères et ont été sélectionnés.

[...]. Et les parties requérantes n'affirment pas que les niveaux requis par le cahier des charges en termes de capacité économique et technique ne seraient pas pertinents ou seraient disproportionnés eu égard à l'ampleur du marché.

[...]. S'agissant des critères d'attribution, si des idées ont été échangées au sein des membres du groupement pressenti sur la pondération de ces critères, et si certaines personnes au sein de ce groupement - en particulier Monsieur Vincent Trefois, représentant de la S.P.R.L. ICA- auraient souhaité que ces idées soient répercutées auprès du pouvoir adjudicateur, ce dernier n'a pas sollicité d'informations de la part de la requérante en intervention. Monsieur Clairbois n'a donc pas soumis au pouvoir adjudicateur les idées qui ont été échangées «en interne».

[...]. Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, les critères d'attribution du cahier des charges et leur pondération n'ont en rien été proposées ou même suggérées par la requérante en intervention. La meilleure preuve en est

que ces chiffres ne correspondent en rien aux pondérations retenues finalement par le cahier des charges !

[...]. Il en ressort que les affirmations des parties requérantes manquent de tout sérieux. Il ne s'agit que d'allégations fausses, aussi gratuites que méchantes, dont le seul but est manifestement de nuire en diffamant la requérante en intervention.

[...]. Ajoutons que la S.P.R.L. ICA disposait de toutes les informations qu'elle dénonce aujourd'hui, puisqu'elle faisait partie, à l'époque, du groupement pressenti pour faire offre au présent marché et qu'elle a dénoncé ensuite la convention de partenariat et de confidentialité. Ces informations n'ont donc pu procurer à la requérante en intervention un avantage indu ; elles n'ont pu être, non plus, la cause d'une discrimination pour les parties requérantes.

[...]. En conclusion, le moyen manque en droit en ce qu'il déduit une discrimination et même des infractions pénales du seul fait qu'une prospection du marché a été organisée par le pouvoir adjudicateurs dans le respect des principes régissant cette pratique en droit européen et belge des marchés publics.

[...]. Le moyen manque également en fait, dès lors qu'il est évident que les critères de sélection du cahier des charges, élaborés par le pouvoir adjudicateur au terme d'une prospection technique du marché, n'ont discriminé aucun candidat, les trois soumissionnaires en lice ayant été sélectionnés.

[...]. Il manque tout aussi radicalement fait, en ce qu'il soutient que les critères d'attribution auraient été pondérés par les parties adverses en vue d'avantager un soumissionnaire au détriment des autres. Par ailleurs, ce faisant, le moyen invoque en réalité le détournement de pouvoir qui doit être prouvé par des indices sérieux, graves et concordants, ce qui n'est certainement pas le cas en l'occurrence.

[...]. Le moyen ne peut être tenu pour sérieux.".

VII. 3. Décision du Conseil d'Etat

Il ne relève pas de la compétence du Conseil d'Etat d'apprécier si les faits rapportés par les requérantes sont – ainsi que celles-ci le soutiennent – constitutifs de corruption au sens des articles 246 et 247 du Code pénal. En tant qu'il formule ce grief et invoque la violation de ces dispositions, le moyen est irrecevable.

S'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'établir l'existence éventuelle d'une infraction, il lui incombe d'examiner, au regard des faits allégués par les requérantes, si, en élaborant le cahier spécial des charges du marché litigieux, les parties adverses ont pu adopter un comportement attentatoire aux principes d'égalité, de non-discrimination et d'égalité entre les soumissionnaires, de sorte que le moyen pris de leur violation devrait être déclaré sérieux. En toute hypothèse, et contrairement à ce que soutiennent les parties adverses et l'intervenante, un tel moyen ne peut être interprété en ce sens qu'il invoquerait un détournement de pouvoir. Le moyen impose, ni plus ni moins, de décider si le jeu de la concurrence a été (ou a pu être) faussé par le choix des critères de sélection qualitative et la pondération des critères d'attribution, ce que soutiennent en substance les requérantes, en dénonçant les contacts réguliers

entre Jean-Pierre CLAIRBOIS, administrateur-délégué de l'intervenante, et l'ingénieur P. GILLES (S.P.W.), fonctionnaire dirigeant du marché litigieux, lesquels contacts seraient intervenus en vue d'adapter le cahier spécial des charges aux souhaits de l'intervenante et des autres membres du partenariat constitué en décembre 2010.

Pour être établis à suffisance, les contacts ainsi intervenus et les fins que leur assignent les requérantes doivent apparaître crédibles et suffisamment vraisemblables. Pour l'essentiel, ils sont attestés par un ensemble de courriels échangés entre Jean-Pierre CLAIRBOIS et certains de ses interlocuteurs au sein du partenariat formé en décembre 2010 et auquel participa, dans un premier temps, l'une des requérantes.

Faute de produire des éléments concrets, qui autoriseraient pareille conclusion, les parties adverses et l'intervenante ne peuvent être suivies lorsqu'elles tentent de semer le doute sur les faits et propos dont rendent compte les courriers électroniques mentionnés, et ce, lorsqu'il s'agit tant de rappeler in abstracto combien les courriers électroniques peuvent être sujets à caution en tant que mode de preuve, que de fustiger, de manière générale, les caractères faux, gratuit et méchant des allégations des requérantes. Par ailleurs, le fait, invoqué par les parties adverses, qu'aucun échange de mails entre le fonctionnaire dirigeant et Jean-Pierre CLAIRBOIS ne soit produit, ne les privait pas de la possibilité de démentir, le cas échéant, certains des faits révélés par les courriels versés au dossier et impliquant ledit fonctionnaire dirigeant. Elles n'ont toutefois pas fait usage de cette faculté.

L'examen des écrits de procédure et des pièces produites à l'appui de ceux-ci permet d'établir les faits décrits et analysés comme suit :

- des contacts ont eu lieu entre Jean-Pierre CLAIRBOIS, administrateur-délégué de l'intervenante, et l'ingénieur P. GILLES (S.P.W.) durant la phase de rédaction du cahier spécial des charges du marché litigieux;
- quelle qu'ait été la teneur de ces échanges, il s'avère que l'objectif poursuivi par Jean-Pierre CLAIRBOIS, révélé par les courriels échangés avec ses partenaires, et à la réalisation duquel certains de ceux-ci ont contribué, a été d'influencer la rédaction de l'avis de marché et du cahier spécial des charges, tant pour la définition d'un niveau élevé d'exigences en sélection qualitative que pour la pondération des critères d'attribution. Témoignent notamment de cet objectif la référence à des marchés publics italiens de cartographie, cités en exemple, à l'occasion desquels les critères de sélection étaient «tellement hauts qu'il n'y avait plus de concurrence» (courrier électronique du 20 avril 2011), d'une part, ainsi que les considérations relatives au fait

qu'une pondération des critères d'attribution "30% prix et 70% qualité" serait préférable à celle qui avait prévalu dans le cadre du marché attribué en 2007 ("40% prix et 60% qualité") (courrier électronique du 20 avril 2011), d'autre part;

- il ressort du cahier spécial des charges finalement adopté par les parties adverses que la pondération des critères d'attribution correspond à celle que Jean-Pierre CLAIRBOIS et ses partenaires estimaient préférable. De même, l'avis de marché et le cahier spécial des charges font-ils apparaître que les exigences en matière de sélection qualitative sont sensiblement plus élevées que celles qui avaient été édictées en vue de la passation du marché attribué en 2007. Outre le fait que, suivant les termes du rapport d'analyse, l'un des soumissionnaires a estimé «quelque peu excessive l'exigence quant au nombre de personnes formées dans ce domaine au sein de l'équipe», il est révélateur que les exigences définies tant pour la capacité économique et financière que pour la capacité technique s'écartent vers le haut au regard de ce qu'indiquent les articles 70 et 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics: la déclaration relative aux chiffres d'affaires pertinents est requise pour une période de cinq ans (2006-2010), alors que la déclaration visée à l'article 70, alinéa 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, concerne les chiffres d'affaires réalisés au cours des trois derniers exercices; de même, la déclaration relative aux membres du personnel, et attestant que le soumissionnaire a disposé d'une moyenne annuelle d'au moins douze équivalents temps plein possédant une formation en acoustique environnementale, doit également porter sur une période de cinq ans, alors que les dispositions de l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 visent les trois dernières années.

Au regard de ces trois faits, dont la véracité ne pourrait être sérieusement discutée, l'étroite correspondance entre les intentions exprimées par Jean-Pierre CLAIRBOIS et les prescriptions du marché litigieux, finalement arrêtées par les parties adverses, ne paraît raisonnablement pouvoir être l'effet d'une simple coïncidence, heureuse pour l'attributaire de ce marché, mais semble prima facie résulter davantage de l'adoption d'exigences ou critères conformes aux attentes d'un futur soumissionnaire, à tout le moins au regard des orientations générales selon lesquelles celui-ci souhaitait que la procédure d'attribution du marché fût engagée. Dans ce contexte, l'élaboration du cahier spécial des charges du marché litigieux paraît bien s'être déroulée au mépris du principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Ce diagnostic, qu'étaient les indices concordants révélés par les pièces soumises au Conseil d'Etat, ne pourrait être infirmé par la thèse selon laquelle les contacts intervenus l'auraient été – comme le soutient l'intervenante – dans le cadre

d'un "dialogue technique" ou à la faveur d'une prospection du marché permettant aux parties adverses de se procurer les informations nécessaires à l'élaboration de leur cahier spécial des charges. L'utilité d'une telle prospection n'est établie, en l'espèce, par aucun élément concret qui aurait été produit au cours des débats, et paraît contredite par l'expérience acquise – dans le chef des pouvoirs adjudicateurs – à la faveur de commandes antérieures. Par ailleurs, et en toute hypothèse, pareille prospection, dont aucun détail relatif à l'organisation n'a pu être livré par les parties, semblerait, à tout le moins, ne pas s'être déroulée conformément au principe de transparence, corollaire des principes d'égalité et de non-discrimination, tels que ceux-ci sont applicables à la passation des marchés publics.

Enfin, il n'y a pas davantage lieu d'avoir égard au fait que les trois soumissionnaires ont franchi avec succès l'étape de la sélection qualitative, l'atteinte au jeu de la concurrence pouvant consister en ce que certains autres prestataires susceptibles d'être intéressés par le marché litigieux, n'ont pu participer à la procédure d'attribution, en raison du degré particulièrement élevé des exigences édictées au titre de cette sélection.

Sur la base des développements qui précèdent, il y a lieu de considérer, au terme de l'examen effectué dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, qu'en tant qu'il invoque la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires, le moyen doit être déclaré sérieux.

VIII. BALANCE DES INTERETS

Les parties adverses n'invoquent aucune circonstance qui permettrait d'établir que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduites par la société anonyme ACOUSTIC TECHNOLOGIES, en abrégé A-TECH, dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 7 février 2012 par le gouvernement wallon et la SOFICO dans le cadre d'un marché public de services portant sur la réalisation d'une cartographie du bruit le long des routes et autoroutes sur lesquelles circulent entre 3 et 6 millions de véhicules par an (cahier des charges n° N°01.06.05-11C65), laquelle décision a pour objet d'attribuer le marché à la société anonyme A-TECH ACOUSTIC TECHNOLOGIES.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 125 euros sont mis à la charge de la partie intervenante et sont réservés pour le surplus.

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

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.