

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 230.792 du 3 avril 2015

A. 209.671/V-1904

En cause :

**la société de droit néerlandais
ACROSTICHON VENTURES B.V.,**
ayant élu domicile chez
Me Mehdi MELLAH, avocat,
avenue Louise 137/12
1050 Bruxelles,

contre :

1. la Région flamande, représentée par
son gouvernement,
ayant élu domicile chez
Mes Alain FRANÇOIS et
Bart MARTEL, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles,

2. la Région wallonne, représentée par
son gouvernement,

3. la Région de Bruxelles-Capitale,
représentée par son gouvernement,

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

ayant élu domicile chez
Mes Eric GILLET, Christophe DUBOIS et
Patrick THIEL, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

Parties intervenantes :

**1. - la société anonyme de droit public BPOST
- la société de droit italien
AUTOSTRADE PER L'ITALIA SPA
- la société anonyme THALES BELGIUM**

qui forment ensemble le consortium **TRAXIA**
ayant élu domicile chez
Me Bob MARTENS, avocat,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles,

2. - la société privée à responsabilité limitée
**INTERNATIONAL BUSINESS
MACHINES OF BELGIUM**, en abrégé,
IBM BELGIUM
- la société anonyme de droit français
EGIS PROJECTS
- la société anonyme de droit portugais
**BRISA AUTO ESTRADAS DE
PORTUGAL**, en abrégé, **BRISA**

qui forment ensemble le consortium **BELGOVERDE**
ayant élu domicile chez
Mes Vincent OST et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
chaussée de La Hulpe 120
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, Ve CHAMBRE,

I. Objet du recours

1. Par une requête introduite le 17 septembre 2013, la partie requérante demande l'annulation de "la décision du 18 juillet 2013 du gouvernement de la Région wallonne, la décision du 18 juillet 2013 du gouvernement de la Région [de] Bruxelles-Capitale, la décision du 18 juillet 2013 du conseil d'administration de [la] Sofico et la décision du 19 juillet 2013 du gouvernement de la Région flamande dans lesquelles un rapport de sélection du 16 juillet 2013, établi par messieurs [C.C., B.F. et H.V.B.], est approuvé et dans lesquelles est décidé, d'une part, de sélectionner les consorti[ums] «Xerox-Meridiam Infrastructure - CFE - Vinci Concessions», «T-Systems - Belgacom - Strabag», «ViAppia», «Traxia» et «BelGoVerde» pour la participation à la procédure d'attribution du marché public concernant le prélèvement kilométrique pour les poids lourds et, d'autre part, de ne pas sélectionner la partie requérante pour cette procédure".

II. Déroulement de la procédure

2. L'arrêt n° 224.724 du 19 septembre 2013 a accueilli les requêtes en intervention et décrété le désistement de la partie requérante dans la procédure en suspension d'extrême urgence.

L'arrêt a été notifié à la partie requérante le 30 septembre 2013.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties requérante et adverses ont déposé un dernier mémoire.

3. Les parties ont été convoquées à l'audience, qui a eu lieu le 24 mars 2015.

Serge BODART, conseiller d'État, a fait rapport.

Me Kris WAGNER, loco Me Mehdi MELLAH, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Laura JANSSENS, loco Mes Alain FRANÇOIS, Bart MARTEL, Eric GILLET, Christophe DUBOIS, et Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour les parties adverses, Me Nina MAMPAEY, loco Me Bob MARTENS, avocats, comparaissant pour la première partie intervenante, et Me Emmanuel JACUBOWITZ, loco Mes Vincent OST et Maxime VANDERSTRAETEN, avocat, comparaissant pour la seconde partie intervenante, ont été entendus.

Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section, a émis un avis conforme au présent arrêt.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

4. Dans le Bulletin des adjudications du 23 mai 2013 et le Journal officiel de l'Union européenne du 28 mai 2013, le département "Financien en Begroting" de l'Autorité flamande publie un avis de marché relatif au prélèvement kilométrique pour les poids lourds.

L'avis mentionne que le pouvoir adjudicataire agit au nom d'autres pouvoirs adjudicataires.

L'avis décrit le marché comme un marché de services qui inclut des travaux et des fournitures; il renvoie pour le surplus au dossier de sélection qui est publié simultanément sur le site internet www.viapass.be.

La procédure d'attribution du marché est une procédure négociée avec publicité en vertu de l'article 17, § 3, 2° et 4°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, ci-après la loi du 24 décembre 1993, dont le nombre de participants qui prendront part à la phase d'attribution est limité à cinq entreprises.

Le guide de sélection, qui mentionne en page de couverture "Convention de marché conjoint entre la Région Flamande, la Région Wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale, SOFICO", expose notamment dans son introduction :

" Les trois Régions ont décidé d'introduire un système de prélèvement kilométrique pour les camions et éventuellement une vignette routière pour les véhicules personnels. L'objectif est d'introduire un prélèvement kilométrique «malin et écologique», qui peut être différencié selon l'endroit, le temps, le comportement et les caractéristiques environnementales du véhicule.

[...]

Le présent marché (ci-après le «Marché») concerne, en d'autres mots, la désignation d'un prestataire de services unique (ci-après également «Single Service Provider» ou «SSP»), qui sur la base d'un contrat DBFMO [Design, Build, Finance, Maintain and Operate] exécutera les services de prélèvement kilométrique (ainsi que les travaux et fournitures les accompagnant), en ce compris la perception et la distribution aux autorités perceptrices" (guide de sélection, Introduction, p.4).

Le guide de sélection contient également les informations suivantes :

- " Les candidats sélectionnés seront invités à déposer une offre. Ils recevront à cette fin un cahier spécial des charges reprenant notamment une description plus détaillée du Marché, des critères d'attribution retenus et du déroulement de la procédure d'attribution" (guide de sélection, 2.4.).
- " La Région flamande agit comme Pouvoir Adjudicateur, agissant en qualité de Secrétaire pour le compte de la Région wallonne et de la SOFICO. La Région flamande agit comme centrale de marchés pour la SA de droit public Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM) et la N.V. Tunnel Liefkenshoek (TLH).

Dans le cadre du péage routier, une entité interrégionale (ci-après «IRE»), qui reprendra la mission de Pouvoir Adjudicateur (et de secrétaire/centrale de marchés) de la Région flamande dès son entrée en vigueur, sera constituée parmi les Régions" (guide de sélection, 3.1.).

Les candidats pouvaient adresser leurs éventuelles questions écrites au pouvoir adjudicateur jusqu'au 10 juin 2013; le pouvoir adjudicateur a publié, par l'intermédiaire du site internet précité les réponses aux questions le 17 juin 2013 qui ont été mises à jour le 19 juin 2013.

Les documents du marché fixaient la date de remise des dossiers de candidature au 1^{er} juillet 2013.

À cette date, les groupements suivants avaient introduit un dossier de candidature :

- Acrostichon Ventures B.V.,
- le groupement "BelGoVerde",
- Kapsch TrafficCom AG,
- le groupement "Traxia",
- le groupement "T-Systems – Belgacom – Strabag",
- le groupement "ViApia",
- et le groupement "Xerox – Meridiam Infrastructure – CFE – Vinci Concessions".

Le pouvoir adjudicateur a sollicité des sept candidats des informations complémentaires sur le contenu de leur demande de participation; chacun a fourni les éclaircissements et données complémentaires sollicités.

Le rapport d'analyse des candidatures a été rédigé par le consortium Fairway, assistant les parties adverses dans la réalisation du projet de prélèvement kilométrique.

Tous les candidats satisfaisant aux exigences minimales, il a été procédé au classement des candidatures conformément à l'article 1.3 A du guide de sélection afin de limiter à cinq le nombre de candidats qui participeront à la procédure d'attribution ultérieure.

La partie requérante est classée sixième et n'est donc pas retenue pour participer à la phase ultérieure de passation du marché.

Le rapport de la commission de sélection du 16 juillet 2013 est rédigé comme suit :

- " Le comité de sélection propose donc à l'unanimité :
- D'admettre au stade suivant de la procédure d'octroi du marché :
- le consortium «Xerox-Meridiam Infrastructure – CFE – Vinci Concessions»
- le consortium «T-Systems – Belgacom – Strabag»
- le consortium «ViaApia»
- le consortium «Belgoverde»
- De ne pas retenir les candidats suivants :
- Acrostichon Ventures B.V.
- Kapsch TrafficCom AG".

Le 18 juillet 2013, "le Gouvernement [wallon] approuve la note lui soumise, la sélection des candidats [...]". Le même jour, "le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale [...] approuve le rapport de sélection". Le même jour,

le conseil d'administration de la SOFICO marque son accord sur la sélection des candidats "telle que résultant du rapport du 16 juillet 2013 du Comité de Sélection [...]".

Le 19 juillet 2013, le gouvernement flamand décide (traduction libre) "[...] d'approuver la décision de sélection dans le cadre de la mise en œuvre d'un système de prélèvement kilométrique [...]".

IV. Identification de la partie adverse

IV.1. Thèses des parties

Les parties adverses demandent la mise hors de cause de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles-Capitale et de la SOFICO, dès lors que la Région flamande serait le seul pouvoir adjudicateur comme cela ressort des documents du marché et de la convention relative à la réalisation d'un marché conjoint. Elles exposent que seule la Région flamande était chargée de la passation du marché et pouvait régulièrement adopter une décision à l'égard de son contenu. Elles ajoutent que cela n'empêchait pas les deux autres régions et la SOFICO d'émettre un avis ou d'approuver ou d'adopter une décision à propos du rapport de sélection. Les parties adverses font valoir que la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'auteur de la décision susceptible de recours est le pouvoir adjudicateur chargé par les autres de la procédure de passation et rappellent que, dans l'arrêt n° 224.992 du 3 octobre 2013, faisant suite à un recours introduit par un autre candidat non sélectionné à l'encontre du même acte attaqué, le Conseil d'État a mis hors de cause les autres parties adverses à l'exception de la Région flamande.

La partie requérante ne réplique pas à la demande de mise hors de cause.

IV.2. Décision du Conseil d'État

L'article 19 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services se lit comme suit :

" L'exécution conjointe de travaux, de fournitures ou de services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents peut, dans l'intérêt général, faire l'objet d'un marché unique attribué par adjudication, par appel d'offres ou par procédure négociée, dans les conditions déterminées par la loi.
Les personnes intéressées désignent l'autorité ou l'organe qui interviendra, en leur nom collectif, à l'attribution et à l'exécution du marché".

En l'espèce, les trois régions et la SOFICO ont passé à une date inconnue mais antérieure à la publication de l'avis de marché, une convention fondée

notamment sur cette disposition. La convention s'intitule "convention relative à la réalisation d'un marché conjoint". Elle contient un article 4 dont les deux premiers alinéas sont rédigés comme suit :

- " Les Parties conviennent de désigner la Région flamande, qui agit en leur nom collectif à la passation et l'attribution du Marché.
Cette Partie est désignée ci-après «le Secrétaire», agissant comme pouvoir adjudicateur.
(...)"

Il apparaît donc que le pouvoir adjudicateur désigné par la convention entre les Régions et la SOFICO est la Région flamande.

Ce constat est corroboré par les autres articles de la convention.

Ainsi, l'article 5 de la convention précise que :

- " Sous réserve de ce qui est dit à l'article immédiatement ci-dessous, le Secrétaire [lire la Région flamande] est compétent pour assurer les missions suivantes :
- la coordination générale, tant du point de vue technique qu'administratif, en vue de l'attribution du Marché;
 - l'ensemble de la procédure d'attribution du Marché, dans le respect des lois et règlements relatifs aux marchés publics et de la présente convention".

Ainsi encore, l'article 6 de la même convention indique que :

- " Les Parties s'accordent pour que, sans préjudice de leurs procédures d'approbation respectives les décisions suivantes soient délibérées et validées au sein des Comités visés au chapitre 6 de la présente Convention avant d'être formellement adoptées et notifiées par le Secrétaire :
- toute décision relative à l'exclusion ou à la (non-) sélection d'un candidat;
 - toute décision tenant à déclarer (ir)régulière une offre;
 - l'adoption, pendant la phase de négociation, d'une décision à l'égard d'un ou plusieurs soumissionnaires qui écarte ce(s) soumissionnaire(s) d'une manière définitive;
 - La décision d'attribution du Marché à un compétiteur".

L'article 12 de la convention prévoit, par ailleurs, que :

- " Le Secrétaire [lire la Région flamande] est responsable du bon déroulement de la procédure d'attribution.

Il ne notifiera les décisions visées à l'article 6 de la Convention, qu'après que tous les membres des délégations régionales de l'I.A.C.P. aient été informés à cet égard et se soient mis d'accord à ce sujet après validation par le groupe politique de coordination interrégionale. À cet effet, le Secrétaire fournit préalablement tous les documents nécessaires aux Parties (entre autres projet de décision de sélection, projet de rapport d'attribution, projet de décision d'attribution, ...).

Si aucun refus motivé n'est communiqué endéans les quinze jours ouvrables, le Secrétaire a le droit de notifier la décision précitée".

L'article 15, alinéa 1^{er}, dispose, enfin, que :

- " Le Secrétaire est exclusivement compétent pour procéder à toute communication formelle avec des candidats/soumissionnaires concernant la procédure de l'attribution du Marché".

Les documents du marché ne laissent pas davantage de doute quant au pouvoir adjudicateur. L'avis de marché, dont le contenu est issu de l'annexe 1 de la convention de marché conjoint, désigne ainsi comme pouvoir adjudicateur le "Département Financien en Begroting" sis dans les bâtiments de la Région flamande. Le dossier de sélection indique que la Région flamande agit comme pouvoir adjudicateur, agissant en qualité de secrétaire pour le compte de la Région wallonne et de la SOFICO. Les demandes de participation doivent du reste être envoyées à la Région flamande, c'est-à-dire à l'adresse indiquée dans l'avis de marché.

Enfin, la notification du 19 juillet 2013 comporte la décision du pouvoir adjudicateur, en l'espèce, le Gouvernement de la Région flamande de ne pas sélectionner la partie requérante et fait référence à des validations de la proposition de sélection par les gouvernements concernés et le conseil d'administration de la SOFICO.

Le seul pouvoir adjudicateur en la présente espèce est, par conséquent, la Région flamande et le seul acte susceptible de recours est sa décision prise en sa qualité de pouvoir adjudicateur, agissant également pour les autres Régions et la SOFICO, de sélectionner cinq groupements et de ne pas sélectionner deux candidats, dont la requérante.

En approuvant le rapport de sélection, les Régions wallonne et bruxelloise et la SOFICO, n'ont dès lors pas pris des actes susceptibles de recours au sens de l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993 précitée mais bien de simples actes préparatoires à la décision du Gouvernement flamand, seul pouvoir adjudicateur conformément à l'article 19 de la même loi.

L'objet du recours doit donc être interprété comme portant sur la décision de l'autorité adjudicatrice, en l'espèce, la Région flamande, de sélectionner cinq groupements d'entreprises et de ne pas sélectionner la partie requérante.

Il y a lieu de mettre hors de cause la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la SOFICO et de renvoyer l'affaire au rôle général, le traitement de cette affaire ne ressortissant pas aux conditions visées à l'article 62 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

D É C I D E :

Article 1^{er}

La Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la société anonyme SOFICO sont mises hors cause.

Article 2.

L'affaire est renvoyée au rôle général.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la Ve chambre, le trois avril deux mille quinze, par :

Roger STEVENS,	président du Conseil d'État,
Luc CAMBIER,	conseiller d'État,
Serge BODART,	conseiller d'État,
assistés de	
Gregory DELANNAY,	greffier.

Le Greffier,

Le Président du Conseil d'État,

Gregory DELANNAY.

Roger STEVENS.