CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.464 du 19 février 2014

G./A.211.201/VI-20.121

En cause : **la société anonyme MICHELIN BELUX**,

ayant élu domicile chez
Me Carlos DE WOLF, avocat,
Etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

la société anonyme de droit public Société Régionale Wallonne du Transport, en abrégé la S.R.W.T.,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Patrick GOFFAUX, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BRIDGESTONE BELUX,

ayant élu domicile chez
Mes Willem SLOSSE et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 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 31 décembre 2013, la société anonyme MICHELIN BELUX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision prise le 11 décembre 2013 par le conseil d'administration de la société régionale wallonne du transport attribuant le lot 1 du marché public portant sur la fourniture de pneumatiques pour autobus à la société anonyme BRIDGESTONE BELUX.

Par une requête introduite le 14 février 2014, la société anonyme MICHELIN BELUX demande l'annulation de la même décision.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 3 janvier 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 février 2014 à 10 heures.

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

La société anonyme BRIDGESTONE BELUX a, par une requête introduite le 7 février 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Mes Carlos DE WOLF et Patrick DE SOETE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes France MAUSSION et Patrick GOFFAUX, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Alain GUNZBURG et Renaud SIMAR, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis contraire.

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 décision attaquée a été prise dans le cadre d'un marché à passer par procédure négociée avec publicité, dont l'objet est la fourniture exclusive de pneumatiques pour autobus aux différentes sociétés d'exploitation du groupe TEC.

III. 2. Le marché a fait l'objet d'une publication au Bulletin des adjudications du 4 juillet 2013 et dans le supplément au Journal officiel de l'union européenne du 9 juillet 2013.

Un avis rectificatif a été publié au Bulletin des adjudications du 8 août 2013 et au supplément au Journal officiel de l'union européenne du 14 août 2013.

III. 3. Les clauses contractuelles et administratives, ainsi que les dispositions techniques du marché, sont incluses dans le cahier spécial des charges n° "TECH 1614 - Fourniture de pneumatiques pour autobus, Livraison 2014-2017".

Le chapitre 1 du cahier spécial des charges définit l'objet du marché ainsi que ses limites dans les termes suivants :

" § 1.1. Définition de l'objet du marché
Le présent marché a pour objet la fourniture exclusive de pneumatiques pour autobus aux différentes Sociétés d'Exploitation du groupe TEC.
Ces fournitures répondront aux spécifications reprises dans la partie technique du présent cahier spécial des charges.
Des pneus peuvent éventuellement être commandés dans le but d'assurer la première monte sur les nouveaux autobus. Ces pneus seront fournis dans les ateliers des constructeurs adjudicataires, aux conditions du présent marché.
Le marché s'étalera sur une période de 4 ans, du 01/01/2014 au 31/12/2017.

§ 1.2. Limites du marché
Le présent marché comprend la fourniture de +/- 11.260 pneus urbains pour autobus, répartis comme suit :

LOTS	DIMENSIONS	PROFIL		QUANTITES PRESUMEES
		BASE	VARIANTE	
1	275/70R22,5	4saisons (M+S) / t	Ligné	10.000
2	305/70R19,5	4saisons (M+S) / t	Ligné	370
3	315/60R22,5	4saisons (M+S) / t	Ligné	320
4	295/80R22,5	4saisons (M+S) / t	Ligné	450
5	225/75R16	4saisons (M+S) / t	Ligné	120
	TOTAL			11.260

Le marché comprend en outre :
- les essais de conformité aux prescriptions du présent cahier spécial des charges;
- le transport et le déchargement des fournitures dans les dépôts des cinq Sociétés d'Exploitation dont les adresses figurent en annexe 2, ou dans les installations des constructeurs de bus, le cas échéant (voir § 1.1. ci-dessus), situées en Belgique;
- l'engagement, de la part du soumissionnaire, de fournir des pneus d'autres dimensions que celles prévues (voitures, camions, camionnettes, minibus, autobus) en accordant aux TEC une ristourne uniforme (annexe A.1) sur le tarif "grossiste" qui sera joint à l'offre (tarif à faire figurer à l'annexe A.8 au modèle de soumission); le soumissionnaire précisera où, ou auprès de quel revendeur local, une telle ristourne pourra être obtenue; avantage sera donné à la proximité de ces points de vente par rapport aux ateliers centraux des TEC dont les coordonnées figurent en annexe 2.

Les lots pourront être attribués séparément.

Le soumissionnaire est libre de remettre prix pour un ou plusieurs lots.
Le Maître de l'Ouvrage garantit à l'adjudicataire l'exclusivité de la commande, par le Groupe TEC, des pneus neufs de la dimension retenue et ce, pendant la période

considérée. Il ne peut cependant garantir le volume de ses achats, ceux-ci dépendant partiellement de circonstances indépendantes de sa volonté : évolution des kilomètres parcourus, renouvellement du matériel accompagné de changement de type de pneus, évolution des tenues kilométriques, incidents divers, …

Les quantités globales à fournir sont donc approximatives et non contractuelles, et s'entendent pour des livraisons dans les divers dépôts des Sociétés d'Exploitation, au fur et à mesure de leurs besoins, et aux dates fixées par elles.

Le Maître de l'Ouvrage se réserve cependant le droit d'acquérir, auprès d'autres fournisseurs éventuels, de petites séries de pneumatiques, aux fins d'expérimentation. Ces acquisitions ne pourront cependant dépasser 5% des quantités réellement acquises auprès du fournisseur qui a obtenu la livraison des pneus de la dimension concernée.".

III. 4. Le chapitre 2 du même cahier spécial des charges prévoit que le marché est "à bordereau de prix" et passé selon la procédure négociée avec publicité. Les prix unitaires sont forfaitaires, le prix à payer étant obtenu en appliquant le prix unitaire aux quantités commandées et livrées.

Il est précisé que le marché constitue un "contrat cadre", les quantités prévues étant estimatives, régissant les fournitures en exclusivité pendant une période donnée.

III. 5. Il ressort de la décision attaquée qu'à la suite de l'appel aux candidatures, cinq sociétés ont introduit une demande de participation.

Outre la requérante et la société BRIDGESTONE BELUX, les sociétés CONTINENTAL BENELUX, YOKOHAMA BELGIUM et GOODYEAR-DUNLOP BELGIUM ont présenté des offres qui répondaient aux conditions minimales de caractère juridique, fiscal, financier et technique exigées dans l'appel à candidatures.

Ces cinq candidats sélectionnés ont ensuite reçu le cahier spécial des charges leur permettant de remettre une offre.

III. 6. Par un courrier daté du 14 octobre 2013, la requérante a fait parvenir son offre pour le lot 1 et le lot 4 du marché.

III. 7. Le cahier spécial des charges prévoit dans son chapitre 3 les critères sur la base desquels les offres seront classées en vue de l'attribution du marché.

Ils sont les suivants :

" § 3.1. Critères d'attribution du marché (lots 1 à 5)

Après sélection des offres administrativement et techniquement conformes, celles-ci seront classées selon les critères suivants :

1) Prix de revient kilométrique (60 points)
Le soumissionnaire indiquera dans son offre, pour chaque TEC, les valeurs contractuelles suivantes :

1. Le kilométrage minimal garanti K10 pour une profondeur résiduelle de sculptures égale à 10 mm (donnée nécessaire à la détermination de la courbe de vie contractuelle définie au chapitre 9);

2. le kilométrage minimal garanti K4 pour une profondeur résiduelle de sculptures égale à 4 mm;

Pour la détermination des kilométrages garantis, le soumissionnaire se basera sur les hypothèses reprises au chapitre 9.

Sauf démonstration expresse et convaincante du soumissionnaire, la SRWT se réserve le droit de corriger, dans la mesure du possible, ou d'écarter toute soumission faisant état d'un kilométrage garanti anormal par comparaison avec les kilométrages moyens obtenus précédemment sur le réseau des TEC locaux avec des pneus de mêmes dimensions dont la hauteur des sculptures est comparable.

Le prix de revient kilométrique pris en compte dans la comparaison des offres sera calculé comme suit :

$$P_K = Z * (P_1 + 0{,}5*P_2 + M_1 - C) / (K_1 + 0{,}5K_2)$$

- P_K prix de revient kilométrique pris en compte
- P_1 prix d'achat du pneu neuf
- P_2 prix du retaillage, y compris les coûts opérationnels, estimés forfaitairement à 68€
- M_1 coût opérationnel d'un pneu neuf (main d'œuvre), estimé forfaitairement à 76 €
- C reprise de la carcasse offerte par le soumissionnaire (2.5.2.e)
- K_1 kilométrage garanti du pneu neuf, calculé conformément aux règles du chapitre 9, en considérant une utilisation jusqu'à 4 mm de profondeur résiduelle des sculptures
- K_2 kilométrage du pneu retaillé, calculé conformément aux règles du chapitre 9, en considérant une utilisation jusqu'à 4 mm de profondeur résiduelle des sculptures
- Z coefficient de révision tel que défini au § 6.4 ci-après.

2) Caractéristiques techniques et environnementales du produit offert (30 points)

Le Maître de l'Ouvrage appréciera les caractéristiques techniques présentées par le produit offert notamment celles demandées au § 8.5 ci-après, présentées en annexe A.8 de l'offre.

De plus, les pneumatiques offerts seront comparés sur base des résultats obtenus lors des test définis par le Règlement n° 1222/2009 du Parlement Européen et du Conseil.

Le soumissionnaire fournira donc à cet effet, en annexe A.9 à l'offre, les données suivantes :
1. Classe d'efficacité en carburant;
2. Classe d'adhérence sur sol mouillé;

3. Classe et valeur mesurée du bruit de roulement externe.

3) Service après-vente (5 points)

Le soumissionnaire a l'opportunité de mettre en exergue la qualité de son service après-vente : visites, rapports, suivi des problèmes, séances de formation concernant le montage, le retaillage, l'entretien, conseils favorisant la meilleure utilisation du produit… (descriptif à faire figurer en annexe A.10 à la soumission).

4) Qualité administrative (2,5 points)

Le soumissionnaire a l'opportunité de mettre en exergue toute proposition visant à améliorer les prescriptions administratives (nombre minimum de pneus par fourniture, délais de fourniture…) (modèle de soumission et annexe A.6 à la soumission).

5) Taux de ristourne (2,5 points)

Appréciation du taux de ristourne dont question au § 1.2 du présent cahier des charges (annexe A.1 à la soumission).".

III. 8. Par un courrier électronique du 5 novembre 2013, la partie adverse a posé deux questions à la requérante qui y a répondu par un courrier électronique du 12 novembre 2013.

III. 9. Lors de la réunion du 11 décembre 2013, le conseil d'administration de la S.R.W.T. a décidé d'attribuer le lot 1 à la société anonyme BRIDGESTONE BELUX, pour un montant de 2.978.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Cette décision repose notamment sur les motifs suivants, contenu dans la note annexée à celle-ci et relatifs à l'analyse des offres au regard du critère n° 1 :
"

Lot 1	MICHELIN	BRIDGESTONE	CONTINENTAL	YOKOHAMA RY537	YOKOHAMA SY397	DUNLOP	GOODYEAR
Prix moyen révisé (EUR/1000km)	3,67	3,67	3,94	5,31	8,61	4,69	4,80
Cote (/60)	59,96	60,00	55,78	41,47	25,55	46,89	45,79
Classement	2	1	3	6	7	4	5

"

III. 10. La décision attaquée a été portée à la connaissance de la requérante par un courrier recommandé daté du 16 décembre 2013, reçu par elle le 17 décembre 2013.

Le courrier recommandé contient en annexe les mentions légales relatives aux voies de recours, ainsi que la note destinée au conseil d'administration du 11 décembre 2013 contenant la proposition d'attribution.

La décision attaquée porte notamment ce qui suit :

" Le Conseil d'Administration, pour les motifs énoncés dans la présente note et ses annexes, lesquelles font partie intégrante de la décision, marque son accord sur l'attribution du :

- Lot 1, fourniture d'environ 10.000 pneus de type «275/70 R22,5 Urban All Positions M + S », à la Firme BRIDGESTONE, pour un montant estimé à 2.978.000 EUR HTVA, taxe environnementale comprise, pour la période s'étalant du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2017, contrat sur base duquel les TEC s'approvisionneront au fur et à mesure de leurs besoins;

- Lot 2, fourniture d'environ 370 pneus de type «305/70R19,5», à la firme BRIDGESTONE, pour un montant estimé à 116.846 EUR HTVA, taxe environnementale comprise, pour la période s'étalant du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2017, contrat sur base duquel les TEC s'approvisionneront au fur et à mesure de leurs besoins;

- Lot 3, fourniture d'environ 320 pneus de type «315/60R22,5», à la Firme CONTINENTAL, pour un montant estimé à 115.785 EUR HTVA, taxe environnementale comprise, pour la période s'étalant du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2017, contrat sur base duquel les TEC s'approvisionneront au fur et à mesure de leurs besoins;

- Lot 4, fourniture d'environ 450 pneus de type «295/80R22,5», à la firme MICHELIN, pour un montant estimé à 197.287 EUR HTVA, taxe environnementale comprise, pour la période s'étalant du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2017, contrat sur base duquel les TEC s'approvisionneront au fur et à mesure de leurs besoins.

- Lot 5, fourniture d'environ 120 pneus de type «225/75R16», à la firme BRIDGESTONE, pour un montant estimé à 16.176 EUR HTVA, taxe environnementale comprise, pour la période s'étalant du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2017, contrat sur base duquel les TEC s'approvisionneront au fur et à mesure de leurs besoins.

Soit un total, pour les cinq lots, de 3.324.094 EUR HTVA.".

La requérante poursuit uniquement la suspension de l'exécution de la décision d'attribution en ce qui concerne le lot 1 du marché.

IV. INTERVENTION

Par une requête introduite le 7 février 2014, la société BRIDGESTONE BELUX a demandé à pouvoir intervenir dans la présente procédure.

Cette société étant l'attributaire du marché contesté, elle a intérêt à se porter partie intervenante.

Rien ne s'oppose à ce que sa demande soit acceptée.

V. EXTREME URGENCE

La requérante affirme que la décision attaquée a été portée à sa connaissance par une lettre recommandée du 16 décembre 2013, reçue le 17 décembre 2013, ce que confirment les pièces de la procédure.

Dans ces conditions, la requête, introduite le 31 décembre 2013, l'a été dans le délai de 15 jours prévus par l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et l'extrême urgence paraît ainsi suffisamment établie.

VI. MOYEN UNIQUE

VI.1. Thèse des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen unique de la "Violation de l'article 107 de l'Arrêté Royal du 16 juillet 2012; violation des articles 4 et 5 de la Loi du 17 juillet [lire juin] 2013; violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs […], notamment l'obligation de motivation matérielle; violation des principes de bonne administration, en particulier la violation de l'obligation de prendre ses décisions avec soin (devoir de minutie), du principe de prudence et du principe d'égalité, ainsi que du principe général «patere legem quam ipse fecisti»".

La requérante développe tout d'abord les fondements qu'elle entend donner à son moyen unique.

Elle rappelle les dispositions de l'article 107 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, celles des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que celles des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle fait valoir que le principe d'égalité que doit respecter une autorité adjudicatrice trouve sa base dans la Constitution, notamment dans les articles 10 et 11 de celle-ci et qu'il a été confirmé par la jurisprudence de la Cour de Justice

européenne, notamment par l'arrêt C-59/00 du 3 décembre 2001, dans les termes suivants :

" En effet, bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité (voir, en ce sens, arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. P. I-10745, point 60)".

Elle énonce que, dans la communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives "marchés publics" (Journal Officiel de l'Union européenne du 1er août 2006), la Commission européenne a confirmé le principe de la manière suivante:

" Lors de la passation de marchés publics relevant du champ d'application du traité CE, les entités adjudicatrices des États membres sont tenues de se conformer aux règles et aux principes énoncés dans le traité, concernant notamment la libre circulation des marchandises (article 28 du traité CE), le droit d'établissement (article 43), la libre prestation de services (article 49), la non-discrimination et l'égalité de traitement, la transparence, la proportionnalité et la reconnaissance mutuelle".

Elle fait valoir que le principe de l'égalité a comme conséquence "que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées" (C.J., n°C-331/04, du 24 novembre 2005), que ce principe garantit un traitement égal des soumissionnaires dans le cadre de l'évaluation des offres et qu'il a été confirmé par la Cour de Cassation comme un principe de droit, inhérent à la réglementation des marchés publics, dans les termes suivants:

" Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, qui est notamment fondé sur le principe d'égalité tel qu'il découle des articles 10 et 11 de la Constitution, est inhérent à la réglementation relative à la passation des marchés publics et, dans le cadre d'une adjudication publique, fait obstacle à une interprétation libre du marché par les soumissionnaires (Cass., 17 décembre 2009, C.08.0514.N)".

Elle affirme, en s'appuyant sur des références de jurisprudence, que :

" Le principe de droit patere legem quam ipse fecisti a comme conséquence qu'une autorité adjudicatrice doit, notamment dans le cadre de la prise d'une décision d'attribution dans le cadre d'un marché public, respecter les dispositions administratives de son cahier spécial des charges",

et que,

" nonobstant le fait que le Conseil d'Etat ne peut pas se mettre à la place de l'autorité adjudicatrice en ce qui concerne l'appréciation des offres, le Conseil d'Etat est

compétent [pour] contrôler si l'autorité adjudicatrice a appliqué son pouvoir discrétionnaire avec le respect des principes de bonne gestion et l'adage patere legem quam ipse fecisti".

Elle soutient encore, sur la base de références jurisprudentielles et doctrinales, que :

" Le principe de prudence implique, d'un coté, qu'une autorité adjudicatrice doit veiller à ce que sa décision d'attribution [soit] préparée d'une manière professionnelle et diligente et que, d'un autre coté, l'autorité adjudicatrice [prenne] en compte, au moment qu'elle prend la décision d'attribution, tous les éléments et circonstances qui ont une relevance en considération".

Elle fait valoir encore que le principe de prudence est souvent invoqué comme un moyen en combinaison avec d'autres principes de bonne gestion administrative mais que sa violation peut également servir de moyen autonome.

Elle entend souligner que, selon un arrêt n° 224.298 du 8 juillet 2013, dans une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur qui compare les mérites respectifs de plusieurs offres au regard d'un critère d'attribution qualitatif dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qu'il revient toutefois au juge de l'excès de pouvoir de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision et de censurer une appréciation manifestement déraisonnable, que la procédure en suspension d'extrême urgence instituée par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services présente un caractère spécifique, que la volonté du législateur a été de prescrire que cette procédure, à mener dans des délais réduits, soit limitée à des irrégularités manifestes, en sorte qu'un moyen ne peut être qualifié de sérieux que si l'illégalité dénoncée revêt un caractère suffisamment évident.

Elle affirme encore que, par un arrêt du 12 novembre 2012, n° 221.338, il a été indiqué que la motivation prescrite par la loi impose à l'autorité adjudicatrice d'expliquer valablement sa décision d'attribution du marché public et qu'elle doit procurer aux autres soumissionnaires, comme dans le cas présent à la requérante, l'avantage de la comprendre.

La requérante en arrive ensuite au cas d'espèce.

Elle énonce que le moyen repose particulièrement sur l'appréciation par la partie adverse du premier critère d'attribution : le prix de revient kilométrique (60 points sur un total de 100 points), "tel qu'il a été appliqué en vertu de l'offre de la Partie [intervenante] pour le premier lot".

Elle rappelle la définition de ce premier critère d'attribution dans le cahier spécial des charges.

Elle affirme qu'"il s'agit plus particulièrement des données prises en compte par la Partie Adverse dans la formule telle que décrite ci-dessus et notamment le critère K_1, défini comme «kilométrage garanti du pneu neuf, calculé conformément aux règles du chapitre 9, en considérant une utilisation jusqu'à 4 mm de profondeur résiduelle des sculptures». Il ressort de la Décision Attaquée que, en ce qui concerne le pneu du type «275/70R22,5 Urban All Positions M+S», proposé par la Partie [intervenante], la Partie Adverse a pris en compte un montant de kilométrage garanti à l'occurrence de 81.000. Le montant pris en considération pour la Partie Requérante est de 97.985 kilomètres".

Elle s'attache à l'analyse de l'attribution des points à son offre et à celle de l'attributaire du marché pour le lot 1.

Elle affirme que le montant inclus dans son offre repose sur des données disponibles auprès de la partie adverse, notamment en ce qui concerne l'usage et l'usure des pneus, données fournies par la société MICHELIN BELUX dans le cadre d'un précédent marché public de fournitures, que, sur la base de ces données, le montant inclus dans son offre en ce qui concerne le facteur K_1, kilométrage garanti du pneu neuf, est réaliste et fiable et qu'il se voit notamment confirmé par les données rassemblées par la partie adverse et inclus comme pièce 13, communiquée à titre confidentiel.

Elle considère "que le montant, pris en compte pour la Partie [intervenante], notamment 81.000 km comme le facteur K_1, s'avère manifestement exagéré et repose donc soit sur une appréciation manifestement déraisonnable soit un manque au principe de prudence dans le chef de la Partie Adverse".

Elle soutient que "le pneu tel que proposé par la Partie [intervenante] notamment, le type «275/70R22,5 Urban All Positions M+S» est introuvable: il s'agit apparemment d'un type de pneu tout à fait inconnu dans le secteur, donc il est impossible d'obtenir et de rassembler des informations ou des spécifications techniques", que, suivant les informations dont elle dispose "les pneus tels qu'ils ont été proposés par la Partie [intervenante] dans le passé à la Partie Adverse, n'ont jamais obtenu un état de kilométrage comparable au niveau de kilométrage garanti tel qu'il est actuellement proposé par la Partie [intervenante], c.-à-d. 81.000 kilomètres", que, quoique les informations concernant le kilométrage des pneus, telles qu'offertes par les différents fournisseurs, aient un caractère confidentiel, elle dispose néanmoins d'informations obtenues auprès de la société flamande DE LIJN concernant les

autobus utilisés à Winterslag qui démontrent clairement que les pneus de la partie intervenante en ce qui concerne le kilométrage garanti du pneu neuf est nettement inférieur au montant obtenu par elle.

La requérante soutient encore que :

" La méthode d'appréciation que la Partie Adverse a inclus dans le CSC est basée sur le principe du calcul du coût du cycle de vie du produit proposé. Dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation des marchés par entités opérant dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, référence 2011/0439 (COD) du 20 décembre 2011, cette méthode d'évaluation est prévue notamment à l'article 77.1, stipulant:

> «1. Le calcul du coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, les coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou de travaux, tel que défini à l'article 2, paragraphe 22:
> (a) les coûts internes, y compris les coûts liés à l'obtention (notamment les coûts de production), à l'usage (notamment la consommation d'énergie, les frais de maintenance) et à la fin de vie (notamment les coûts de collecte et de recyclage);
> (b) à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée, les coûts environnementaux externes directement liés au cycle de vie, qui peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique. »

Si cette méthode est appliquée, comme dans le cas présent, l'article 77 prévoit dans son point 2 :

> 2. Lorsque les entités adjudicatrices évaluent les coûts selon une méthode basée sur le cycle de vie, elles indiquent dans les documents de marché quelle méthode est utilisée pour le calcul du coût du cycle de vie. La méthode utilisée doit respecter l'ensemble des conditions suivantes:
> (a) elle a été élaborée sur la base d'informations scientifiques ou d'autres critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires;
> (b) elle a été prévue pour application répétée ou continue;
> (c) elle est accessible à toutes les parties intéressées.
> Les entités adjudicatrices autorisent les opérateurs économiques, y compris de pays tiers, à mettre en œuvre d'autres méthodes pour établir le coût du cycle de vie de leur offre, à condition qu'ils prouvent que cette méthode est conforme aux exigences énoncées aux points a), b) et c), et qu'elle est équivalente à la méthode spécifiée par l'entité adjudicatrice»".

Elle en infère que :

" à très juste titre, la Commission européenne considère que l'application d'une méthode basée sur le cycle de vie d'un produit, doit entre autres respecter la condition que cette formule est élaborée sur base d'information scientifique ou d'autres critères vérifiables de façon objective et non-discriminatoire".

Elle soutient que "Le cas échéant, il s'avère que, en ce qui concerne le pneu proposé par la Partie [intervenante] et retenu pour le premier lot, c.-à-d. le lot le plus important du Marché, la Partie Adverse n'a pas exécuté l'appréciation de l'offre de la Partie [intervenante] avec la diligence nécessaire. En effet, certains éléments, essentiels et déterminants pour l'attribution du Marché, ne reposent sur aucun

fondement factuel de sorte que le principe de prudence et, ensuite, de la motivation matérielle sont également violés" et que la clause du cahier spécial des charges visant à corriger ou éliminer les propositions anormales comparables à celle qui concerne les prix anormaux, n'a pas été appliquée ni même prise en compte par la partie adverse lors de l'appréciation de l'offre de la partie intervenante pour le lot 1.

Elle estime que :

" Cette critique est d'autant plus sérieuse comme, premièrement, le type de pneu proposé par la Partie [intervenante] représente un pneu «inconnu» dont il est impossible de trouver des informations concernant les spécifications techniques. En plus, sur base des données dont dispose la Partie Requérante (et également la Partie Adverse), les pneus tels qu'ils ont été proposés jusqu'à ce jour par la Partie [intervenante] pour d'autres marchés, mis en concurrence par la Partie Adverse, l'état du kilométrage obtenu n'a, de loin, atteint l'état de kilométrage garanti, tel qu'apparemment proposé par la Partie [intervenante] en ce qui concerne le pneu, proposé pour le lot 1, c.-à-d. 81.000 kilomètres".

Elle affirme que les dispositions du chapitre 9 du cahier spécial des charges, intitulé "Kilométrages garantis" qui prévoient que si le kilométrage moyen minimum n'est pas atteint, l'adjudicataire sera redevable d'une pénalité qui sera calculée suivant la formule incluse dans ce chapitre, ne peuvent justifier que ne soient pas appliquées les dispositions du même cahier spécial des charges imposant de vérifier la fiabilité et le caractère réaliste des données et des éléments tels qu'ils ont été inclus dans les offres, notamment en ce qui concerne le kilométrage garanti.

Elle fait valoir qu'"une décision d'attribution reposant sur des données non fiables et non réalistes, à cause de l'absence d'une vérification ou contrôle conformément aux dispositions du CSC, viole les principes de bonne gestion administrative car une telle décision avantage des soumissionnaires qui, afin d'obtenir l'attribution d'un marché, incluent dans leur offre des éléments irréalistes en spéculant que, lors de l'exécution du marché leur défaillance en ce qui concerne leur[s] engagements sera éventuellement traitée avec une certaine tolérance par l'autorité adjudicatrice".

La requérante conclut que, bien que "le CSC prévoit expressément et à juste titre que la Partie Adverse analysera les offres et notamment les données, incluses en ce qui concerne le premier critère d'attribution et ceci en comparaison avec les kilométrages moyens obtenus précédemment sur ses réseaux avec des pneus de même dimension et de hauteur comparable, la Partie Adverse n'a pas appliqué cette clause et s'est apparemment contentée d'accepter le montant inclus dans l'offre de la Partie [intervenante]", alors que, d'une part, il s'agit d'un pneu tout à fait inconnu et, d'autre part, que les pneus proposés par la partie intervenante pour des marchés

précédents ont permis des kilométrages moyens nettement inférieurs, et qu'ainsi, elle a indiscutablement un intérêt à son unique moyen.

Elle soutient encore qu'une adaptation du paramètre K_1 dans la formule, telle qu'incluse dans le cahier spécial des charges afin de calculer le prix de revient kilométrique, a des conséquences considérables en ce qui concerne la notation de ce critère représentant un maximum de 60 points.

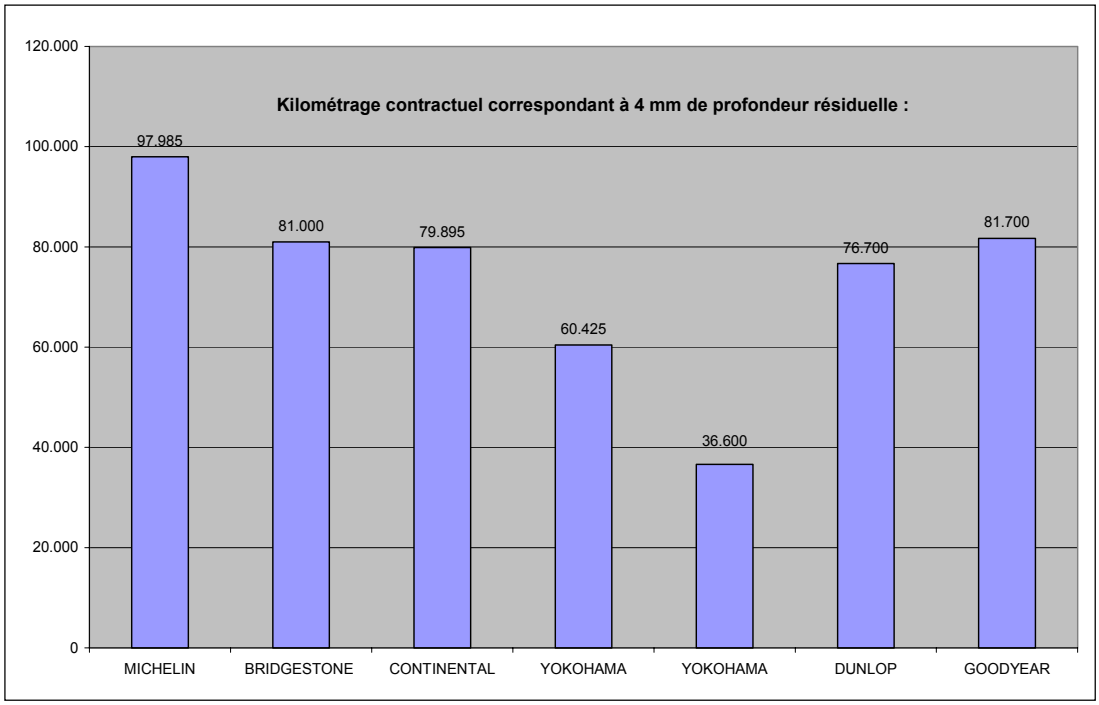
Afin d'éclairer son intérêt concernant son moyen, la requérante présente différentes simulations permettant d'évaluer d'une manière précise les conséquences d'un changement du facteur K_1 en ce qui concerne le nombre de points à attribuer et, finalement, en ce qui concerne la décision d'attribution du marché pour le lot 1.

B. Note d'observations

La partie adverse, rejointe par la partie intervenante, oppose tout d'abord que l'article 107 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 n'est pas applicable en l'espèce dès lors qu'il concerne la procédure négociée sans publicité, qui n'est pas celle à laquelle elle a eu recours et qu'il définit le contenu minimal de l'invitation à présenter une offre, non visé par le moyen.

La partie adverse, rejointe encore sur ce point par la partie intervenante, soutient que la requérante n'expose pas davantage en quoi seraient violés les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Elle affirme que les 81.000 kilomètres offerts par la société BRIDGESTONE BELUX se situent dans la moyenne des valeurs observées sur le terrain et de l'ensemble des offres, comme l'établit le graphique suivant :



Elle soutient qu'elle n'avait pas à faire application de la prévision reprise au §3.1., 1), al. 3, du cahier spécial des charges, la soumission de la société BRIDGESTONE BELUX ne faisant pas état d'un kilométrage garanti anormal.

Elle fait valoir, "très surabondamment", que le pneu offert par la société BRIGESTONE BELUX dispose d'un nouveau profil, soumis préalablement à sa commercialisation effective à des tests de terrain visant à mesurer le kilométrage qui peut être garanti, que ces essais sont confidentiels mais que leurs données pourraient être obtenues auprès de l'adjudicataire et qu'il s'agit de valeurs contractuelles dont la méconnaissance pourrait conduire à l'application de pénalités.

Elle estime que pour juger de la pertinence des données que la requérante prétend avoir obtenues auprès de la société DE LIJN, il faudrait pouvoir disposer des conditions de leur utilisation telles que profil, types de véhicules, conditions d'exploitation, suivi de la maintenance, limite d'usure tolérée et qu'en raison de ces nombreux paramètres, les résultats ne peuvent vraisemblablement pas être transférés tels quels d'un réseau à un autre.

Elle soutient que l'examen de la pièce 12 de la requérante fait apparaître que les conditions d'utilisation des pneus cités en référence ne correspondent pas à celles du cahier spécial des charges du marché en litige en ce que la société DE LIJN mentionne "un usage sur un essieu moteur («trekas»), alors que les kilométrages offerts dans le présent marché portent sur une valeur moyenne, compte tenu d'une utilisation sur n'importe quel essieu des véhicules. Comme l'usure est plus rapide sur

un essieu moteur, les valeurs mentionnées dans cette pièce 12 sont donc nécessairement pessimistes".

Elle ajoute que "ces données semblent provenir de deux véhicules seulement, ce qui représente un échantillon très peu représentatif, et l'aspect linéaire des graphiques donne à penser qu'il s'agit d'une simple extrapolation de données mesurées, non représentative de la courbe d'usure réelle d'un pneu".

Elle fait valoir, "très surabondamment", que les formules qu'elle a retenues comme principe du calcul du coût de cycle de vie du produit proposé sont conformes à la proposition de directive 2011/0439 du 20 décembre 2011 en ce qu'elles reposent "sur des opérations arithmétiques simples faisant intervenir les coûts (de fourniture et opérationnels) et les kilométrages contractuels. Elles sont du reste en vigueur depuis le marché précédent et n'ont jamais été contestées".

C. Requête en intervention

La société BRIDGESTONE BELUX, intervenante, entend préciser que le pneu de type U-AP 001 (Urban All Position) qu'elle propose pour le lot 1 remplace le pneu de type R192 à partir du 1er janvier 2014, que cette information figure dans l'annexe intitulée "qualités techniques du produit", jointe à son offre, que les caractéristiques techniques de ce type de pneu et du pneu R192 y sont également jointes et qu'elles portent notamment sur les caractéristiques suivantes :

" - protecteurs de flancs pour limiter l'abrasion latérale liée au frottement des trottoirs;
- bandes de roulement extra profondes pour une longévité en hausse et une consommation de carburant optimisée;
- excellentes aptitudes au recreusage et au rechapage".

Elle affirme que le pneu qu'elle a proposé n'est pas inconnu, qu'il a été, depuis deux ans, mis en test comparatif par rapport au pneu de type R192 son prédécesseur et aux pneus de marques concurrentes dans plusieurs villes d'Europe, qu'il atteint un kilométrage en moyenne de vingt-huit pour cent supérieur à celui du pneu précédent R192 et que ces meilleures performances en termes de kilométrage, en comparaison avec le kilométrage réellement réalisé au sein des TEC pour les années 2010-2011 au moyen du pneu R192 démontrent que la garantie de kilométrage de 81.000 kilomètres est réaliste, voire même prudente.

Elle soutient que la référence faite par la société MICHELIN BELUX au kilométrage des pneus BRIDGESTONE montés sur les autobus de la société DE LIJN à Winterslag est sans pertinence dans la mesure où l'objet du marché était différent, qu'il pourrait s'agir soit d'un marché portant sur la fourniture d'autobus avec des

pneus BRIDGESTONE "première monte", soit de véhicules provenant d'un sous-traitant de la société DE LIJN, soit encore de véhicules équipés de pneus BRIDGESTONE à l'occasion d'un dépannage, que ni le suivi technique, ni la maintenance, ni la formation des chauffeurs ne lui ont été confiés, que les conditions d'exploitation ne sont pas comparables (géographie du site, etc), que la position des pneus sur ce marché n'est pas identique à celle prévue pour le présent marché (essieux moteur) et que l'échantillon produit n'est pas représentatif, dans la mesure où le kilométrage présenté par la requérante ne porte que sur un faible nombre de pneus, soit deux autobus - 3838 et 3848.

L'intervenante conclut que la garantie de kilométrage de 81.000 kilomètres se situe dans la moyenne des garanties offertes par les soumissionnaires, qu'elle n'a nullement spéculé en préparant son offre mais qu'elle s'est basée sur des données précises et vérifiées relatives à la garantie de kilométrage des pneus.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Par le moyen unique, la requérante met en cause la décision attaquée en ce qu'elle méconnaîtrait l'obligation de motivation formelle et matérielle, le principe de minutie, le principe d'égalité ainsi que le principe Patere legem quam ipse fecisti.

La requérante prend soin de préciser que "le moyen invoqué […] repose particulièrement sur l'appréciation par la partie adverse du premier critère d'attribution du marché notamment le prix de revient kilométrique (60 points sur un total de 100 points) tel qu'il a été appliqué en vertu de l'offre de la Partie [intervenante] pour le premier lot". Il s'agit plus particulièrement des données du critère K_1, défini comme étant "le kilométrage garanti du pneu neuf, calculé conformément aux règles du chapitre 9, en considérant une utilisation jusqu'à 4 mm de profondeur résiduelle des sculptures".

La requérante soutient que, par la décision attaquée, la partie adverse a retenu un montant garanti de 81.000 kilomètres pour le pneu du type "275/70R22,5 Urban All Positions M+S", proposé par la société BRIDGESTONE BELUX, alors que le montant pris en considération pour ce qui concerne le pneu qu'elle-même a offert est de 97.985 kilomètres.

Elle affirme que le montant inclus dans son offre repose sur des données disponibles auprès de la partie adverse, notamment en ce qui concerne l'usage et l'usure des pneus, données fournies dans le cadre d'un marché public de fournitures précédent, alors que le montant, pris en compte pour la société BRIDGESTONE BELUX, notamment 81.000 kilomètres comme facteur K_1, "s'avère manifestement

exagéré et repose donc soit sur une appréciation manifestement déraisonnable soit un manque au principe de prudence dans le chef de la Partie Adverse".

Prima facie, les points principaux de l'argumentation de la requérante tiennent en ce que "le pneu tel que proposé par la société BRIDGESTONE BELUX notamment, le type «275/70R22,5 Urban All Positions M+S» est introuvable: il s'agit apparemment d'un type de pneu tout à fait inconnu dans le secteur" et en ce que, suivant les informations dont elle dispose, les pneus tels qu'ils ont été proposés par la société BRIDGESTONE BELUX dans le passé à la partie adverse n'ont jamais obtenu un état de kilométrage comparable tel qu'actuellement garanti, soit 81.000 kilomètres.

A tenir ces affirmations pour vérifiées, le moyen devrait sans doute être jugé sérieux.

L'appréciation de la partie adverse reposerait alors sur des faits inexacts, le pneu proposé par la société BRIDGESTONE s'avérant introuvable et inconnu, d'une part, et ceux proposés antérieurement à la partie adverse par cette même société n'ayant jamais été garanti jusqu'à 81.000 kilomètres, d'autre part.

En les choisissant, la partie adverse aurait méconnu l'exigence de "motivation matérielle" ainsi que les principes de minutie et d'égalité.

Elle aurait méconnu encore ses propres exigences, formulées par le paragraphe 3.1, 1), alinéa 3, du cahier spécial des charges.

La partie adverse oppose toutefois, prima facie à juste titre, que le pneu offert par la société BRIDGESTONE BELUX existe bel et bien, qu'il dispose d'un nouveau profil, qu'il a été soumis préalablement à sa commercialisation effective à des tests de terrain visant à mesurer le kilométrage qui peut être garanti, que ces essais sont confidentiels mais que leurs données pourraient être obtenues auprès de l'adjudicataire et qu'il s'agit de valeurs contractuelles dont la méconnaissance pourrait conduire à l'application de pénalités.

La société BRIDGESTONE BELUX, intervenante, précise que le pneu de type U-AP 001 (Urban All Position) qu'elle a proposé pour le lot 1 remplace le pneu de type R192 à partir du 1er janvier 2014, que cette information figure dans l'annexe intitulée "qualités techniques du produit", jointe à son offre, et que les caractéristiques techniques de ce type de pneus et du pneu R192 sont jointes également à son offre.

Elle en infère, prima facie à juste titre, que le pneu qu'elle propose n'est pas inconnu, et précise qu'il a été, depuis deux ans, mis en test comparatif par rapport au pneu de type R192 son prédécesseur et aux pneus de marques concurrentes dans plusieurs villes d'Europe, qu'il atteint un kilométrage en moyenne vingt-huit pour cent supérieur à celui du pneu précédent R192 et que ces meilleures performances en termes de kilométrage, comparé au kilométrage réalisé au sein des TEC pour les années 2010-2011 au moyen du pneu R192 établissent que la garantie de kilométrage de 81.000 kilomètres est réaliste, voire même prudente.

Elle soutient que la référence faite par la société MICHELIN BELUX au kilométrage des pneus BRIDGESTONE montés sur les autobus DE LIJN à Winterslag est sans pertinence dans la mesure où l'objet du marché était différent.

Il paraît bien en résulter, prima facie, qu'en choisissant le pneu offert par la société BRIDGESTONE BELUX, la partie adverse se soit fondée sur des faits matériellement exacts.

Il n'apparaît ni qu'elle ait manqué au devoir de minutie ni qu'elle ait méconnu le principe d'égalité.

Il n'apparaît pas plus qu'elle ait violé le principe Patere legem quam ipse fecisti en ce qu'elle aurait ignoré, comme le lui reproche la requérante, "la clause du cahier spécial des charges visant à corriger ou éliminer les propositions anormales", étant le § 3.1., "Critères d'attribution du marché (lots 1 à 5)", point 1), "Prix de revient kilométrique (60 points)", alinéa 3.

Il paraît important de rappeler que cette disposition est rédigée dans les termes suivants :

" Sauf démonstration expresse et convaincante du soumissionnaire, la SRWT se réserve le droit de corriger, dans la mesure du possible, ou d'écarter toute soumission faisant état d'un kilométrage garanti anormal par comparaison avec les kilométrages moyens obtenus précédemment sur le réseau des TEC locaux avec des pneus de mêmes dimensions dont la hauteur des sculptures est comparable".

Prima facie, la requérante ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient que cette disposition du cahier spécial des charges obligeait la partie adverse, dans les circonstances de l'espèce, à tenir le kilométrage garanti par la société BRIDGESTONE BELUX pour anormal en le comparant avec les kilométrages moyens obtenus précédemment sur le réseau des TEC.

La partie requérante paraît se méprendre en ce qu'elle lit cette clause du cahier spécial des charges comme imposant une obligation à la partie adverse, alors que, en termes exprès, celle-ci s'y réserve un "droit".

Il n'apparaît pas que la partie adverse eût dû, à peine de manquer au principe de minutie et à celui de l'égalité de traitement, tenir pour anormaux les 81.000 kilomètres garantis par la société BRIDGESTONE BELUX pour le pneu de type U-AP 001 (Urban All Position) offert pour le lot 1 et qu'à défaut d'en décider ainsi, elle aurait violé le principe Patere legem quam ipse fecisti.

L'annexe 1 jointe à la décision attaquée fait ressortir plutôt que les 81.000 kilomètres garantis par la société BRIDGESTONE BELUX pour ce qui concerne le pneu 275/70R22,5 Urban All Position mentionné dans son offre s'inscrivent dans une échelle d'offres qui les font apparaître comme plus intéressants, sans être pour cela anormaux.

Le fait que cette annexe n'ait apparemment pas été jointe à la décision attaquée telle que communiquée à la requérante peut s'expliquer par le caractère confidentiel des offres.

Pour le surplus, c'est, prima facie, à juste titre que la partie adverse fait valoir que l'article 107 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 invoqué dans le moyen n'est pas applicable en l'espèce dès lors qu'il concerne la procédure négociée sans publicité, qui n'est pas celle à laquelle elle a eu recours.

Enfin, prima facie, la requérante reste en défaut d'établir en quoi, par la décision attaquée, la partie adverse aurait méconnu les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 ou les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991.

On ne peut que conclure au défaut de sérieux du moyen unique.

La suspension de l'exécution de la décision attaquée n'étant pas envisagée, il n'y a pas lieu, de prendre en considération la balance des intérêts.

VII. CONFIDENTIALITE

VII.1. Thèse des parties

L'intervenante affirme qu'elle dépose des extraits de son offre et des informations relatives aux kilométrages de ses pneus à titre confidentiel, conformément aux articles 10 et 26 de la loi de la loi du 17 juin 2013 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 et que son offre doit être déclarée confidentielle de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises.

La partie adverse dépose également des pièces qu'elle mentionne, dans son inventaire, comme confidentielles.

La partie requérante dépose son offre, qu'elle mentionne comme confidentielle, ainsi qu'un document reprenant les données concernant les pneus qu'elle fournit.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'y a pas lieu de lever la confidentialité de ces documents.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société anonyme BRIDGESTONE BELUX est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Demeureront confidentiels les documents suivants :

- Les offres des sociétés MICHELIN BELUX et BRIDGESTONE BELUX;
- les échanges de courriels entre la partie adverse et les cinq soumissionnaires (pièce 7 du dossier administratif);
- les informations relatives au kilométrage des pneus de la société BRIDGESTONE BELUX (pièces 5 et 6 du dossier de la partie intervenante);
- les données relatives aux pneus de la société MICHELIN BELUX (pièce 13 du dossier de pièces de la partie requérante).

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le dix-neuf février deux mille quatorze par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Paul LEWALLE.