

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 243.048 du 27 novembre 2018

A. 226.581/VI-21.347

En cause : **la société anonyme BELUB,**

ayant élu domicile chez
M^e Gaël TILMAN, avocat,
quai de Rome 25
4000 Liège,

contre :

**la société anonyme de droit public Opérateur
de Transport de Wallonie, en abrégé OTW,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et
Nicolas CARIAT, avocats,
Central Plaza,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 novembre 2018, la société anonyme BELUB demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 17 octobre 2018 et communiquée par courrier électronique le 17 octobre 2018 et par courrier recommandé du 19 octobre 2018, par le Conseil d'administration de la partie adverse, d'attribuer le lot 2 (huiles pour boîtes de vitesses de marque ZF pour autobus) à l'entreprise ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (en se fondant sur le meilleur rapport qualité prix), soit WOLF OIL CORPORATION NV, Georges Gilliotstraat, 52 à 2620 HEMIJSSEN pour le montant d'offre estimé à 194.520,00 € hors T.V.A. ou 235.369,20 , 21 % TVA comprise".

II. Procédure

Par une ordonnance du 6 novembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 novembre 2018 à 9 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Gaël TILMAN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Nicolas CARIAT, *loco* M^e Bruno LOMBAERT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Luc DONNAY, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

La partie adverse expose comme suit les faits utiles à l'examen du recours:

- " 1. Le présent marché public de fournitures a pour objet la fourniture d'huiles pour moteurs, boîtes de vitesses et ponts pour autobus. Il est divisé en quatre lots :
- Lot 1 : huiles pour moteur pour autobus ;
 - Lot 2 : huiles pour boîtes de vitesses de marque ZF pour autobus;
 - Lot 3 : huiles pour boîtes de vitesses autres que ZF pour autobus;
 - Lot 4 : Huiles de ponts pour autobus.
- L'adjudicateur est la société anonyme de droit public «Opérateur de Transport de Wallonie», partie adverse.
Le présent litige concerne uniquement l'attribution du lot 2.
2. Sur la base d'une délégation donnée par le Conseil d'administration le 1^{er} avril 1999, (Pièce 1 du dossier administratif), l'administrateur général a approuvé, en date du 6 juin 2018, (i) le cahier spécial des charges ; (ii) les exigences de sélection qualitative ; (iii) le choix de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable comme mode de passation du marché; (iv) l'envoi pour publication de l'avis de marché, aux niveaux belge et européen (Pièce 2 du dossier administratif).
3. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 7 juin 2018 (Pièce 3 du dossier administratif) et au Journal officiel de l'Union européenne le 18 juin 2018 (Pièce 4 du dossier administratif).
Les opérateurs économiques étaient invités à introduire une demande de participation, sur la base du cahier spécial des charges rendu disponible par des moyens électroniques (Pièce 5 du dossier administratif).
4. Des demandes de participation au marché ont été introduites, au plus tard le 17 juillet 2018, par les opérateurs économiques suivants pour le lot 2 :
- A. BELUB S.A. (Pièce A.1 du dossier administratif confidentiel);

B. INGELBEEN-SOETE BVBA (Pièce B.1 du dossier administratif confidentiel);
 C. TOTAL BELGIUM NV (Pièce C.1 du dossier administratif confidentiel);
 D. WOLF OIL CORPORATION NV (Pièce D.1 du dossier administratif confidentiel);
 E. ZF SERVICES BELGIUM (Pièce E.1 du dossier administratif confidentiel).

5. Suite à l'examen des candidatures (Pièce F du dossier administratif confidentiel), l'administrateur général a décidé, le 24 août 2018 (Pièce 6 du dossier administratif) :

- de sélectionner les cinq candidats ayant déposé une demande de participation pour le lot 2;
- d'inviter l'ensemble des candidats sélectionnés à déposer une offre.

6. Le cahier spécial des charges, rendu disponible par des moyens électroniques, expose notamment ce qui suit (Pièce 5 du dossier administratif) :

«Objet des fournitures: fourniture d'huiles pour moteurs, boîtes de vitesses et ponts pour autobus.

Le présent marché a pour objet la fourniture exclusive d'huiles pour autobus aux différentes sociétés d'exploitation du groupe TEC.

Il s'agit d'un marché public par procédure négociée avec mise en concurrence préalable d'une durée de 4 ans à compter de la notification d'attribution, pour un volume total estimé à 750.000 litres d'huiles.

Ces fournitures répondront aux spécifications reprises dans la partie technique du présent Cahier Spécial des Charges.

Date de début prévue : 1er décembre 2018

Date de fin prévue : 30 novembre 2022.

(...)

Le marché est divisé en lots comme suit :

Lot 1 "Huiles pour moteurs pour autobus"

Quantité estimée de 560.000 litres.

Option exigée : Analyse d'échantillons d'huiles usagées de moteurs.

Lot 2 "Huiles pour boîtes de vitesses de marque ZF pour autobus"

Quantité estimée de 60.000 litres.

Lot 3 "Huiles pour boîtes de vitesses autres que ZF pour autobus"

Quantité estimée de 60.000 litres.

Lot 4 "Huiles de ponts pour autobus"

Quantité estimée de 70.000 litres.

Les lots pourront être attribués séparément.

Le soumissionnaire est libre de remettre prix pour un ou plusieurs lots».

7. Pour le lot 2 (seul concerné par le présent litige), le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit concernant les critères d'attribution (Pièce 5 du dossier administratif, p. 10).

Lot 2 (Huiles pour boîtes de vitesses de marque ZF pour autobus)		80
1	Prix de revient kilométrique	70
	Voir Lot 1 (Huiles pour moteurs pour autobus)	
2	Rationalité du plan de graissage	5
	Voir Lot 1 (Huiles pour moteurs pour autobus)	
3	Amélioration du critère écologique	5
	Voir Lot 1 (Huiles pour moteurs pour autobus)	

Le critère 1 («prix de revient kilométrique»), pondéré à 70 points, est décrit de la manière suivante :

«Description du Prix de revient kilométrique :

Ce critère compare le coût d'utilisation du produit sur 4 ans, intégrant le prix unitaire de l'huile neuve, le coût de récupération des fûts vides, la main d'œuvre

nécessaire aux opérations de vidange et, le cas échéant, le coût des analyses d'huiles.

* Pour chaque type de bus, le soumissionnaire remettra prix pour :

- une huile conforme aux exigences du constructeur ;
- le kilométrage préconisé pour la vidange (annexe D à l'offre).

* Pour chaque lot, le soumissionnaire proposera un nombre maximum de références : (...)

- un maximum d'un type d'huile pour BV ZF sera accepté pour l'ensemble du parc (voir annexe E)

Remarques :

- la capacité des fûts éventuels est fixée à 200 litres environ;

- le temps de travail par vidange, y compris la prise et la remise du véhicule, est estimé forfaitairement à une heure, soit 46,71 EUR/h.

- dans la comparaison des offres, il sera compté une analyse :

* à chaque vidange

* à mi-distance entre deux vidanges

Pour chaque type «i» de bus renseigné (voir annexes D, E, F et G au présent Cahier Spécial des Charges), le coût sera calculé sur la durée du contrat, soit 4 ans, au moyen de la formule suivante :

$$P_i = 4 * [(N_f * P_f + N_v * P_v + ((0,5 * P'')/200)) * N_h + 45,77] * (K_o/K_h) + N_a * P_a$$

P_i : coût total pour le type de bus i (€)

N_f : pourcentage d'huile en fût (N_f = 25 % pour moteurs ; N_f = 70 % pour BV ; N_f = 85 % pour ponts)

P_f : prix unitaire de l'huile neuve en fût (€/litre)

N_v : pourcentage d'huile en vrac (N_v = 75 % pour moteurs ; N_v = 30 % pour BV ; N_v = 15 % pour ponts)

P_v : prix unitaire de l'huile neuve en vrac (€/litre)

P'' : prix unitaire d'évacuation d'un fût usagé (€/pièce) : ce montant sera positif s'il est à payer par le TEC, négatif s'il est payé par le fournisseur

N_h : quantité d'huile contenue dans le carter (litres)

K_o : kilométrage annuel moyen de la série de bus concernée (km) (annexe D au présent Cahier Spécial des Charges)

K_h : kilométrage entre vidanges offert par le soumissionnaire pour la série de bus concernée (km) (voir annexe D du présent Cahier Spécial des Charges)

N_a : nombre d'analyses d'huile usée prévues sur 4 années (estimé à environ 2.600 analyses/an).

P_a : prix de l'analyse d'huile usée.

Le prix total de l'offre sera obtenu par la somme des séries de bus constituant le parc total.

Le poids maximal sera attribué à l'offre de prix de revient kilométrique la plus avantageuse. Le poids attribué aux autres offres sera évalué en multipliant le poids maximal par le rapport entre l'offre la plus avantageuse et l'offre proposée.»

Le critère 2 («rationalité du plan de graissage»), pondéré à 5 points, est décrit de la manière suivante :

«Sera appréciée une proposition de rationalisation du plan de graissage à prévoir une année après le début du marché. Cette proposition aboutira à une amélioration continue du plan de graissage : avantage au nombre minimum. Le poids maximal sera attribué à l'offre proposant le nombre minimum de types d'huiles. Le poids attribué aux autres offres sera évalué en multipliant le poids maximal par le rapport entre l'offre la plus avantageuse et l'offre proposée».

Le critère 3 («amélioration du critère écologique»), pondéré à 5 points, est décrit de la manière suivante :

«Sera appréciée une proposition d'amélioration permettant de diminuer la consommation de gasoil des autobus, à prévoir une année après le début du marché. Cette proposition aboutira à une amélioration significative de l'aspect environnemental (consommation de gasoil, diminution de CO₂, ...). Ne seront

prises en compte que les propositions qui seront accompagnées d'un rapport d'essai selon les cycles SORT établis par un organisme indépendant. Le poids maximal sera attribué à l'offre proposant la plus grande réduction de consommation de gasoil. Le poids attribué aux autres offres sera évalué en multipliant le poids maximal par le rapport entre l'offre la plus avantageuse et l'offre proposée.».

8. Pour le lot 2 (seul pertinent dans le cadre du présent litige), le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit concernant les exigences techniques (Pièce 5 du dossier administratif, p. 30) :

«E. Huile pour boîtes de vitesses ZF

Type d'huile

L'huile offerte sera du type TUTELA TRANSMISSION ATF 120.

Ce produit doit assurer le fonctionnement des boîtes de vitesses automatiques de marque ZF équipant les autobus urbains et suburbains, soumis à un service sévère. Agréation du plan de graissage

Le soumissionnaire proposera un seul type d'huile pour l'ensemble des boîtes de vitesses ZF installées sur les véhicules du Groupe TEC repris en Annexe E du présent Cahier Spécial des Charges.

Il proposera une huile répondant aux exigences du constructeur des boîtes de vitesses ZF et joindra à son offre des attestations récentes d'agrément (Annexe 16 au modèle de soumission).

Compatibilité

L'huile proposée sera miscible (ou justification) avec l'huile en service actuellement :

ZF ECOFLUID A LIFE

Périodicité des vidanges

Le soumissionnaire s'engage sur des intervalles de vidange, qui seront pris en compte dans la comparaison des offres. En période de garantie, les intervalles préconisés par le constructeur seront respectés.».

9. Les opérateurs économiques suivants ont déposé une offre initiale pour le lot 2 au plus tard le 6 septembre 2018 (date ultime prévue par l'invitation à soumissionner) :

- BELUB S.A. (Pièce A.2 du dossier administratif confidentiel);
- INGELBEEN-SOETE BVBA (Pièce B.2 du dossier administratif confidentiel);
- TOTAL BELGIUM NV (Pièce C.2 du dossier administratif confidentiel) ;
- WOLF OIL CORPORATION NV (Pièce D.2 du dossier administratif confidentiel);
- ZF SERVICES BELGIUM (Pièce E.2 du dossier administratif confidentiel).

10. Suite à l'examen des premières offres, le pouvoir adjudicateur a, le 13 septembre 2018, adressé une demande d'offre finale (*Best and final offer* – BAFO) aux cinq soumissionnaires concernés par le lot 2 (en leur indiquant les éléments sur lesquels une amélioration de leur offre initiale était souhaitée) (Pièces A.3, B.3, C.3, D.3 et E.3 du dossier administratif confidentiel).

11. Le 18 septembre 2018, date ultime fixée pour le dépôt des BAFOs, les cinq soumissionnaires suivants ont remis une BAFO pour le lot 2 :

- BELUB S.A. (Pièce A.4 du dossier administratif confidentiel);
- INGELBEEN-SOETE BVBA (Pièce B.4 du dossier administratif confidentiel);
- TOTAL BELGIUM NV (Pièce C.4 du dossier administratif confidentiel);
- WOLF OIL CORPORATION NV (Pièce D.4 du dossier administratif confidentiel);

- ZF SERVICES BELGIUM (Pièce E.4 du dossier administratif confidentiel).

12. Au terme de l'analyse des BAFOs, le Conseil d'administration a adopté la décision d'attribution le 17 octobre 2018 (Pièce 7 du dossier administratif).

Sur la base du rapport d'examen des offres établi par ses services techniques (Annexe 1 à la Pièce 7 du dossier administratif), lequel doit être considéré comme faisant partie intégrante de la décision d'attribution (qui s'y réfère), la partie adverse a attribué le lot 2 à la société WOLF OIL CORPORATION NV.

Il ressort notamment de ladite décision, concernant le lot 2 que:

- l'offre de ZF SERVICES BELGIUM a été déclarée irrégulière par le pouvoir adjudicateur ;
- les notes attribuées aux quatre offres régulières pour le premier critère d'attribution («prix de revient kilométrique») sont les suivantes:

Critère d'attribution N°1 : Prix de revient kilométrique Appréciation sur 70 points Voir Lot 1 (Huiles pour moteurs pour autobus)			
4	WOLF OIL CORPORATION NV	montant calculé sur base des préconisations du soumissionnaire : 133.093,06 €	70
1	BELUB	montant calculé sur base des préconisations du soumissionnaire : 161.845,96 €	57,56
3	TOTAL BELGIUM NV	Montant calculé sur base des préconisations du soumissionnaire : 171.502,45 €	54,32
2	INGELBEEN-SOETE BVBA	Montant calculé sur base des préconisations du soumissionnaire : 212.289,49 €	43,89

- les notes attribuées aux quatre BAFOs régulières pour le deuxième critère d'attribution («rationalité du plan de graissage») sont les suivantes:

Critère d'attribution N° 2 : Rationalité du plan de graissage Appréciation sur 5 points Voir Lot 1 (Huiles pour moteurs pour autobus)			
1	BELUB	Nombre maximum de références d'huiles autorisé par le CSC : 1 référence d'huile Nombre de références d'huiles préconisées par le soumissionnaire : 1 référence d'huile Meilleure rationalité préconisée : 1 référence d'huile	5
2	INGELBEEN-SOETE BVBA	Nombre maximum de références d'huiles autorisé par le CSC : 1 référence d'huile Nombre de références d'huiles préconisées par le soumissionnaire : 1 référence d'huile Meilleure rationalité préconisée : 1 référence d'huile	5
3	TOTAL BELGIUM NV	Nombre maximum de références d'huiles autorisé par le CSC : 1 référence d'huile Nombre de références d'huiles préconisées par le soumissionnaire : 1 référence d'huile Meilleure rationalité préconisée : 1 référence d'huile	5
4	WOLF OIL CORPORATION NV	Nombre maximum de références d'huiles autorisé par le CSC: 1 référence d'huile Nombre de références d'huiles préconisées par le soumissionnaire : 1 référence d'huile Meilleure rationalité préconisée : 1 référence d'huile	5

- les notes attribuées aux quatre BAFOs régulières pour le troisième critère d'attribution («amélioration du critère écologique») sont les suivantes:

Critère d'attribution N° 3 : Amélioration du critère écologique Appréciation sur 5 points Voir Lot 1 (Huiles pour moteurs pour autobus)			
1	BELUB	Proposition du soumissionnaire d'une huile permettant une réduction de la consommation de carburant mais non accompagnée d'un rapport d'essai selon les cycles SORT établi par un organisme indépendant.	0
2	INGELBEEN-SOETE BVBA	Proposition du soumissionnaire d'une huile permettant une réduction de la consommation de carburant mais non accompagnée d'un rapport d'essai selon les cycles SORT établi par un organisme indépendant.	0
3	TOTAL BELGIUM NV	Proposition du soumissionnaire d'une huile permettant une réduction de la consommation de carburant mais non accompagnée d'un rapport d'essai selon les cycles SORT établi par un organisme indépendant.	0
4	WOLF OIL CORPORATION NV	Proposition du soumissionnaire d'une huile permettant une réduction de la consommation de carburant mais non accompagnée d'un rapport d'essai selon les cycles SORT établi par un organisme indépendant.	0

- le classement final des quatre BAFOs régulières est en conséquence le suivant :

N°	Lot 2 (Huiles pour boîtes de vitesses de marque ZF pour autobus)	Score /80
4	WOLF OIL CORPORATION NV	75
1	BELUB	62,56
3	TOTAL BELGIUM NV	59,32
2	INGELBEEN-SOETE BVBA	48,89

Il s'agit de l'acte attaqué.

13. La décision d'attribution, ainsi que ses deux annexes, ont été notifiées aux soumissionnaires dans le respect des formes et conditions prévues par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (par courriel du 17 octobre 2018 et par courrier recommandé du 19 octobre 2018) (Pièce 8 du dossier administratif)".

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris "de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en ses articles 4, 54, 55, 66, 81 et 83; de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, notamment en ses articles 74 et 85; du cahier spécial des charges, notamment en ses articles III. E - Huile pour boîtes de vitesses ZF; des principes généraux du droit, et notamment du

principe de bonne administration, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du principe d'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de transparence, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Après avoir reproduit la prescription du cahier spécial des charges relative à l'agrément du plan de graissage selon laquelle le soumissionnaire "proposera une huile répondant aux exigences du constructeur des boîtes de vitesses ZF et joindra à son offre des attestations récentes d'agréations", la requérante fait valoir qu'il ressort de l'annexe E du cahier spécial des charges que l'intégralité des bus présente des boîtes de vitesses de marque ZF, que "les deux seules spécifications OEM des boîtes de vitesses des véhicules repris dans l'annexe E sont soit ZF TE-ML 14, soit ZF TE-ML 20", que la marque ZF publie de manière trimestrielle la liste des lubrifiants et produits commerciaux qui sont autorisés, qu'il "ressort de l'édition 01.10.2018 qu'aucun produit «WOLF OIL» n'est repris dans cette liste des lubrifiants et produits commerciaux autorisés et ce, que ce soit pour la liste de lubrifiants TE-ML 14 ou pour la liste de lubrifiants TE-ML 20", que "la société WOLF OIL n'étant pas un revendeur de produits fabriqués par d'autres entreprises, mais un revendeur des propres produits «WOLF OIL», il s'en déduit que WOLF OIL CORPORATION NV n'a pu présenter dans son offre une «huile répondant aux exigences du constructeur des boîtes de vitesses ZF» et n'a pu ainsi joindre à son offre une attestation récente d'agrément puisqu'aucun produit WOLF OIL n'est repris dans la liste des lubrifiants autorisés". La requérante en conclut que le marché ne pouvait être attribué à ce soumissionnaire, dont l'offre aurait dû être déclarée irrégulière.

Se référant à l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, précité, la requérante soutient que "la non agrément des huiles pour boîtes de vitesses «WOLF OIL» constitue une irrégularité substantielle dans la mesure où elle entraîne une distorsion de concurrence ainsi qu'un éventuel avantage discriminatoire et qu'elle peut également s'analyser comme le non respect d'une exigence minimale". Elle estime que l'exigence posée par le pouvoir adjudicateur de voir les soumissionnaires proposer "une huile répondant aux exigences du constructeur des boîtes de vitesses ZF doit être analysée comme une exigence minimale dont le non-respect entraîne de manière automatique la non régularité de l'offre en question" et que, partant, le pouvoir adjudicateur aurait dû déclarer l'offre de WOLF OIL CORPORATION NV irrégulière.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse reproduit les prescriptions techniques spécifiques du lot 2 et soutient qu'il en ressort que :

- le soumissionnaire était tenu de proposer un type d'huile unique pour l'ensemble

des boîtes ZF visées à l'annexe E,

- cette huile devait être du type TUTELA TRANSMISSION ATF 120,
- cette huile devait être miscible (c'est-à-dire combinable) avec l'huile actuellement en cours d'utilisation (ZF Ecofluid A Life),
- cette huile devait répondre aux exigences du constructeur de boîtes de vitesses ZF (référence étant faite à des «attestations récentes d'agrément» à produire à cette fin).

Elle souligne que si WOLF OIL CORPORATION NV n'a pas fourni d'attestation d'agrément du fabricant des boîtes de vitesses ZF, elle a joint à son offre initiale et à sa BAFO sa fiche technique officielle de l'huile proposée, qui confirme explicitement que ladite huile peut être utilisée tant avec les boîtes de vitesses ZF TE-ML 14C qu'avec les boîtes de vitesses ZF TE-ML 20C.

Elle estime que la partie requérante ne peut être suivie lorsqu'elle avance que le défaut de production d'une attestation du constructeur de la boîte de vitesses ZF (ou le fait que l'huile proposée par WOLF OIL CORPORATION NV ne figurerait pas dans la documentation publiée périodiquement par ZF) constituerait une irrégularité substantielle de l'offre au motif qu'elle entraînerait "une distorsion de concurrence ainsi qu'un éventuel avantage discriminatoire, et qu'elle peut s'analyser comme le non-respect d'une exigence minimale". La partie adverse soutient en effet que le cahier spécial des charges n'imposait pas ce dépôt à peine de nullité, ce qui, selon elle, s'avère logique eu égard au fait que le pouvoir adjudicateur n'entendait pas obtenir une certification ou un label délivré par un organisme indépendant, mais uniquement une attestation d'un opérateur économique privé. Elle en déduit que l'absence du document visé par le cahier des charges ne devait pas avoir pour conséquence la nullité de l'offre et l'impossibilité corrélative d'examiner celle-ci.

Elle poursuit en exposant ce qui suit :

- " En l'espèce, la fiche technique (établie le 5 avril 2017, soit *in tempore non suspecto*) produite par WOLF OIL CORPORATION NV, un opérateur économique établi du secteur, implique nécessairement l'engagement et la garantie de cet opérateur économique (envers le pouvoir adjudicateur mais également le public en général) que l'huile en cause est compatible avec les boîtes de vitesses visées. Il ne subsistait en conséquence aucun doute raisonnable dans le chef du pouvoir adjudicateur quant à la question de savoir si cette huile «répondait aux exigences du constructeur des boîtes de vitesses ZF» ainsi qu'aux exigences techniques minimales visées par le cahier spécial des charges et pouvait en conséquence être utilisée pour l'exploitation des véhicules concernés (et ce nonobstant la circonstance purement formelle qu'une attestation du fournisseur était fournie plutôt qu'une agrément du constructeur).

L'interprétation et l'attitude de la partie adverse est du reste admissible et justifiée au regard des principes généraux de la commande publique. La loi du 17 juin 2016 prévoit de manière générale que les spécifications techniques imposées par les pouvoirs adjudicateurs doivent être arrêtées et appliquées dans le respect du

principe de proportionnalité et du principe du traitement égalitaire des opérateurs économiques. Il en va ainsi concernant les «spécifications techniques» (article 53), les «labels» (article 54) et les «rapports d'essai, certifications et autres moyens de preuve» (article 55).

L'article 53, § 2, de la loi énonce ainsi en particulier que «Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés».

Il découle de l'ensemble de ces dispositions que, afin de ne pas restreindre artificiellement la concurrence, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de retenir uniquement des exigences techniques non-discriminatoires et proportionnées, tant concernant le contenu des spécifications techniques que leur formulation et les moyens de preuves exigés en vue de démontrer la satisfaction desdites spécifications (et ce *a fortiori* dans les hypothèses, comme celle de l'espèce, où une certification technique exigée est délivrée par un opérateur économique identifié, plutôt que par un organisme de certification indépendant).

Or, il convient de noter que tout octroi d'agrément par le fabricant de boîtes de vitesses ZF dépend d'une demande active du fournisseur d'huiles. Autrement dit, toute huile compatible avec une boîte de vitesses ZF particulière ne bénéficie pas automatiquement ou nécessairement de l'agrément attestant de cette compatibilité et, à l'inverse, la circonstance qu'un type d'huile particulier ne figure pas dans la liste publiée de manière trimestrielle par ZF n'implique pas qu'il ne puisse être utilisé avec les boîtes de vitesses ZF. Eu égard aux délais parfois longs auxquels sont soumises ces procédures et aux coûts associés à toute demande d'agrément, certains fournisseurs (en particulier les moins établis) choisissent délibérément de ne pas solliciter l'agrément (ou ne sont pas en mesure de solliciter pareil agrément) pour toutes les applications potentielles d'un produit spécifique qu'ils commercialisent.

En l'espèce, ce n'est donc pas en violation du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, mais bien au contraire en vue d'assurer son respect (conformément au prescrit légal) que la partie adverse a tenu compte, dans le cadre du lot 2, de la production de moyens de preuves autres que ceux visés à titre préférentiel par le cahier spécial des charges, eu égard également (i) à la volonté de ne pas restreindre artificiellement la concurrence et (ii) à la circonstance que les opérateurs économiques concernés n'auraient probablement pas été en mesure, après la publication de l'avis de marché, de se voir délivrer l'agrément demandé dans des délais permettant le dépôt d'une offre initiale.

La critique tirée d'un traitement discriminatoire des soumissionnaires au profit de WOLF OIL CORPORATION NV est d'autant moins fondée que la partie adverse a semblablement accepté le dépôt d'attestations du fournisseur d'huile dans le chef d'un autre soumissionnaire.

23. Contrairement à ce qu'avance la partie requérante, en invoquant la jurisprudence de Votre Conseil, la circonstance que deux soumissionnaires ont joint à leur offre une fiche technique relative à leur produit et non pas une attestation du fabricant des boîtes de vitesses ZF n'a pour conséquence ni de compromettre la bonne exécution du marché ni de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

[...]"

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Au chapitre "Description des exigences techniques", le cahier spécial des charges énonce ce qui suit à propos de l'huile pour boîtes de vitesse ZF :

" • Type d'huile

L'huile offerte sera du type TUTELA TRANSMISSION ATF 120

Ce produit doit assurer le fonctionnement des boîtes de vitesses automatiques de marque ZF équipant les autobus urbains et suburbains, soumis à un service sévère.

• Agréation du plan de graissage

Le soumissionnaire proposera un seul type d'huile pour l'ensemble des boîtes de vitesses ZF installées sur les véhicules du groupe TEC repris en annexe E du présent Cahier Spécial des Charges.

Il proposera une huile répondant aux exigences du constructeur des boîtes de vitesses ZF et joindra à son offre des attestations récentes d'agrément (Annexe 16 au modèle de soumission).

• Compatibilité

L'huile proposée sera miscible (ou justification) avec l'huile en service actuellement : ZF ECOFLUID A LIFE

• Périodicité des vidanges

Le soumissionnaire s'engage sur des intervalles de vidange, qui seront pris en compte dans la comparaison des offres. En période de garantie, les intervalles préconisés par le constructeur seront respectés."

Les prescriptions susvisées du cahier spécial des charges imposent, notamment, que l'huile proposée par le soumissionnaire soit "du type TUTELA TRANSMISSION ATF 120" et qu'elle réponde aux exigences du constructeur de boîtes de vitesses ZF. De l'existence conjointe de ces deux conditions, il se déduit que la seule circonstance qu'une huile soit "du type" TUTELA TRANSMISSION ATF 120, qui est l'huile produite par une entreprise déterminée, ne suffit pas pour qu'elle réponde aux exigences du constructeur. En prescrivant que le soumissionnaire joigne à son offre des attestations récentes d'agrément, le cahier spécial des charges détermine le mode d'établissement de la preuve de la conformité de l'huile aux exigences du constructeur. La formule employée est dénuée d'ambiguïté et ne paraît pas permettre des modalités alternatives, et ce d'autant moins que le cahier spécial des charges n'indique pas les exigences du constructeur auxquelles le produit doit se conformer. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, le mode de preuve mentionné dans le cahier spécial des charges ne paraît pas "préférentiel" mais bien exclusif. Il n'apparaît d'ailleurs pas déraisonnable, *prima facie*, que, pour s'assurer que l'huile proposée réponde aux exigences du constructeur de boîtes de vitesses, le pouvoir adjudicateur ait imposé qu'elle figure sur la liste des produits agréés par ce constructeur. Partant, la circonstance, invoquée par la partie adverse, que l'agrément

exigée soit celle d'un opérateur économique privé et non la certification délivrée par un organisme indépendant, paraît indifférente.

Il n'est pas contesté que WOLF OIL CORPORATION NV n'a pas fourni d'attestation d'agrément du fabricant des boîtes de vitesses ZF et qu'elle a transmis seulement sa propre fiche technique. Il n'est pas contesté non plus que les produits proposés par WOLF OIL ne figurent pas sur la liste des produits autorisés par le constructeur des boîtes de vitesses ZF pour les modèles TE-ML 20 et TE-ML 14.

Le pouvoir adjudicateur a défini de manière précise la modalité de preuve de la conformité de l'huile aux exigences du constructeur des boîtes de vitesses ZF. En déclarant régulière l'offre de l'adjudicataire, qui ne contient pas la preuve prescrite par le cahier spécial des charges, la partie adverse n'a pas respecté la règle qu'elle s'était fixée elle-même.

À cet égard, l'argument de la partie adverse selon lequel l'exigence de la production d'une agrément serait disproportionnée, s'avère dépourvu de pertinence dès lors que le cahier spécial des charges ne prévoit pas d'autre mode de preuve. Au surplus, force est de relever que ni la décision attaquée, ni le rapport d'examen des offres n'en font état, le rapport d'examen se limitant à considérer que l'offre concernée est régulière.

La partie requérante a exposé à l'audience, sans être contredite sur ce point par la partie adverse, que la structure de prix d'une solution "autocertifiée", telle que celle proposée par WOLF OIL CORPORATION NV, est différente de celle de produits ayant passé les tests nécessaires à l'obtention d'un agrément, ce qui engendre nécessairement des coûts supplémentaires. L'irrégularité en cause était donc de nature à donner un avantage discriminatoire à la société adjudicataire, qui ne s'est pas conformée à une obligation que la partie requérante a, quant à elle, respectée, sans que celle-ci ait pu raisonnablement penser, à la lecture des prescriptions du cahier spécial des charges, qu'un autre mode de preuve serait accepté par le pouvoir adjudicateur. Il doit donc être considéré, dans les limites d'un examen en référé d'extrême urgence, que la partie adverse ne pouvait déclarer l'offre de WOLF OIL CORPORATION NV régulière sans méconnaître plusieurs des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, au premier rang desquels figure le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Le moyen est sérieux.

V. Confidentialité

La partie requérante dépose son offre à titre confidentiel (pièce 2 de son dossier de pièces).

La partie adverse dépose également une série de pièces à titre confidentiel : il s'agit des demandes de participation, des offres initiales et finales des différents soumissionnaires, des invitations à déposer ces offres finales, de l'évaluation des différentes offres au regard du premier critère d'attribution et du rapport d'examen des candidatures (pièces A à F du dossier administratif confidentiel).

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de la société anonyme de droit public Opérateur de transport de Wallonie du 17 octobre 2018 attribuant à WOLF OIL CORPORATION NV le lot n° 2 (huiles pour boîtes de vitesses de marque ZF pour autobus) du marché public de fourniture d'huiles pour moteurs, boîtes de vitesses et ponts pour autobus.

Article 2.

La pièce 2 du dossier de pièces de la requérante et les pièces A à F du dossier administratif confidentiel demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le vingt-sept novembre deux mille dix-huit par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.