

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.699 du 23 décembre 2014

G./A.214.089/VI-20.296

En cause : **1. la société anonyme ALSTOM BELGIUM,**
2. la société anonyme VAN DEN BERG,
3. la société anonyme ENGEMA,
4. la société anonyme LOUIS STEVENS EN CO,
ayant formé la société momentanée AVES,

ayant élu domicile chez
Mes Vincent OST et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1060 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme SIEMENS,
2. la société anonyme COFELY FABRICOM,
ayant formé la société momentanée
SIEMENS-FABRICOM,

ayant élu domicile chez
Mes William TIMMERMANS, Jolijn WEYTJENS
et Julien GAUL, avocats,
avenue du Port, n° 86C, B 414,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,
SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 29 octobre 2014, la société anonyme ALSTOM BELGIUM, la société anonyme VAN DEN BERG, la société anonyme ENGEMA et la société anonyme LOUIS STEVENS EN CO, ayant formé la société momentanée AVES, demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence,

de l'exécution de "la décision du conseil d'administration d'Infrabel du 14 octobre 2014 par laquelle le marché public de travaux «ETCS - L2 + IL» a été attribué à la société momentanée Siemens-Fabricom pour un montant de 510.035.970,81 euros".

Par une requête introduite le 12 décembre 2014, les sociétés anonymes ALSTOM BELGIUM, VAN DEN BERG, ENGEMA, LOUIS STEVENS EN CO demandent l'annulation de la même décision.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 novembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 10 décembre 2014 à 10 heures 30 et décide que l'affaire sera examinée par une chambre composée de trois membres conformément à l'article 90, §1^{er}, alinéa 4 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

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

La société anonyme SIEMENS et la société anonyme COFELY-FABRICOM, ayant formé la société momentanée SIEMENS-FABRICOM, ont, par une requête introduite le 21 novembre 2014, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

L'audience a été avancée à 9 heures 45 par des courriers électroniques adressés à toutes les parties le 8 décembre 2014.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Mes Vincent OST et Maxime VANDERSTRAETEN, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Mes Marie VASTMANS, Anne FEYT et François VISEUR, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Mes William TIMMERMANS, Jolijn WEYTJENS et Julien GAUL, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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. A la suite de la collision ferroviaire du 15 février 2010, INFRABEL et la Société Nationale des Chemins de fer Belge, en abrégé la S.N.C.B., ont présenté à la commission spéciale chargée d'examiner les conditions de sécurité du rail en Belgique à la suite du dramatique accident survenu à Buizingen, un plan d'investissement "*masterplan* ETCS", estimé à 3,7 milliards d'euros, en vue de couvrir l'ensemble du rail belge de systèmes de contrôle de la vitesse des trains et d'arrêt d'urgence à partir de 2022.

Le marché litigieux, intitulé "ETCS-L2+IL" porte sur une partie du *masterplan* susvisé, en substance, sur le développement, la fabrication, la livraison, la programmation et l'installation de tous les systèmes requis pour la réalisation du système de protection du trafic ferroviaire "*European Train Control System*", en abrégé E.T.C.S., de niveau 2, sur une partie du réseau ferroviaire belge ainsi que des systèmes d'enclenchement électroniques nécessaires au fonctionnement de ce système de protection.

L'objectif de l'"E.T.C.S." est, notamment, d'instaurer un système de protection automatique des trains ("*Automatic Train Protection*", en abrégé A.T.P.), uniforme dans l'Union européenne ainsi que des équipements standardisés pour les consignes de vitesse dans les véhicules sur rails.

Ce système assure une communication informatisée entre les signaux placés au bord des voies (ou l'ordinateur qui les actionne) et l'ordinateur à bord de la cabine de conduite du train qui capte les informations sur la signalisation. Il permet ainsi non seulement au conducteur du train d'être informé, en permanence, d'éventuels dangers ainsi que de la vitesse maximale à adopter mais encore il provoque, en cas de besoin, le freinage d'urgence du train.

Avec l'E.T.C.S. de niveau 2, la vitesse à maintenir est directement indiquée dans la cabine de conduite des véhicules. Les fonctions du système de protection automatique des trains (A.T.P.) sont réalisées grâce à la transmission de données par un réseau de communication numérique dénommé "GSM-R". En outre, la position des trains peut être déterminée précisément à tout moment, ce qui permet de mieux gérer le trafic.

L'indication "IL", qui précise encore l'objet du marché litigieux, désigne l'enclenchement électronique de la signalisation dans la zone d'action d'un poste d'aiguillage (jonction, croisement de rails notamment).

III. 2. L'avis de marché a été publié le 6 avril 2011 au Bulletin des adjudications et le 12 avril 2011 au Journal officiel de l'Union européenne.

Le mode d'attribution du marché est celui de la procédure négociée avec publicité.

Le 26 janvier 2012, la partie adverse a sélectionné plusieurs candidatures dont celles des parties requérantes et du futur attributaire. Le cahier spécial des charges leur a été envoyé le 20 avril 2012.

A la suite de réunions d'information avec les candidats soumissionnaires, une deuxième et une troisième version du cahier spécial des charges (*baseline* 2 et 3 ou BL 2 et 3) ont été adoptée les 23 juillet et 28 août 2012.

Les premières offres ont été déposées le 1^{er} octobre 2012.

Après l'examen de ces offres, de nouvelles versions du cahier spécial des charges sont élaborées : BL 4, BL 5 et BL 6, de sorte que de nouvelles offres sont déposées le 15 juillet 2013.

Entre les mois d'octobre et de décembre 2013, de nouvelles négociations ont lieu et aboutissent aux modifications suivantes : BL 7, BL 8, BL 9, BL 9 RFP 2 et BL 9 RFP 2 - 2.

La réception des offres adaptées s'est déroulée le 16 décembre 2013.

La partie adverse écrit, dans sa note d'observation, point 28, qu'"en janvier 2014, constatant que des offres conformes avaient enfin été remises par des soumissionnaires, INFRABEL a procédé au «gel technique et administratif» des offres et a demandé une offre financière finale aux deux soumissionnaires ayant remis une offre conforme [...]. Le 13 janvier 2014, les BAFFO sont réceptionnées par INFRABEL".

La partie adverse invoque l'arrêt n° 226.429 du 13 février 2014 "dans lequel la rédaction intégrale en anglais des spécifications techniques d'un marché de fourniture de produits informatiques a justifié la suspension de la décision

d'attribution du marché" pour justifier qu'elle ait fait traduire les documents techniques du cahier spécial des charges.

Le 15 septembre 2014, les documents traduits sont envoyés aux soumissionnaires.

Le 22 septembre 2014, tant les requérantes que le futur adjudicataire confirment, sans aucune modification selon la partie adverse, les offres qu'elles avaient déposées au mois de janvier 2014.

Le 14 octobre 2014, la décision attaquée est prise.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 21 novembre 2014, la société anonyme SIEMENS et la société anonyme COFELY-FABRICOM, ayant formé une société momentanée SIEMENS-FABRICOM, demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le premier moyen est pris de "la violation des articles 17 et 39 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, de l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, du titre VIII de la partie 1 du cahier spécial des charges, du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, de l'obligation de transparence, du principe de proportionnalité, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Les sociétés requérantes exposent que "la partie adverse a procédé, après l'ouverture des offres, à des modifications nombreuses et substantielles de l'objet et des spécifications du marché, alors que les dispositions et principes visés au moyen s'opposent à ce que la partie adverse modifie les conditions essentielles du cahier spécial des charges après l'ouverture des offres, et que, à tout le moins, la partie adverse se devait de laisser aux soumissionnaires un temps suffisant pour proposer une offre adaptée au cahier des charges ainsi modifié".

Elles font valoir que la flexibilité de la procédure négociée connaît deux limites étant, d'une part, que les règles relatives à la conduite de la négociation doivent être déterminées et annoncées au préalable et, d'autre part, que le pouvoir adjudicateur doit ensuite se conformer à ces règles.

Selon les parties requérantes, le déroulement annoncé de la procédure d'attribution n'a pas été respecté ainsi qu'il apparaît du tableau suivant :

"

DEROULEMENT ANNONCE	DEROULEMENT EFFECTIF
Questions sur le cahier des charges (jusqu'au 1 ^{er} juin)	Questions sur le cahier des charges (jusqu'au 1 ^{er} juin)
Adaptations au cahier des charges	Adaptations au cahier des charges (baseline 2 du 23 juillet 2012 et baseline 3 du 28 août 2012)
Introduction des offres	Introduction des offres (1 ^{er} octobre 2012)
Négociations	Négociations (février 2013)
	Modification du cahier des charges (baseline 4 du 25 avril 2013)
	Questions des soumissionnaires et réunions avec les soumissionnaires
	Modification du cahier des charges (baseline 5 du 20 juin 2013)
	Modification du cahier des charges (baseline 6 du 1 ^{er} juillet 2013)
Introduction d'offres adaptées (en janvier 2013)	Introduction d'offres adaptées (15 juillet 2013)
Nouveau(x) tour(s) de négociations	Nouveaux tours de négociations (septembre-décembre 2013) Modification du cahier des charges (baseline 7 du 25 septembre 2013) Modification du cahier des charges (baseline 8 du 9 octobre 2013) Modification du cahier des charges (baseline 9 du 18 novembre 2013) Modification du cahier des charges (baseline 9 RFP 2 du 6 décembre 2013) Modification du cahier des charges (baseline 9 RFP 2-2 du 10 décembre 2013)
BAFO (au plus tard le 13 février 2013)	BAFFO (au plus tard le 13 janvier 2014) - "Gel technique/administratif (la dernière offre ne peut porter que sur les aspects financiers)
	Invitation à remettre une nouvelle offre technique et/ou BAFFO (au plus tard le 22 septembre 2014)
Attribution du marché	Attribution du marché

"

Elles exposent ensuite les prescriptions essentielles du marché auxquelles aurait dérogé la partie adverse avant et après l'ouverture des offres.

En substance, elles dénoncent ce qui suit :

- de nombreux fichiers de la version électronique du cahier spécial des charges ont été ajoutés ou modifiés dans les quatrième et cinquième versions dudit cahier (*baseline 4* et *5*). Le "coût total pendant la durée de vie" ("*Total Cost of Ownership*", en abrégé T.C.O.) a aussi subi des modifications, les règles relatives aux options ont été revues (*baseline 4*) et la répartition entre les fournitures et les travaux dans les mètres a été adaptée (*baseline 6*);
- plusieurs milliers de balises ont été ajoutées sans justification et alors que la partie adverse connaissait déjà le prix et les caractéristiques des balises des autres soumissionnaires. La "ligne pilote 3" a aussi fait l'objet de modifications d'équipements (*baseline 7*);
- les plans de la ligne la plus importante en termes de prix, à savoir la "ligne pilote 19" ont évolué à partir du 9 octobre 2013 (*baseline 8*);
- des changements majeurs, tels ceux relatifs à la fréquence maximale tolérée des interruptions de service et de leur durée, ou encore le sous-sectionnement des voies, dans la neuvième version du cahier spécial des charges (*baseline 9*) ont emporté des effets sur la charge de travail et le coût financier;
- les versions 9 RFP 2 et 9 RFP 2 - 2 ont également apporté des modifications à certaines prescriptions, notamment la méthode de calcul du nombre de pièces de rechange.

Elles soulignent qu'elles n'ont disposé que de cinq jours ouvrables pour introduire une éventuelle offre adaptée à la suite de la communication par la partie adverse de "plus de 2000 pages de traduction de documents techniques émis au cours des trois années de procédure".

Selon les requérantes, chacune de ces modifications aurait nécessité le lancement d'une nouvelle procédure d'attribution car elles concernent des exigences de base qui ont une incidence directe sur la solution technique retenue, l'économie générale de l'offre voire la composition optimale du groupement soumissionnaire (les modifications ayant sensiblement augmenté la part relative à l'installation). Elles ajoutent que plusieurs de ces modifications sont discriminatoires à leur égard. Elles citent deux exemples : les modifications en matière d'interruption de service opérées sans qu'elles disposent du temps nécessaire pour réévaluer le niveau optimal de redondance de ses produits en vue de réduire le coût de leur solution ainsi que les sous-cantonnements imposés à partir du 18 novembre 2013 (*baseline 9*) dans la

mesure où elles ne possèdent pas ce genre de produit dans leur portefeuille et doivent donc faire appel à des fournisseurs externes.

Elles dénoncent enfin l'irrégularité de la demande de meilleure dernière offre financière, (*Best and Final Financial Offer*, en abrégé BAFFO) et de la demande de meilleure offre subséquente. Elles font valoir que le cahier spécial des charges prévoit que les négociations se clôtureront par le dépôt d'une meilleure dernière offre (*Best and Final Offer*, en abrégé BAFO) portant sur les aspects techniques et financiers mais que la partie adverse a invité les soumissionnaires, le 10 janvier 2014, à remettre une BAFFO, c'est-à-dire une meilleure offre financière uniquement, les aspects techniques et administratifs ayant été "gelés".

B. Note d'observations

1. Absence d'intérêt au moyen

La partie adverse estime que les requérantes n'ont pas intérêt à soulever le moyen dans la mesure où il invoque la violation du déroulement annoncé de la procédure d'attribution. Elle fait valoir en substance que les parties requérantes ont participé à chacune des phases de la procédure négociée sans jamais remettre en cause le déroulement des négociations ni les évolutions du cahier spécial des charges, à une exception près.

Quant à l'objet du marché, elle affirme que celui-ci n'a pas changé et que les requérantes se limitent à l'affirmer sans toutefois le démontrer.

La partie adverse souligne que les requérantes sont en défaut d'établir qu'elles auraient concrètement subi un désavantage concurrentiel en raison des griefs qu'elles dénoncent.

2. Réfutation du moyen

Après avoir insisté sur le fait que la réglementation relative aux marchés publics dans les secteurs spéciaux ne comprend aucune disposition imposant au pouvoir adjudicateur de prévoir, dans les documents du marché, les règles qui vont régir le déroulement des négociations, la partie adverse relève que le cahier spécial des charges prévoit expressément le droit du pouvoir adjudicateur de modifier la procédure prévue. Elle rappelle que ces modifications doivent avoir lieu dans le respect des principes d'égalité et de transparence. Elle conclut que le schéma de négociation annoncé dans les documents du marché pouvait faire l'objet de modifications en cours de négociations.

La partie adverse répertorie ensuite douze critiques dans le développement du moyen de la requérante. Elle dénie l'intérêt des requérantes à la plupart de celles-ci, car elles ne leur feraient pas concrètement grief.

Elle s'attache néanmoins à déterminer, tour à tour, si les modifications faisant l'objet de ces critiques portent sur des conditions essentielles du marché.

La partie adverse relève ainsi que :

- pour la première de ces critiques, qui concerne le "coût total pendant la durée de vie" (T.C.O.), elle renvoie à sa réfutation du deuxième moyen;
- "lors de l'examen des premières offres déposées, [elle] a constaté que chacun des soumissionnaires avait proposé (ou pouvait proposer) des équipements déjà utilisés sur le réseau belge, [...] mais sans recourir aux équipements [qu'elle-même] proposait" à un prix déterminé. Elle a dès lors décidé de supprimer non pas les équipements en cause (compteurs d'essieux entre autres) mais la possibilité qu'elle avait initialement offerte aux soumissionnaires de recourir à un équipement dont le prix était déterminé. Les soumissionnaires étaient en effet tous capables de proposer des équipements de leur catalogue ou de celui d'un de leurs sous-traitants;
- quant à l'ajout de fichiers, il ne s'agit pas d'un véritable ajout, en tout cas pas dans les proportions alléguées par les requérantes. L'adaptation du métré a, quant à elle, été la même pour tous les soumissionnaires;
- sur la modification de l'emplacement des balises, elle a remplacé les propositions propres des soumissionnaires, toutes différentes, par des règles homogènes d'ingénierie. Elle expose que de ce fait, c'est le futur attributaire qui a dû augmenter le nombre de balises qu'il avait prévu et en déduit que les requérantes n'ont pas été lésées sur ce point;
- la thèse des requérantes selon laquelle la modification des "quantités fixes" relatives notamment aux clôtures empêchant l'accès aux voies aurait entraîné une augmentation significative du coût d'installation est contredite, selon la partie adverse, par les offres elles-mêmes, et celle des parties requérantes en particulier;
- il est inexact de prétendre que la partie adverse aurait demandé que la ligne pilote 3 soit équipée d'une solution "E.T.C.S." alors qu'il aurait été initialement prévu que cette ligne fasse l'objet d'une simple signalisation de type "*Interlocking*". En effet, "il était prévu d'installer l'ETCS sur cette ligne en 2018, comme cela ressort du *Project Model and Plan Definition* (pièce n° IV.B.11), et ce dès le début";
- il est exact que le projet P12 a été remplacé, en cours de négociations, par le projet P19. Elle fait cependant valoir ce qui suit :

" Dans le cadre du présent marché, il est essentiel, pour la partie adverse, que les différentes lignes choisies (lignes pilotes et lignes typiques) soient suffisamment

représentatives du projet de déploiement. En effet, pour autant que de besoin, il convient de rappeler que le projet, tel que défini dans le document intitulé «*Project Model & Plan Definition*», contient différentes sections (des gares ou des blocs automatiques), qui doivent être équipées en ETCS L2. Parmi ces sections, certaines doivent aussi être équipées avec le nouvel enclenchement (on parle alors de section ETCS+IL).

Le remplacement du projet P12 par le projet P19 est justifié par le fait que la ligne 12 est déjà en grande majorité équipée d'enclenchement modernes au travers du programme de concentration des cabines de sorte qu'elle n'était plus suffisamment représentative. Ainsi, seule une section de ce projet (qui en contient 17) doit être équipée d'enclenchement dans le cadre du marché en cause).

Le projet P19, quant à lui, sera également partiellement équipé d'enclenchement au travers du programme de concentration des cabines. Mais même ainsi, dans le cadre du marché qui nous occupe, il faudra encore équiper 5 sections avec de l'enclenchement sur les 13 que compte le projet.

En particulier, la section de type «ABA S» n'aurait pas été représentée par le projet P12, mais l'est bien par le projet P19.

Cela n'a en tout état de cause eu aucune incidence sur le TCO puisque les projets P12 et P19 étaient inclus dès le départ dans le prix TPRP de la baseline 1";

- la modification de la fréquence maximale tolérée des interruptions de service et de leur durée a bénéficié aux requérantes par une meilleure valorisation de leur offre technique "via la matrice d'évaluation";
- le sous-sectionnement a été effectué afin d'homogénéiser des offres très différentes et de maintenir constante l'exigence initiale d'un intervalle déterminé entre deux trains;
- ce que les requérantes appellent "synergies" en ce qui concerne les "passages sous voie" est la réutilisation de passages sous voie qu'elles ont placés précédemment. Or, le cahier spécial des charges n'autorise pas l'utilisation d'équipements existants.
- elle n'a pas modifié la méthode de calcul des pièces de rechange mais a précisé les exigences du cahier spécial des charges parce que le calcul des soumissionnaires n'était pas correct et que dès lors, la comparabilité des offres n'était pas garantie.
- enfin, pour ce qui concerne l'emploi des langues, la partie adverse renvoie à sa réfutation du cinquième moyen.

Quant à la critique relative au déroulement de la procédure d'attribution, se référant au cahier spécial des charges, la partie adverse soutient qu'elle a toujours entendu distinguer les aspects "administratif et technique" de la partie financière de la "meilleure [dernière] offre" (BAFO) et que ces aspects n'ont pas été examinés en même temps. Elle ajoute ce qui suit :

" En réalité, les négociations ont essentiellement porté sur la partie technique et administrative de manière à obtenir des offres qui correspondent exactement aux attentes et besoins de la partie adverse, qui soient parfaitement comparables et en tous points conformes. Une fois que ce résultat a été atteint, la partie adverse a souhaité obtenir un dernier effort des soumissionnaires sur le plan financier, sans plus remettre en cause la BAFO administrative et technique des deux soumissionnaires encore en lice".

Enfin, en demandant une BAFO aux soumissionnaires après la traduction de documents, elle estime avoir seulement utilisé une possibilité prévue dans les documents du marché.

C. Requête en intervention

1. Intérêt au moyen

Tout comme la partie adverse, les parties intervenantes contestent l'intérêt des requérantes au moyen. Elles insistent plus particulièrement sur "la jurisprudence Labonorm" (arrêt du Conseil d'Etat n° 152.173 du 2 décembre 2005) en indiquant les différences avec la présente affaire. Elles insistent sur le fait que les requérantes n'agissent pas de bonne foi.

2. Réfutation du moyen

Les parties intervenantes développent les quatre arguments suivants :

- l'objet du marché n'a pas changé;
- il n'y a pas eu de modifications substantielles mais seulement des clarifications du cahier spécial des charges afin de préciser les intentions d'INFRABEL et de garantir la comparabilité des offres;
- le principe d'égalité a toujours été respecté par INFRABEL;
- la jurisprudence citée par les parties requérantes n'est pas d'application en l'espèce.

En substance et en dehors de certaines précisions techniques ou de références à d'autres arrêts notamment de la Cour de justice de l'Union européenne, les développements de ces arguments recoupent ceux énoncés ci-dessus de la partie adverse.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

V. 2.1. Intérêt au premier moyen

A la lecture du moyen, il ne peut être reproché aux requérantes que leurs critiques ne seraient pas suffisamment développées. En outre, si le sérieux du moyen devait être admis, il en résulterait que les requérantes auraient été privées d'une chance de se voir attribuer le marché litigieux. Les irrégularités dénoncées dans le moyen sont donc susceptibles d'avoir exercé, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise.

Il ne paraît pas non plus justifié de reprocher aux requérantes leur mauvaise foi. En effet, d'une part, ce n'est que par un courrier du 20 novembre 2013 que la partie adverse a invité les soumissionnaires à formuler d'éventuelles remarques sur la procédure, c'est-à-dire juste après la neuvième modification du cahier spécial des charges, plus de deux ans et demi après l'avis de marché et plus d'un an et demi après l'établissement du cahier spécial des charges initial et d'autre part, les requérantes ont écrit à la partie adverse le 2 octobre 2013 (pièce n° 18 annexée à la requête) et les 8 avril et 18 septembre 2014 (pièces n^{os} 25 et 27 annexées à la requête).

Il ne peut non plus être admis que l'autorité administrative puisse décider dans quelles conditions un soumissionnaire peut utilement contester devant le juge la décision qu'elle a prise.

Le premier moyen est recevable.

V. 2.2. Caractère sérieux du premier moyen

Le recours à des éléments, qui ne sont pas prévus par le cahier spécial des charges mais qui sont destinés à expliciter les critères fixés par celui-ci, n'est pas en soi interdit lorsqu'il s'agit d'évaluer une offre. Ceux-ci ne peuvent cependant pas conduire, à peine de tenir en échec les principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence en matière de marchés publics, à une dénaturation des dispositions du cahier spécial des charges qui sont les seules connues des soumissionnaires. Dès lors, une décision modificative ne peut avoir pour effet de transformer les critères d'attribution du marché définis dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché, ne peut pas contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et ne peut pas être adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

En l'espèce, les offres initiales ayant été introduites à la suite de la troisième version du cahier spécial des charges (*baseline 3*), adoptée conformément à ce qui était prévu par le cahier des charges initial, c'est à l'égard de cette version qu'il y a lieu d'examiner la validité de la procédure suivie par la partie adverse.

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation et de négociation des conditions du marché dans la procédure négociée avec publicité, particulièrement dans les secteurs spéciaux, il reste néanmoins tenu de respecter les principes d'égalité et de transparence ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges. Dans l'application de ces

principes, il y a lieu de tenir compte de la complexité et de l'importance du marché à attribuer.

En l'espèce, le titre VIII, "dispositions particulières relatives à la procédure négociée", du cahier spécial des charges prévoit, après les phases 2 et 3 du déroulement de la procédure d'attribution du marché qui organisent l'introduction des offres et leur évaluation, une phase 4 intitulée "Négociations". Aux termes du cahier spécial des charges, "le pouvoir adjudicateur se réserve le droit, de déroger aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges pendant les négociations et de lancer l'invitation à remettre une offre adaptée sur base d'un cahier spécial des charges actualisé" (C.S.C. daté du 20 avril 2012, partie 1, p. 17/22). Il suit de ce qui précède que ces négociations ne peuvent en tout cas aboutir à la modification de conditions essentielles de ce cahier.

Selon la décision attaquée, pour ce qui concerne la "Modification technique dans la *baseline* 4" (point 2.4.1.2) et plus spécialement les "options" :

" Afin de ne pas rendre le contenu du marché trop important et pour donner la possibilité à plus d'acteurs présents sur le marché de prendre part au projet, il a été opté dans le Cahier spécial des Charges initial pour un nombre d'options libres. Les composants pour lesquels un soumissionnaire ne souhaitait pas remettre d'offre pouvaient être fournis par le Pouvoir Adjudicateur, permettant ainsi à un plus grand nombre d'acteurs de se porter également soumissionnaires. Les composants qui étaient désignés comme des options libres sont cependant tous nécessaires afin de parvenir à un système opérationnel (aussi bien ETCS que les enclenchements).

[...]

Dès la première offre, il a été constaté que tous les soumissionnaires étaient en mesure d'offrir toutes les options. C'est pourquoi le raisonnement initial, selon lequel il était nécessaire de donner une chance aux soumissionnaires qui n'étaient pas en mesure d'offrir toutes les options, n'est plus valable. Pour cette raison, il a été décidé le 25 mars 2013 de supprimer les options de la manière suivante : [...]"

Si cette façon de procéder paraît rationnelle et "neutre" en ce sens qu'elle ne semble pas de nature à avantager un soumissionnaire en particulier, il apparaît cependant de la décision attaquée même que ces modifications ont eu un impact sur d'autres aspects du cahier spécial des charges et que si certaines options ont été supprimées en tant que telles, elles ont cependant été intégrées dans le contenu du marché pour fournir, le cas échéant, une exigence particulière dans la matrice d'évaluation (ainsi, pour l'"ETCS *Solution if limitation in GSM-R capacity*": "Si l'entrepreneur fournit une solution, il obtient des points supplémentaires").

Des milliers de balises ont été ajoutées à un moment où la partie adverse connaissait déjà le prix et les caractéristiques des balises des autres soumissionnaires (*baseline* 7). Ce choix est justifié, dans la décision attaquée, comme suit: "Le Pouvoir

Adjudicateur n'avait sciemment pas imposé de règles spécifiques pour le placement des balises, ceci afin de ne pas entraver l'introduction d'innovations techniques. Suite à cela, les positions des balises étaient trop différentes suite aux différentes suppositions faites par les soumissionnaires. Ces suppositions menaient à une non comparabilité. Afin d'augmenter la comparabilité, INFRABEL a fourni des instructions plus strictes pour l'emplacement des balises". Si cette explication peut paraître non discriminatoire, il reste qu'elle a eu lieu après que la partie adverse avait eu connaissance des différentes offres et qu'elle était donc susceptible de rompre l'égalité entre les soumissionnaires, d'autant plus que ceux-ci n'ont pas eu l'occasion de déposer une nouvelle offre complète et adaptée sur ce point.

Quant au sous-sectionnement des sections de voies et aux compteurs d'essieux, il ressort du dossier que la quantité de ces derniers a été substantiellement augmentée. Or, il s'agit là d'un élément essentiel pour pouvoir présenter une offre.

Pour ce qui concerne le remplacement du projet P12 par le projet P19, la décision attaquée indique: "qu'il n'était pas possible de comparer les soumissionnaires de façon objective et que plus de positions fonctionnelles étaient nécessaires dans le mètre". La partie adverse y ajoute que ce remplacement est justifié "suite aux décisions (voir ci-dessus) de rendre des options obligatoires ou de les retirer" et "suite aux activités dans un autre marché en cours, la partie «P12» ne contient plus d'enclenchement et ce projet n'est plus relevant". Or, le T.C.O. des "projets restants", c'est-à-dire des 120 projets autres que les lignes pilotes (1, 2 et 3) et les trois projets (5, 8 et 19) est calculé sur la base de ces six projets par extrapolation. Dès lors, ces six projets devaient être définis de manière particulièrement complète dans les documents du marché. C'est pourquoi, le remplacement de l'une des lignes-pilotes par une autre a nécessairement modifié de manière substantielle les conditions du marché.

Il apparaît ainsi que la partie adverse s'est livrée du 20 avril 2012 au mois de novembre 2013 à de multiples modifications du cahier spécial des charges en ce qui concerne les exigences du marché nécessitant la révision des offres, parfois de manière importante, par les soumissionnaires. Ces révisions procèdent dans plusieurs cas, de l'aveu même de la partie adverse, de ce qu'elle aurait dû fixer elle-même certaines exigences dès le premier cahier spécial des charges.

La BAFFO déposée le 13 janvier 2014 après les modifications évoquées plus haut ne pouvait porter que sur les aspects financiers et n'a donc pas permis aux soumissionnaires d'adapter leurs solutions techniques. D'autre part, il est exact que les soumissionnaires ont été invités à remettre une meilleure dernière offre pour le 22 septembre 2014. Mais le délai très court (cinq jours ouvrables) n'a pu raisonnablement, comme le soutiennent les requérantes, leur permettre de préparer

utilement une nouvelle "BAFO". De sorte que même si le futur attributaire n'a pas remis de dernière "BAFO" et qu'en conséquence le classement n'a pas dû être modifié, il n'en reste pas moins que le fait pour la partie requérante de ne pas avoir pu déposer, en raison du bref délai, une meilleure dernière offre a pu avoir une influence sur la conclusion du marché.

Le premier moyen est sérieux.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

Le deuxième moyen est pris de "la violation du principe d'égalité, du principe de transparence des procédures de passation des marchés publics et du principe *patere legem quant ipse fecisti*, ainsi que de l'article 110*bis* de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, de l'article 110*bis* du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Les sociétés requérantes exposent, dans une première branche, que le critère prix a été sensiblement modifié dans le courant de la procédure, à un moment où les premières offres des candidats avaient déjà été remises et analysées, alors que, les principes d'égalité et de transparence, ainsi que le principe *patere legem*, impliquent pour le pouvoir adjudicateur l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure; que, s'agissant des critères d'attribution eux-mêmes, à plus forte raison, ceux-ci ne peuvent subir aucune modification au cours de la procédure".

Elles font valoir que dans un premier temps, le critère "prix" était défini comme suit :

" $TCO = GEN + PRO + PL1 + PL2 + PL3 + P05 + P08 + P12 + TPRP + ETCS\ 1$ ",

Dans laquelle le prix était calculé sur la base du métré applicable à tous les projets faisant partie du marché, que les soumissionnaires ont complété.

Dans un deuxième temps (à partir de la *baseline* 4), la formule ci-dessus a été remplacée par la suivante :

" $TCO = GEN + PRO + PL1 + PL2 + PL3 + P05 + P08 + P19 + TCO \text{ for ROP}$ ".

Trois modifications ont ainsi été apportées au calcul du prix :

1. le composant "ETCS 1" a été supprimé;
2. le projet P12 a été remplacé par le projet P19;
3. pour calculer le prix des 118 projets restants, le composant "TPRP" a été remplacé par celui de "TCO *for* ROP".

Il s'ensuit que le prix n'est plus calculé sur la base du mètre afférent à tous les projets mais en extrapolant les prix des lignes pilotes et de projets déterminés.

Dans un troisième temps (à partir de la *baseline* 6), les neuf coefficients des postes du mètre, précédemment choisis par l'autorité, ont été modifiés sans justification.

Dans un quatrième temps (*baseline* 9), les postes affectés du coefficient R6 ont été modifiés.

Les requérantes contestent la mention du rapport d'attribution selon laquelle "bien que calculé d'une autre manière, le TCO [...] ne change pas le critère d'attribution". Elles soutiennent que les règles d'attribution du marché ne font pas partie des points pouvant être adaptés à la suite des négociations avec les soumissionnaires même si l'un des critères se révèle inadapté.

Elles mentionnent encore ce qu'elles appellent des "circonstances aggravantes" (ignorance de leur courrier du 8 avril 2014 notamment).

B. Note d'observations

La partie adverse expose ce qui suit :

" L'objectif de la partie adverse dans la fixation du critère d'attribution prix était de prendre en compte le coût réel global du projet pour INFRABEL pendant toute sa durée de vie, non seulement en termes d'investissements, mais également en termes d'utilisation, d'entretien et de coûts indirects (consommation électrique par exemple). C'est la raison pour laquelle les offres n'ont pas été comparées sur base du prix d'achat du programme, mais bien sur base du coût total de possession, sur la durée de vie du système (évaluée à 25 ans), aussi appelé TCO".

Elle a exigé, pour des raisons pratiques, que les soumissionnaires utilisent les neuf mètres suivants :

"

1	ETCS1	Ce métré reprend le coût des portions de projet que le soumissionnaire estime ne pas pouvoir couvrir ni par une solution ETCS2, ni par une solution ETCS1 central. Ce coût serait alors supporté par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un autre marché; c'est pourquoi ce prix est imposé par le Pouvoir Adjudicateur. Ce métré est relativement simple dès lors qu'il porte sur un prix de 120.000 EUR par signal non couvert.
2	P05	Le métré portant sur le projet 5 (Bruges-Ostende)
3	P08	Le métré portant sur le projet 8 (Gare de Gand St Pierre)
4	P12	Le métré portant sur le projet 12 (Libramont-Luxembourg)
5	PL1	Le métré portant sur la ligne pilote 1 (La Panne-Dixmude)
6	PL2	Le métré portant sur la ligne pilote 2 (Dixmude-Lichtervelde)
7	PL3	Le métré portant sur la ligne pilote 3 (Deinze-Waregem)
8	PRO-GEN	Le métré portant sur les coûts du développement générique (GEN) et les coûts liés à l'ensemble du projet (ou programme)
9	TPRP	Le métré portant sur l'ensemble des coûts liés aux 120 projets qui n'ont pas été analysés en détails (projet ou ligne pilote). Des quantités estimées ont été prévues par le pouvoir adjudicateur mais les soumissionnaires pouvaient (et devaient) intégrer dans ce métré les quantités de l'ensemble de ces projets par ligne du métré en fonction des différences entre leur architecture et les estimations données par INFRABEL. Le TPRP représente donc le coût du «reste» du marché.

"

Selon la partie adverse :

- " Seules trois adaptations ont été apportées à cette formule en cours de négociation, entre BL3 et BL9 :
- La suppression du terme ETCS1 de la somme aboutissant au TCO;
 - La fixation des quantités du métré TPRP (le déploiement des projets non étudiés en détail): plutôt que de laisser les soumissionnaires déterminer les quantités variables du métré, celles-ci ont été fixées par la partie adverse via des règles mathématiques;
 - La fixation de certaines quantités variables: certains postes dont la quantité avait initialement été qualifiée de variable par le pouvoir adjudicateur ont vu leur quantité fixée lorsque le pouvoir adjudicateur a perçu l'impossibilité technique de faire varier celles-ci".

Pour ce qui concerne le terme "ETCS1", la partie adverse justifie sa suppression par le fait qu'il était apparu inutile, tous les soumissionnaires ayant affirmé pouvoir installer "l'ETCS niveau 2" sur l'ensemble des projets, la capacité du réseau "GSM-R" étant suffisante.

Quant au terme "TPRP", la partie adverse explique que pour chacun des métrés portant sur l'ensemble des 120 projets "restants", les postes ont été classés en deux catégories : les postes à quantité fixe et les postes à quantité variable, c'est-à-dire dépendant de l'architecture de la solution proposée par le soumissionnaire. Pour ces derniers postes, les soumissionnaires ont donc dû remettre un prix et une quantité, ce qui imposait une analyse détaillée des 120 projets, ce qui est matériellement

impossible. Un travail de "mise à l'échelle" a alors été fait. Il s'est fait sur la base de paramètres "et a donné lieu à un nouveau fichier appelé «TCO *for* ROP» (TCO pour les projets de déploiement) pour remplacer le fichier TPRP, ce fichier ayant pour objet de permettre le calcul du même élément".

Il a également fallu fixer des règles pour déterminer de manière cohérente les quantités des postes à quantité variable du "TPRP" et des règles pour éviter la "mutualisation". Cette façon de faire est permise, écrit la partie adverse, lorsque le marché est complexe.

La partie adverse tire alors des conclusions de ce qu'elle vient d'exposer par rapport aux griefs précis des requérantes. Elle relève notamment que quel que soit le stade de la négociation, les requérantes ont toujours été plus chères que le futur attributaire pour les projets pilotes et les lignes typiques (tout en étant moins chères pour le développement générique). Elle souligne aussi que les requérantes n'ont réagi que par un courrier du 8 avril 2014, soit après la parution d'un article de presse annonçant que la partie intervenante recevrait le marché litigieux, c'est-à-dire bien après que les modifications dénoncées aient eu lieu (BL4, BL6 et BL9). Elle soutient encore que la méthode suivie était transparente puisque les tableaux "*Excel*" dans lesquels les soumissionnaires devaient indiquer leurs prix unitaires étaient disponibles et complets. Enfin, elle estime que le "TCO for ROP" n'est pas déconnecté de la réalité.

C. Requête en intervention

Comme pour le premier moyen, la thèse des parties intervenantes consiste à titre principal à contester l'intérêt des requérantes au deuxième moyen.

Quant au caractère sérieux de la première branche du deuxième moyen, les parties intervenantes rappellent que "le critère «prix» est en fait ce qu'on appelle le *Total cost of ownership* (ou «TCO»), en français le coût du cycle de vie, en d'autres termes cela «désigne une évaluation de tous les coûts liés au cycle de vie de produits, de services ou de travaux, en ce compris les effets externes susceptibles d'être internalisés dans un futur proche»".

Elles soutiennent ensuite que :

- " Le coût de cycle de vie a toujours consisté en les trois éléments suivants :
- (I) le coût de cycle de vie de six projets;
 - (II) les frais «PROGEN»; et
 - (III) le coût de cycle de vie de tous les autres projets".

Selon les parties intervenantes, si le troisième élément a été appelé "TPRP" puis "TCO for ROP", il s'agit d'un simple changement de nom. Pour le reste et en dehors de remarques plus particulières relatives notamment à de la jurisprudence et à de la doctrine, la partie intervenante développe, en substance, les mêmes arguments que la partie adverse.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

VI. 2. 1. Intérêt au moyen

La contestation de l'intérêt au deuxième moyen appelle les mêmes réponses que celles faites à la suite de l'examen du premier moyen sur cette question.

VI. 2. 2. Caractère sérieux du deuxième moyen

Il apparaît clairement que l'article 110bis du cahier spécial des charges applicable, qui prévoit les règles de calcul et de pondération des critères d'attribution du marché (le "prix" et la "matrice d'évaluation"), a été substantiellement modifié et cela après l'ouverture des offres le 1^{er} octobre 2012. Or, la règle de calcul d'un critère d'attribution, tel que le "prix", est aussi importante que le critère lui-même dès lors que cette règle détermine également l'offre d'un soumissionnaire, celui-ci sachant que les autres offres vont être analysées sur la base de cette même règle. Même s'il fallait admettre la thèse de la partie adverse selon laquelle la règle de calcul du critère se serait révélée inadaptée, pareille modification opérée après l'ouverture des offres est contraire aux principes d'égalité et de transparence, d'autant plus que les soumissionnaires n'ont pas eu l'occasion de déposer une nouvelle offre complète et adaptée.

Le deuxième moyen est sérieux, en sa première branche.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse développe sa thèse en posant comme acquis le fait qu'une suspension lui imposerait de recommencer la procédure d'attribution *ab initio*.

Elle conteste l'intérêt, qui ne serait que "limité", des requérantes à obtenir la suspension de l'exécution de la décision d'attribution litigieuse. En effet, selon elle,

aucun des moyens soulevés par les requérantes ne pourrait aboutir à ce que le marché doive leur être attribué.

Elle souligne que "même si le travail déjà accompli par les soumissionnaires ne [devait] pas être complètement recommencé, il n'en reste pas moins qu'une nouvelle procédure, impliquant des modifications aux offres, peut-être de nouvelles clarifications, etc. [leur] coûtera énormément d'argent [...]".

Elle développe ensuite les préjudices qu'une suspension causerait à "l'intérêt général".

En termes de sécurité ferroviaire, la partie adverse rappelle que le plan, présenté au parlement le 29 octobre 2011 par INFRABEL et la S.N.C.B., a pour objectif de maximiser la sécurité sur le rail tout en maintenant un coût raisonnable en panachant les différents systèmes de sécurité qui seront installés sur le réseau. Elle fait état de données relatives au risque d'accidents à la hausse en raison de l'augmentation du nombre de voyageurs et de la taille du réseau entre 2010 et 2022. Elle précise que le coefficient de risque de 170 pour cent sera diminué à 42 pour cent grâce à l'installation généralisée du "TBL1 +" qui doit être complétée pour la fin de l'année 2015. Et elle ajoute que l'exécution du marché, c'est-à-dire l'installation de l'"ETCS Full Supervision" sur la majeure partie du réseau, réduira encore ce risque à 9,6 pour cent.

Le système prévu ("ETCS") est en outre un système dont les caractéristiques techniques sont standardisées au niveau européen de sorte que le réseau ferroviaire belge soit intégré aux réseaux ferrés de l'Union européenne (interopérabilité). Cette particularité justifie d'ailleurs l'octroi de subsides européens. Des délais sont imposés à INFRABEL pour réaliser cet équipement de sorte que les retards d'exécution mettraient la Belgique en infraction par rapport à ses obligations européennes.

La partie adverse indique qu'une importante enveloppe financière a été allouée par un "Mécanisme pour l'intégration en Europe" (M.I.E.). Elle mentionne que trois hypothèses de financement, de moins en moins important, ont été établies selon la date de démarrage du déploiement : 1^{er} janvier 2015, 1^{er} juillet 2015 et 1^{er} janvier 2016.

En termes opérationnels, la partie adverse fait notamment valoir que les équipes d'INFRABEL seront mobilisées, au cas où le processus d'attribution du marché devrait être recommencé, sur ce projet prioritaire alors qu'en cas d'attribution du marché, cette gestion dépendra principalement de l'adjudicataire.

Elle expose enfin les coûts qu'entraînerait tout retard dans l'exécution du marché.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

Aux termes de l'article 65/15, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, "l'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages".

Compte tenu des illégalités relevées lors de l'examen des premier et deuxième moyens, il ne peut être affirmé que l'offre de l'attributaire désigné est la plus avantageuse.

Par ailleurs, une offre techniquement de meilleure qualité peut avoir des répercussions positives en termes de sécurité du rail. Or, les requérantes ont obtenu plus de points pour le critère technique que l'attributaire du marché litigieux.

Les deux aspects, performance et prix; concernent l'intérêt public.

Bien que dommageables, les coûts de la procédure, en ce compris en termes d'effectifs, en cas de suspension, tant pour la partie adverse que pour les soumissionnaires, sont un risque inhérent à toute procédure juridictionnelle, celle-ci n'étant pas en outre imprévisible. Ils ne constituent toutefois pas un élément déterminant dans la balance des intérêts.

La thèse de la partie adverse relative à la perte de subsides ou en tout cas, d'une partie de ceux-ci, ne convainc pas. L'article 28, § 1^{er}, de la partie 2B du cahier spécial des charges, dans sa version du 20 avril 2012 (*Baseline 1*) prévoit que le délai d'exécution des travaux s'étend de "août 2013 à décembre 2025" (cette disposition telle que modifiée le 25 avril 2013 (*Baseline 4*) précise que le délai d'exécution, qui correspond à la somme des différentes phases du marché, est compris entre "février 2014 (et) octobre 2026"). Il s'avère difficile en raison du "phasage" des travaux et de l'imprécision quant aux données disponibles à propos des subsides en cause d'évaluer l'incidence d'un retard dans l'attribution du marché sur la perte qui serait subie à cet égard.

Selon le "*masterplan* ETCS" d'INFRABEL, l'objectif est de "permettre à tout le trafic de trains en Belgique d'être protégé par l'ETCS à partir de 2025". Ce plan prévoit le renforcement systématique de la sécurité du réseau ferroviaire belge, d'une part, par la poursuite de l'installation du "TBL 1 +" et, d'autre part, par le déploiement simultané du système E.T.C.S.. Si la sécurité du rail est certainement et à juste titre une priorité absolue, celle-ci ne dépend cependant pas uniquement de la rapidité avec laquelle le marché litigieux sera attribué. Elle dépend, en réalité, de la détermination de l'offre qui est à la fois la meilleure techniquement, et donc la plus sûre, et la plus avantageuse, et ensuite de l'exécution de celle-ci. Or, d'une part, ainsi qu'il a été conclu à l'issue de l'examen des premier et deuxième moyens de la requête, il ne peut être tenu pour certain, à ce stade de la procédure, que l'offre de l'attributaire réponde à ces conditions. D'autre part, il y a lieu de constater qu'actuellement, INFRABEL est en phase de finalisation d'un marché visant "en 2010" à réduire les risques d'accidents de 170 pour cent à 42 pour cent et que la prochaine étape dont l'échéance se situe en 2022, est de limiter ce risque à 9,6 pour cent. Dès lors, à supposer même que le commencement de l'exécution, sans délai, du marché litigieux pourrait contribuer à atteindre plus rapidement ce pourcentage, il n'en demeure pas moins que le risque invoqué ne s'estompera qu'au gré de travaux qui s'étaleront sur plus de dix ans. La partie adverse ne prétend pas qu'il existerait aujourd'hui un risque particulier fût-ce sur une ligne ou dans une gare qui justifierait le début immédiat des travaux. En outre, il est apparu à l'audience que l'attributaire ne dispose pas encore de l'ensemble des agréments techniques requis. Dès lors, si la suspension de l'exécution de l'attribution du marché litigieux postposera de plusieurs mois le début des travaux, elle assurera, en retour, que ceux-ci seront réalisés, quel que soit finalement l'attributaire du marché, par l'entreprise la meilleure au regard des critères du cahier spécial des charges.

Pour ce qui concerne les conséquences qu'aurait une suspension sur le respect de l'intégration du réseau ferroviaire belge au niveau européen, la partie adverse ne démontre pas que la liaison dont elle parle devrait être équipée d'un système "ETCS 2". En outre, il s'agirait d'un autre marché dont l'exécution des travaux aurait pris du retard.

La réfection de l'acte attaqué devrait être facilitée par le fait que la partie adverse pourrait faire directement usage de la dernière version du cahier spécial des charges puisqu'il ressort de sa thèse qu'elle correspond parfaitement aux objectifs qu'elle s'était fixés et qu'elle ne devrait donc plus être modifiée. Elle écrit en effet ce qui suit: "Les spécifications du marché telles qu'elles ont été établies dans la *baseline* 9 traduisent l'objet du marché tel que voulu, dès le départ, par INFRABEL" (Note d'observations, point 173). La partie adverse ne devrait pas non plus procéder à

nouveau à la sélection des candidats, cette partie là de la procédure ne faisant pas l'objet de critiques. En raison de la très grande complexité et de l'importance du marché, la possibilité pour les soumissionnaires sélectionnés de déposer une nouvelle offre complète adaptée à la neuvième version du cahier spécial des charges, pour autant qu'un délai raisonnable de dépôt leur soit accordé à cette fin, serait de nature à les replacer sur un pied d'égalité par rapport aux exigences définitives de la partie adverse.

Il est donc, au vu de ce qui précède, possible de remédier aux illégalités dénoncées dans les premier et deuxième moyens sans entraîner un retard préjudiciable à l'intérêt général.

Il s'ensuit que les motifs invoqués par la partie adverse ne sont pas suffisamment pertinents pour ne pas accorder la suspension.

VIII. CONFIDENTIALITE

Les parties requérantes déposent à titre confidentiel des pièces numérotées 29 à 31 des annexes à leur requête.

La partie adverse souhaite également garder la confidentialité d'une partie du dossier administratif.

De même, les parties intervenantes souhaitent garder la confidentialité des pièces 19 à 23 jointes à leur requête en intervention.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir la confidentialité.

IX. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

Les parties requérantes sollicitent la condamnation de la partie adverse à une indemnité de procédure d'un montant de 2800 euros.

Dès lors que, conformément à l'article 68 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, la liquidation des dépens et la contribution au paiement de ceux-ci se fait au moment où le Conseil d'Etat statue sur la requête en annulation et, si la demande de suspension n'est pas accompagnée ou suivie d'une requête en annulation, dans l'arrêt qui lève la suspension, il n'y a pas lieu de se prononcer sur cette demande dans le présent arrêt.

Par ailleurs, il est apparu que les parties requérantes se sont acquittées deux fois du montant des droits afférents à leur demande de suspension d'extrême urgence. Il y a lieu, en conséquence, d'ordonner le remboursement du montant de 800 euros, indûment versé.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme SIEMENS et la société anonyme COFELY-FABRICOM, ayant formé une société momentanée SIEMENS-FABRICOM, est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du conseil d'administration d'INFRABEL du 14 octobre 2014 par laquelle le marché public de travaux ETCS-L2+IL a été attribué à la société momentanée SIEMENS-FABRICOM pour un montant de 510.035.970,81 euros.

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 pièces 29 à 31 du dossier de pièces des parties requérantes, la partie confidentielle du dossier administratif ainsi que les pièces 19 à 23 des annexes à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Article 7.

Le montant de 800 euros indûment versé par les parties requérantes leur sera remboursé par le service désigné au sein du Service public fédéral des finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'Etat.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-trois décembre deux mille quatorze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M ^{me} Diane DEOM,	Conseiller d'Etat,
M. Serge BODART,	Conseiller d'Etat,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.