**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 232.210 du 16 septembre 2015

G./A.211.201/VI-20.121

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

ayant élu domicile chez
Mes Carlos DEWOLF et
Patrick DE SOETE, avocats,
etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

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

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

---

**LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

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

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 226.464 du 19 février 2014 a rejeté selon la procédure d'extrême urgence, la demande de suspension de l'exécution de la décision attaquée.

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

Le dossier administratif a été déposé.

M. l'Auditeur au Conseil d'Etat, Raphaël BORN, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 25 juin 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 9 septembre 2015 à 10 heures.

M. le Conseiller d'Etat, Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Patrick DE SOETE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Patrick GOFFAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. l'Auditeur, Raphaël BORN, 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

Les faits de la cause ont été résumés comme suit dans l'arrêt n° 226.464 du 19 février 2014:

" 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 :

PK = Z * (P1 + 0,5*P2 + M1 – C) / (K1 + 0,5K2)

- PK prix de revient kilométrique pris en compte
- P1 prix d'achat du pneu neuf
- P2 prix du retaillage, y compris les coûts opérationnels, estimés forfaitairement à 68€
- M1 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)
- K1 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
- K2 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 no 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 partie requérante poursuit uniquement l'annulation de la décision d'attribution en ce qui concerne le lot 1 du marché.

IV. DEMANDE DE LEVEE DE CONFIDENTIALITE DE CERTAINES PIECES

IV. 1 Thèse de la partie requérante

Dans son mémoire en réplique, la requérante indique que : "Dans le cadre de la procédure d'annulation, la Partie Adverse a déposé les pièces 5, 6 et 7 à titre confidentiel auprès de votre Conseil". Elle relève, toutefois, qu'aucune raison n'a été donnée pour justifier cette demande de confidentialité. Elle invoque l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 février 2008 (C-450/06) dans lequel il a été décidé que le principe de la confidentialité des pièces devait se concilier avec celui du contradictoire. Elle souligne que, si dans une procédure en suspension d'extrême urgence, la confidentialité peut se concevoir et se justifier, il en va différemment dans le cadre d'une procédure en annulation, ainsi que le Conseil d'Etat l'a décidé dans ses arrêts n° 184.598 du 24 juin 2008, n° 216.546 du 29 novembre 2011 et n° 226.755 du 13 mars 2014. Elle constate, en l'espèce, que non seulement la partie adverse n'a pas justifié la confidentialité des pièces dans son mémoire en réponse, mais qu'en outre la société BRIDGESTONE BELUX n'intervient plus à ce stade de la procédure et ne justifie donc plus les raisons de la confidentialité de son offre. La requérante demande dès lors au Conseil d'Etat, par un "arrêt intermédiaire", de lever la confidentialité des trois pièces précitées et d'accorder un délai complémentaire pour lui permettre de déposer un nouvel écrit de la procédure.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 26 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 dispose comme suit:

" L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même

connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable".

En l'espèce, la partie requérante demande la levée de la confidentialité de trois pièces, à savoir les pièces cinq, six et sept du dossier administratif. La pièce cinq étant l'offre de la partie requérante, pour laquelle elle a elle-même requis la confidentialité, il faut comprendre que sa demande vise en réalité les pièces six et sept qui correspondent respectivement à l'offre de l'adjudicataire et à des échanges de courrier entre la partie adverse et les soumissionnaires. Ces pièces contiennent des informations relatives au prix et aux techniques mises en œuvre par les soumissionnaires et leur communication serait donc de nature à nuire au secret des affaires. Il ressort par ailleurs des écrits de la procédure que les informations utiles à la solution du litige ont été communiquées à la partie requérante dans les écrits de la partie adverse, dans ceux de la partie intervenante en suspension et dans le rapport de l'auditeur rapporteur. La levée de la confidentialité des pièces litigieuses ne se justifie dès lors pas.

## V. MOYEN UNIQUE

### V. 1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de la "violation de l'article 106 de l'Arrêté Royal du 16 juillet 2012; violation des articles 4 et 5 de la Loi du 17 [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 106 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 rappelle ensuite les fondements et la portée du principe d'égalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du principe de prudence que doit respecter une autorité adjudicatrice.

La partie requérante expose également que conformément à une jurisprudence du Conseil d'Etat, si dans une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il compare les mérites respectifs de plusieurs offres au regard d'un critère d'attribution qualitatif, 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. Il revient, par ailleurs, à l'autorité adjudicatrice d'expliquer valablement sa décision d'attribution du marché public et de procurer aux autres soumissionnaires la possibilité de la comprendre.

En l'occurrence, la partie requérante analyse l'attribution des points à son offre et à celle de l'attributaire du marché pour le lot 1, particulièrement concernant l'appréciation du premier critère d'attribution. Elle fait valoir qu'alors que le montant inclus dans son offre repose sur des données disponibles auprès de la partie adverse et est réaliste et fiable il n'en va pas de même du montant pris en compte pour la société BRIDGESTONE BELUX. Elle soutient en particulier que l'acceptation du chiffre de 81.000 km comme kilométrage garanti pour le pneu proposé par cette société "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 dans un premier temps que "le pneu tel que proposé par la [société BRIDGESTONE BELUX] notamment, le type «275/70R22,5 Urban All Positions M+S» était introuvable". Cependant, suite à la requête en intervention dans le cadre de la procédure en extrême urgence, elle concède avoir pu identifier le pneu litigieux et dit avoir constaté qu'il s'agit d'un "pneu nouveau qui a été introduit officiellement à partir du 1er janvier 2014, c.-à-d. après que l'offre a été introduite et [que] les négociations se sont déroulées et même après que la décision d'attribution a été prise par la Partie Adverse".

Elle relève également que "[l]es informations techniques concernant le pneu, proposé par la [société BRIDGESTONE BELUX], sont à ce jour, soit pas encore disponibles, soit incomplètes ou incohérentes au niveau des données techniques. Dans une brochure de la [société BRIDGESTONE BELUX], disponible en Finlande depuis le 1er janvier 2014 (pièce 14), le pneu est mentionné cependant

sans que toutes les données techniques soient mentionnées (p. 13)". Selon la requérante, "l'index de charge et de vitesse" y est présenté comme s'élevant à 148 alors que, dans l'offre, il s'élevait à 150.

Elle constate que, dans les pneus proposés par la société BRIDGESTONE BELUX, sur différents site internet qu'elle mentionne, le pneu n'est pas encore repris. Elle déduit aussi des indications de cette société sur l'augmentation du kilométrage garanti à concurrence de vingt-huit pour cent par le nouveau pneu, que le kilométrage garanti par le pneu prédécesseur s'élevait à 58.320 km, soit septante-deux pour cent de 81.000 km.

Elle ajoute que : "En outre, il a été révélé que la [société BRIDGESTONE BELUX] a déterminé le chiffre de 81.000 km comme kilométrage minimal garanti sur base des tests qui ont été faits dans des différentes villes, sans que les données de base desdits calculs aient été fournies à la Partie Adverse dans le cadre de la procédure d'attribution". Or, elle reproche à la partie adverse d'avoir accepté le kilométrage minimal garanti par la société précitée "sans faire la moindre analyse du caractère réaliste de ce montant", que, suivant les informations dont elle dispose "[l]es pneus tels qu'ils ont été proposés par la [société BRIDGESTONE BELUX] dans le passé, soit à la Partie Adverse, soit à d'autres clients, n'ont jamais obtenu un état de kilométrage comparable au niveau de kilométrage garanti tel qu'il est actuellement proposé par [cette société], c.-à-d. 81.000 kilomètres", que les performances annoncées seraient "techniquement révolutionnaire[s]" si les autres paramètres de bruit ou d'adhérence notamment demeurent les mêmes.

Elle expose que "[l]e caractère purement théorique et donc peu réaliste du montant du kilométrage garanti, tel que proposé par la [société BRIDGESTONE BELUX] se voit également confirmé par le fait que nonobstant les circonstances différentes dans lesquelles les pneus sont utilisés par la Partie Adverse, notamment les différentes lignes telles que prévues par le CSC, [ladite société] a, à l'encontre de tous les autres soumissionnaires, proposé le même chiffre comme kilométrage minimal garanti et donc en faisant abstraction de toute circonstance concrète dans laquelle les pneus seront utilisés (pièce 15, tableau lot I)".

Elle fait valoir que les informations obtenues par ses soins auprès de la société flamande DE LIJN concernant les autobus utilisés à Winterslag correspondent aux indications de la société BRIDGESTONE BELUX relatives au pneu prédécesseur, à savoir 58.320 km.

La requérante expose encore que la méthode d'appréciation basée sur le principe du calcul du coût du cycle de vie du produit proposé, appliquée en l'espèce par la partie adverse, est prévue notamment à l'article 77 de 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 du 20 décembre 2011. Cette disposition en projet se lit comme suit:

" 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».

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»".

La partie requérante en infère que "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". Or, tel n'aurait pas été le cas en l'espèce. En effet, selon la partie requérante, "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, comparable 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 société BRIDGESTONE BELUX pour le lot 1.

La partie requérante estime que "[c]ette critique est d'autant plus sérieuse comme, premièrement, le type de pneu proposé par la [société BRIDGESTONE BELUX] représente un pneu «inconnu» dont il est impossible de trouver des informations concernant les spécifications techniques". Elle affirme que, sur la base des données dont elle dispose, l'état du kilométrage obtenu par les pneus proposés jusqu'à ce jour par la société BRIDGESTONE BELUX pour d'autres marchés mis en concurrence par la partie adverse, n'a, de loin, pas atteint l'état de kilométrage proposé en l'espèce par cette société pour le lot 1, soit 81.000 kilomètres.

Elle considère 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 Requérante doit constater que la Partie Adverse n'a pas appliqué cette clause et s'est apparemment contentée d'accepter le montant inclus dans l'offre de la [société BRIDGESTONE BELUX]", alors que, d'une part, il s'agit d'un pneu tout à fait inconnu et, d'autre part, que les pneus proposés par cette société pour des marchés précédents ont permis des kilométrages moyens nettement inférieurs.

Elle invoque encore la jurisprudence du Tribunal de première instance des Communautés européennes, en particulier l'arrêt T-345/03 du 12 mars 2008, qui admet qu'une société qui exécute le marché précédent dispose d'un avantage inhérent

*de facto* dans le cadre d'une procédure de renouvellement d'un contrat existant. Elle estime qu'en l'espèce, cela devrait se traduire par le fait que "la Partie Requérante, titulaire du marché précédent, a fourni un chiffre de kilométrage minimal garanti réaliste, c.-à-d. correspondant aux données qui ont été réalisées durant l'exécution du marché précédent comme demandé par le CSC". Elle relève qu'"[a]pparemment, la [société BRIDGESTONE BELUX] a choisi une autre stratégie, c.-à-d. proposer un pneu nouveau qui se trouvait au moment de l'introduction de l'offre dans la phase des tests et en proposant, en comparaison avec le pneu existant, une amélioration [en] l'occurrence de 28 % dont l'évaluation est uniquement basée sur [s]es propres études et analyses des résultats tests obtenus dans des villes dont l'identité est gardée en confidentialité". Elle en infère que, "[d]ans ces circonstances, il est indiscutable que la Partie Adverse, dans sa capacité d'entité adjudicatrice, a l'obligation conformément au principe de l'égalité des soumissionnaires, au principe de transparence et surtout au principe de prudence, d'analyser d'une manière approfondie les informations fournies par la [société BRIDGESTONE BELUX] et ceci conformément à ses propres dispositions du CSC".

Elle en conclut 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.

La requérante ajoute, en réplique, que la partie adverse a méconnu le devoir de motivation matérielle qui ressort des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, qu'elle se fonde à cet égard sur la "reconnaissance" par la partie adverse que la société BRIDGESTONE BELUX aurait amélioré son kilométrage de vingt-huit pour cent par rapport au pneu précédent, qu'elle aurait dû veiller à se voir proposer une offre "réaliste", alors qu'elle s'est contentée d'accepter "presqu'aveuglément" le kilométrage garanti proposé par cette société, que le devoir de minutie lui imposait de faire preuve d'une attitude critique en présence d'une augmentation de performance aussi "extraordinaire", qu'à défaut, le "devoir de motivation formelle, conjointement avec le devoir de minutie" a été manifestement violé.

Elle soutient que, s'il n'est pas interdit de proposer dans un marché public un nouveau produit, il appartient à la partie adverse de vérifier sur quelles bases le soumissionnaire se fonde pour proposer ce produit, lorsque celui-ci présente des performances tellement plus élevées et s'il n'existe aucune référence officielle de ce produit sur le marché au moment de la soumission de l'offre, qu'il en va d'autant plus ainsi en présence de la "faculté" reconnue à la partie adverse par la clause figurant au paragraphe 3.1., 1), alinéa 3 du cahier spécial des charges. Elle estime qu'en présence de la clause litigieuse, le devoir de minutie imposait de faire usage de cette "faculté", à défaut de quoi tout soumissionnaire pourrait faire des promesses irréalistes ou fantaisistes, sans le moindre contrôle du pouvoir adjudicateur.

Elle estime qu'il est "trop facile de mettre de côté les éléments factuels apportés par la Partie Requérante, notamment en ce qui concerne le kilométrage réalisé auprès de De Lijn, comme des éléments «non-pertinents»", que l'absence de données historiques sur le pneu proposé, ainsi que les informations techniques disponibles des fabricants concernant le cercle de vie des pneus, qui établissent des différences substantielles entre les pneus, justifient que la requérante mette "en évidence ces distinctions, constatées par De Lijn et complètement ignorées par la Partie adverse lors de l'attribution du Marché".

La requérante relève encore qu'"une comparaison des moyennes proposées par les différents soumissionnaires n'a aucune pertinence : il faut par contre voir pour chaque soumissionnaire individuel si le kilométrage garanti minimal inclus dans son offre peut se justifier comme normal en comparaison avec le kilométrage moyen obtenu précédemment sur les réseaux TEC locaux avec des pneus de même dimension dont les hauteurs des sculptures sont comparables", que c'est en effet le kilométrage moyen obtenu par le fournisseur chargé du précédent marché qui "déterminerait pour tous les soumissionnaires concernés si le montant des kilométrages garantis proposés dans l'offre pourrait se concevoir comme normal et réaliste".

Dans son dernier mémoire, la partie requérante reproche encore à la partie adverse de ne pas communiquer au Conseil d'Etat "les données concernant le kilométrage obtenu par les pneus de Bridgestone dans le cadre de l'exécution du présent marché", ce qui permettrait "d'apporter à la connaissance de votre Conseil les éléments prouvant qu'après l'attribution du marché à la Partie Intéressée, le pneu concerné a effectivement obtenu le kilométrage garanti". Elle conclut qu'"à défaut d'avoir accès au dossier administratif et d'avoir connaissance des données statistiques concernant le pneu proposé par la Partie Intéressée dans le cadre du marché, [elle]

maintient donc d'une manière ferme, sa demande en annulation, et, préalablement, a l'accès à toutes les pièces du dossier administratif".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de l'article 106 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, dès lors qu'il vise la procédure négociée sans publicité, alors que le marché public litigieux a été passé avec publicité.

Le moyen est également irrecevable en ce qu'il est pris 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, et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. La requérante n'expose, en effet, pas en quoi ces dispositions auraient été violées en l'espèce. Dans son mémoire en réplique, la requérante tente de justifier la recevabilité du moyen pris de la violation des articles 4 et 5 précités, mais développe en réalité le moyen en tant qu'il est pris de la violation du devoir de minutie et non de ces deux dispositions.

Sur le fond, la requérante ne conteste plus l'existence même du pneu de type U-AP 001 (Urban All Position) proposé par la société BRIDGESTONE BELUX pour le lot 1. Elle reproche, en revanche, le caractère "purement théorique", "fantaisiste", "peu réaliste" ou "manifestement déraisonnable" du kilométrage garanti de 81.000 kilomètres pour ce pneu.

En ce que la partie requérante dénonce l'existence d'une différence dans la documentation de l'adjudicataire concernant "l'index de charge de vitesse", lequel varierait de 148 à 150 selon qu'il est mentionné dans une brochure de la société concernée ou dans son offre, elle ne démontre pas en quoi cette divergence serait de nature à valider son appréciation quant au caractère manifestement inexact de la garantie de kilométrage de 81.000 kilomètres.

En ce que la partie requérante soutient que le kilométrage de 81.000 kilomètres serait très nettement supérieur aux performances du modèle précédent proposé par la société BRIDGESTONE BELUX, il ressort des informations communiquées par la partie intervenante dans le cadre de la demande de suspension et citées par l'auditeur rapporteur dans son rapport que le kilométrage de ce pneu atteignait 79.132 kilomètres en moyenne par an dans la flotte des TEC. La partie requérante ne conteste pas l'exactitude de cette donnée dans son dernier mémoire. La

partie requérante ne conteste pas non plus que le chiffre de 81.000 kilomètres garantis avancé par la société BRIDGESTONE BELUX se situe assez sensiblement en-dessous du chiffre garanti par la partie requérante elle-même et dans le même ordre de grandeur que ceux garantis par trois autres soumissionnaires, seuls deux soumissionnaires proposant des chiffres sensiblement moins élevés. Le chiffre de 81.000 kilomètres n'apparaît donc pas manifestement déraisonnable que ce soit au regard des performances réalisées par le précédent modèle commercialisé par l'adjudicataire ou au regard des performances garanties par les autres soumissionnaires.

Les calculs théoriques auxquels se livre la partie requérante quant aux performances du modèle précédent commercialisé par l'adjudicataire reposent sur de pures supputations et ne sont pas de nature à énerver les constatations qui précèdent.

Par ailleurs, 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 il n'est pas démontré qu'il s'agirait d'un marché récent comparable au marché litigieux.

La partie requérante reste également en défaut de démontrer que le fait d'avoir proposé le même chiffre comme kilométrage minimal garanti pour les cinq parcours, constituerait une indication du caractère manifestement déraisonnable de ce chiffre.

Partant, la requérante ne démontre nullement qu'en choisissant le pneu offert par la société BRIDGESTONE BELUX, la partie adverse s'est fondée sur des faits inexacts. Elle ne démontre pas davantage que la partie adverse aurait dû avoir l'attention spécialement attirée sur le caractère prétendument anormal de l'offre de cette société.

Pour le surplus, en ce qui concerne la clause reprise au paragraphe 3.1., alinéa 3, du cahier spécial des charges, elle est libellée comme suit :

" 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".

Cette clause offre une faculté ou un droit à la partie adverse, mais ne lui impose pas l'obligation de corriger ou écarter la soumission faisant état d'un

kilométrage anormal. La jurisprudence invoquée à cet égard par la requérante est étrangère au cas d'espèce et est donc dénuée de pertinence.

Le moyen unique est, en conséquence, partiellement irrecevable et non fondé pour le surplus.

VI. INDEMNITE DE PROCEDURE

VI. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande qu'une indemnité de procédure de 2.800 euros majorés de vingt pour cent soit mise à la charge de la partie requérante. Elle fait valoir que bien que la requête en annulation soit antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, la demande de poursuite de la procédure est, elle, postérieure à cette entrée en vigueur.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Conformément à l'article 39 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat, modifié par la loi du 10 avril 2014, l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat s'applique "à toute demande de suspension ou de mesures provisoires introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence, à compter de [la date de l'entrée en vigueur de l'article 30/1], et qui n'est pas l'accessoire d'un recours en annulation introduit avant cette date, ainsi qu'à toute demande, difficulté et recours, visé aux articles 11, 12, 13, 14 et 16, 1° à 8°, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, introduit à compter de cette date, et aux demandes qui lui sont accessoires et concomitantes ou postérieures".

Il n'est pas contesté que la partie requérante a introduit son recours en annulation avant la date de l'entrée en vigueur de l'article 30/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. La demande de poursuite de la procédure n'est, par ailleurs, pas une demande, une difficulté ou un recours visé par les articles 11, 12, 13, 14 et 16, 1° à 8°, des lois sur le Conseil d'Etat précitées. La circonstance qu'elle a été introduite après l'entrée en vigueur de l'article 30/1 précité est par conséquent sans incidence sur l'applicabilité de cette disposition au cas d'espèce.

La demande de la partie adverse est par conséquent irrecevable.

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

**Article 1er.**

La demande de levée de confidentialité est rejetée.

**Article 2.**

La requête est rejetée.

**Article 3.**

Les dépens, liquidés à la somme de 500 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le seize septembre deux mille quinze par :

| | | |
|---|---|---|
| Mme | Odile DAURMONT, | Président de chambre, |
| MM. | David DE ROY, | Conseiller d'Etat, |
| | Serge BODART, | Conseiller d'Etat, |
| Mme | Caroline HUGÉ, | Greffier. |

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Odile DAURMONT.