CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 250.315 du 9 avril 2021

A. 233.152/VI-22.006

En cause : **WEEDFREE ON TRACK LTD UK**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Jorien VAN BELLE et
Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,
ayant élu domicile chez
M^es^ Bruno LOMBAERT et
Nicolas CARIAT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BAYER CROPSCIENCE SA-NV,
ayant élu domicile chez
M^es^ Virginie DOR et
Flore VERHOEVEN, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 mars 2021, Weedfree on Track LTD UK demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du Comité de Direction de la partie adverse du 24 février 2021 par laquelle il décide d'attribuer le marché n° 57/52/0/19/024, concernant l'accord-cadre de désherbage des voies principales, location d'un train épandeur accompagné par du personnel qualifié sur le réseau ferré complet en Belgique, pour une durée de 4 ans, à la firme Bayer CropScience SA-NV pour un montant total de € 2.640.000,00, et non pas à la partie requérante [et] la décision implicite de ne pas attribuer ce marché à la requérante ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 24 mars 2021, la SA Bayer CropScience SA-NV demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Par une ordonnance du 12 mars 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 mars 2021.

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

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

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^es^ Jorien Van Belle et Aurélien Vandeburie, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Nicolas Cariat, avocat, comparaissant pour la partie adverse et M^es^ Virginie Dor et Flore Verhoeven, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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. Exposé des faits utiles

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. Le marché public querellé (intitulé "57/52/0/19/024 - Désherbage des voies principales. Location d'un train épandeur accompagné par du personnel qualifié") est un marché de services (sous la forme d'un accord-cadre conclu pour une durée de quatre ans avec un adjudicataire unique) ayant pour objet (i) la location d'un train de désherbage équipé d'une détection automatisée de la végétation et (ii) la mise à disposition de personnel qualifié lors de son utilisation.

2. L'entité adjudicatrice est la société anonyme de droit public Infrabel (partie adverse), qui est le gestionnaire de l'infrastructure du réseau ferroviaire.

Dès lors que la suppression d'herbes indésirables dans le ballast (à savoir le lit de pierre sur lequel est installée la voie ferrée) et les bandes de terrain immédiatement adjacentes aux voies (ou "pistes de sécurité" en vocabulaire ferroviaire, en référence à leur fonction principale) est nécessaire afin de garantir la sécurité d'exploitation, la régularité du trafic ferroviaire et la sécurité du travail pour le personnel des chemins de fer, Infrabel doit en assurer un désherbage régulier.
La première campagne de désherbage concernée par le présent marché doit impérativement commencer au cours du mois d'avril, comme prévu par le calendrier d'exécution, cette date de commencement étant dictée par le cycle annuel de croissance de la végétation (de manière à ce que le désherbage soit réalisé avant que la croissance saisonnière de la végétation ne soit susceptible de causer les inconvénients majeurs décrits ci-avant ou de rendre son élimination plus difficile et/ou plus consommatrice d'herbicides).
Le contrat vise à permettre le désherbage raisonné (afin de tenir compte des normes visant à réduire de manière de plus en plus drastique l'utilisation d'herbicides) des voies principales (zone ballastée + pistes jouxtant la zone ballastée sur une largeur moyenne de 1m) sur l'entièreté du réseau ferré belge (Wallonie, Flandre et Bruxelles). Cela représente environ 6000 km par campagne dans le cadre du présent marché.
Le recours à un accord-cadre a notamment pour objectif de permettre à Infrabel de déterminer de manière flexible chaque année le nombre de campagne(s) de désherbage (1 ou 2) et le nombre de parcours à réaliser dans le cadre de chaque campagne. Au cours de chaque campagne, un train (unique) doit être mis à disposition d'Infrabel pour réaliser l'ensemble des opérations planifiées.
Concernant le volume des prestations attendues, le cahier spécial des charges mentionne ce qui suit:

"Infrabel détermine d'année en année le nombre de campagnes (1 ou 2) et le nombre de parcours à effectuer sous le principe que les prestations auront lieu de jour sur le réseau ordinaire et de nuit pour les 4 lignes à grande vitesse du pays (LGV1 Bruxelles / Paris, LGV 2 Leuven / Liège, LGV 3 Liège / Cologne, LGV 4 Anvers / Pays Bas).

- Nombre d'années du contrat-cadre : 4 ans
- Nombre de campagnes par an : maximum 2

Première campagne à réaliser entre le 15 avril et le 15 juin : généralement 40 prestations de jour et 5 de nuit.

Seconde campagne à réaliser entre le 20 août et le 30 septembre: généralement 27 prestations de jour et 3 prestations de nuit

- Nombre de prestations maximum par an : 80 éventuellement à répartir sur 2 campagnes

Nombre de prestations minimum garanti : pas de seuil, voir encadré ci-dessous.

IMPORTANT :
L'épandage d'herbicides dans les voies est subordonné à l'octroi de dérogations par les 3 autorités régionales du pays c'est-à-dire : Flandre, Wallonie et Région de Bruxelles Capitale.
Étant donné que l'objectif des autorités est de promouvoir les alternatives non chimiques, Infrabel ne peut garantir que des dérogations seront systématiquement accordées dans chacune des 3 régions pendant toute la durée du marché.
Dès lors cet accord-cadre ne fixe aucun seuil garanti en terme de nombre de prestations annuelles ou même en terme de nombre de campagne à réaliser par an

".

3. Il est utile de souligner que l'accord-cadre :
   (i) a été attribué conformément aux règles de passation propres aux secteurs spéciaux, telles qu'elles découlent du Titre 3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après : "la Loi Marchés publics") et de l'arrêté du 18 juin 2017 relatif à l'attribution des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après : "l'Arrêté royal Secteurs spéciaux"), en raison du fait

qu'Infrabel est une entreprise publique ayant pour activité l'exploitation d'un réseau de transport par chemin de fer (au sens de l'article 99 de la Loi Marchés publics);
(ii) a fait l'objet d'une publicité européenne, dès lors que sa valeur estimée au moment de l'approbation du cahier des charges (3.520.000,00 EUR) était supérieure aux seuils européens en vigueur lors dudit lancement pour les marchés de services dans les secteurs spéciaux (428.000 EUR);
(iii) a été attribué conformément à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, organisée par l'article 120 de la Loi Marchés publics et au Titre 2 de l'Arrêté royal Secteurs spéciaux.

4. Après l'approbation du lancement de la procédure d'attribution (…), l'avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications le 18 juin 2020 et au Journal officiel de l'Union européenne le 22 juin 2020 (…).
Les opérateurs économiques étaient invités à introduire une demande de participation.
L'avis de marché énonçait quatre critères de sélection qualitative.
Le critère de sélection n° 1 (preuve du chiffre d'affaires annuel en vue de démontrer la capacité économique et financière) et le critère de sélection n° 3 (déclaration portant sur les exigences techniques minimales relatives à la base de données des épandages) ne sont ni querellés ni pertinents dans le cadre du présent litige.
Selon le critère de sélection n° 4 relatif à la capacité technique et professionnelle, les candidats étaient tenus de démontrer (attestation de bonne exécution à l'appui) qu'ils avaient, au cours des cinq dernières années, réalisé auprès d'un autre gestionnaire de réseau ferroviaire soit au moins quatre campagnes de désherbage, soit au moins 120 parcours de désherbage de 150 km. Aucune exigence supplémentaire n'était formulée concernant les caractéristiques des services antérieurs à présenter au titre de références.
Le passage pertinent de l'avis de marché indique ce qui suit (…) :
"Critère de sélection nº 4: références d'exécution.
Le candidat doit pouvoir justifier de l'exécution, dans les cinq années préalables à la date limite de réception des demandes de participation, d'au moins quatre campagnes de désherbage, ou d'au moins 120 parcours de désherbage de 150 km sur un réseau ferroviaire.
Le dossier de candidature comprendra une attestation de bonne exécution provenant de l'autre réseau utilisateur du train et qui certifie que le candidat a rempli avec efficacité et satisfaction son contrat".
Concernant le critère de sélection n° 2, les candidats étaient tenus de présenter une déclaration relative au matériel et à l'équipement technique dont ils disposeraient pour la réalisation du marché, accompagnée des éléments permettant de vérifier la satisfaction de certaines exigences minimales. Ledit critère est décrit de la manière suivante (…) :
"Critère de sélection n° 2 : exigences minimales relatives au train de désherbage proposé et au personnel d'accompagnement.
Le candidat doit joindre une déclaration concernant le matériel et l'équipement technique dont il disposera pour l'exécution du marché, ainsi que les documents et descriptions techniques démontrant qu'il satisfait à l'ensemble des exigences minimales ci-après concernant le train de désherbage proposé et le personnel d'accompagnement.
1) Par train, l'on entend une rame de wagons spécialisés assurant le désherbage, la traction étant assurée par des locomotives Infrabel. Les wagons doivent avoir une immatriculation RIV et être conformes à cette réglementation ou avoir une homologation délivrée par l'autorité nationale belge de sécurité ferroviaire (SSICF - Service de Sécurité et d'Interopérabilité des Chemins de Fer) pour une circulation en sillon sur le réseau belge.
2) Suite à la circulation régulière d'autre convois ferroviaires, le train doit pouvoir épandre à une vitesse de minimum 60 km/h.
3) Capacité de stockage suffisante soit 4000 litres par produit et 100 m³ pour l'eau.

4) Rampe de pulvérisation segmentée. Au moins 1 segment pour les pistes de sécurité et 5 pour la zone ballastée.
5) Permettre l'utilisation simultanée d'au moins 2 produits herbicides.
6) Etre compatible avec des dosages jusqu'à 25 L/ha.
7) Circuits séparés pour l'eau et les produits.
8) Ajustement informatisé des dosages selon la vitesse du train.
9) Présence d'un ordinateur de bord, son software adapté et une station GPS pour permettre une traçabilité complète des traitements.
10) Présence en permanence d'au moins 2 agents d'accompagnement dont les missions sont:
- Se relayer en cours de prestation pour effectuer les épandages.
- Comprendre et appliquer les instructions de Infrabel.
- Approvisionnement en eau et en produit du train en fin de journée.
- Savoir effectuer les petites réparations en urgence.

11) Le train de désherbage doit être équipé d'un système de détection de la végétation".

Les exigences mises en évidence ci-avant se justifient par les considérations suivantes :

(i) un système de détection automatique de la végétation est nécessaire pour permettre un désherbage raisonné, c'est-à-dire afin de garantir que les désherbants seront épandus de manière ciblée (uniquement lorsque de la végétation est détectée, là où elle est détectée);

(ii) Infrabel souhaitait disposer d'un train susceptible d'épandre à 60 km/h.

Alors que les autres gestionnaires de réseau sont en mesure de travailler à des vitesses moindres de 50 ou 55 km/h (en recourant plus massivement à l'épandage de nuit et/ou parce que la fréquentation du réseau permet de faire circuler les trains de désherbage à une vitesse moindre sans perturber la circulation des trains de voyageur et de marchandises), les contraintes d'exploitation d'Infrabel (en particulier liées à la densité du réseau et à la circulation régulière d'autres convois ferroviaires) expliquent le choix de cette vitesse d'épandage (nécessaire afin de ne pas perturber le trafic ferroviaire).

La vitesse de 60 km/h constituait la vitesse d'épandage requise dans le cadre du marché précédent exécutée par la partie requérante (étant entendu, de manière évidente, que cette vitesse n'est pas et ne peut être atteinte de manière continue, notamment dans les pentes montantes).

Dans le cadre du présent marché, et afin d'évaluer la capacité éventuelle des opérateurs économiques à fournir le même service à une vitesse supérieure, la partie adverse avait sollicité des candidats que le train soit en mesure d'épandre "à une vitesse de minimum 60 km/h".

Eu égard à la circonstance que l'ensemble des exigences envisagées pour l'exécution du marché et notamment la vitesse d'exploitation à 60 km/h ne peuvent pas être considérées comme le standard sur le marché (et que la partie requérante aurait potentiellement été la seule entreprise susceptible de se prévaloir d'une référence d'exécution à 60 km/h, à tout le moins avec au moins 120 parcours de 150 km minimum), la partie adverse a veillé à articuler les exigences de sélection de manière non discriminatoire et en ne restreignant pas de manière disproportionnée l'accès au marché : les références d'exécution exigées des candidats dans le cadre du critère de sélection n° 4 devaient démontrer la capacité du candidat à prester des services de nature similaires (mais pas parfaitement identiques concernant les modalités d'exécution), alors que la déclaration exigée dans le cadre du critère de sélection n° 2 portait sur la disponibilité de matériel et d'équipements répondant aux exigences spécifiques du marché.

Ces critères de sélection qualitative ne sont au demeurant pas critiqués par la partie requérante, qui ne conteste aucunement la légalité des documents du marché.

5. Ainsi qu'il ressort du procès-verbal électronique d'ouverture des candidatures (…), des candidatures ont été déposées, au plus tard le 14 août 2020 (date ultime prévue par l'avis de marché), par les deux opérateurs économiques suivants:

(i) Bayer CropScience SA (ci-après “Bayer”);
(ii) Weedfree on Track, (ci-après “Weedfree” ou “la partie requérante”).

L’examen de la demande de participation de Weedfree a amené la partie requérante [lire “adverse”] à considérer que cette société répondait aux 4 critères de sélection. Concernant les aspects techniques directement pertinents dans le cadre du présent recours, il importe de relever que le candidat a expressément souligné, dans sa note technique, que la vitesse de 60 km/h devait être considérée comme la vitesse de traitement maximale.

Concernant Bayer, la demande de participation mentionne également 60 km/h comme la vitesse de traitement maximale . Pour le reste, Bayer a confirmé le respect des exigences énoncées par l’avis de marché, compte tenu de “nouvelles technologies” proposées dans le cadre du marché querellé. Le dossier technique expose les innovations techniques dont est dotée la nouvelle génération de trains de Bayer, par comparaison avec les trains mis en fonction auparavant (et que Bayer avait notamment proposés à Infrabel dans le cadre des remises en concurrence précédentes du marché). Sans que la partie adverse ne soit en mesure de dévoiler davantage de détails dans le cadre de la présente note d’observations (et ce en vue de préserver le caractère confidentiel des demandes de participation et des solutions techniques qu’elles décrivent), le Conseil d’État pourra constater que les améliorations apportées (en particulier les deux premiers tirets) portent sur les deux systèmes essentiels d’un point de vue technique afin de permettre un fonctionnement du train à la vitesse requise, à savoir (i) les systèmes de pulvérisation/épandage et (ii) les systèmes de détection automatique avec transmission automatique vers les équipements de pulvérisation (l’augmentation de la vitesse requérant logiquement une précision et une réactivité optimisées de ces systèmes).

Bayer a également joint à sa demande de participation une étude technique qui démontre que le train qu’elle propose peut épandre à 60km/h avec des valeurs de dérive basses, dans le respect des limitations imposées par la législation européenne. Les systèmes optiques HD utilisés pour la détection, les systèmes d’éclairage et les systèmes d’intelligence artificielle prévus pour la détection et la reconnaissance des végétaux sont décrits précisément, tout comme (i) les avantages du système par rapport aux technologies précédentes et (ii) le temps de réaction entre la détection de la végétation et la pulvérisation.

La candidature démontrait également que Bayer avait réalisé quatre campagnes de désherbage pour un gestionnaire de réseau ferroviaire au cours de la période de référence (et à la satisfaction de celui-ci).

Sur la base de ces éléments de preuve de la capacité technique des candidats attestés par leurs dossiers de candidature, la partie adverse a sélectionné, le 4 novembre 2020, les deux candidats ayant déposé une demande de participation (…).

6. Le cahier spécial des charges communiqué aux deux candidats sélectionnés (…) disposait que le prix total des services, tel qu’établi sur la base de l’inventaire, est le seul critère d’attribution (…).

7. Concernant les prescriptions techniques, le cahier spécial des charges énonçait notamment :

(i) que “pour pouvoir s’intercaler de jour sur le réseau classique, le train doit pouvoir traiter les voies à une vitesse de 60 km/h”;
(ii) que les dérives latérales devaient être limitées;
(iii) que l’équipement d’épandage doit être conçu pour permettre le traitement à une vitesse de 60 km/h;
(iv) que le train devait être équipé d’un système de détection automatisée de la végétation (en vue de permettre un épandage sélectif) répondant à certaines conditions et spécifications décrites par le cahier spécial des charges.

La disposition concernée du cahier spécial des charges se lit comme il suit (…) :

“Infrabel s’est engagé à utiliser des techniques sélectives d’épandage afin de réduire l’usage des herbicides. La détection automatisée de la végétation

désigne toute technique conçue pour cibler automatiquement les zones à traiter et ainsi limiter les quantités d'herbicides utilisées.
Cette technologie doit être opérationnelle tant de jour que de nuit.
Pour le désherbage de nuit, un éclairage est autorisé pour appuyer la détection de la végétation. Cet éclairage doit toutefois être conforme aux règles en vigueur. Voir en particulier la nécessité d'éviter tout risque d'éblouissement des autres convois ferroviaires.
Il est dès lors essentiel que le train soit équipé de cette technologie qui consiste en :

- Un ou des détecteurs conçu(s) et étalonné(s) pour identifier spécifiquement la végétation.
- Transmission avec une célérité suffisante des données vers l'ordinateur de bord qui sélectionnera automatiquement les gicleurs les plus appropriés en fonction des zones vertes détectées. Ces données seront enregistrées en continu pour permettre une exploitation ultérieure : voir section 3 de la sixième partie.
- Le système de détection doit pouvoir fonctionner de manière automatisée à une vitesse de 60 km/h.

Infrabel ne prendra en compte que les systèmes éprouvés de détection de la végétation, c'est-à-dire une technologie évaluée pendant au moins quatre campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d'Infrabel.
Le prestataire de service doit pouvoir démontrer les économies potentiellement réalisables par son système.
Infrabel se réserve le droit de contacter un utilisateur de référence pouvant témoigner d'une expérience utile par rapport à la technologie de détection proposée".

Le cahier spécial des charges énonçait au surplus, en préambule des dispositions relatives aux performances techniques minimales, ce qui suit (…):

"Infrabel décrit ci-après les performances techniques minimales à atteindre.
Sur simple demande, le soumissionnaire pour ce marché devra fournir tout élément justificatif qui permettra à Infrabel de s'assurer de la conformité technique du train".

8. Ainsi qu'il ressort du procès-verbal électronique d'ouverture des offres (…), les deux soumissionnaires sélectionnés ont déposé une offre dans le délai imparti, au plus tard le 30 novembre 2020.
Weedfree a remis avec son offre […] une note technique identique à celle remise dans le cadre de sa demande de participation.
L'offre de Bayer […], outre qu'elle confirme les éléments techniques de la candidature, contient un tableau décrivant les solutions mises en œuvre pour satisfaire aux exigences techniques du cahier spécial des charges. Ce document contient notamment les éléments suivants:

Vitesse d'épandage	"Conforme" "Notre wagon désherbeur a été conçu pour traiter jusque 60 km/h maximum" "Des étude de dérive ont été réalisée jusque 60 km/h"
Détection automatisée de la végétation	"Conforme" "La rame est équipée de [XXX] caméras de détection de végétaux fonctionnant jusque 60 km/h" "Notre système fonctionne depuis 2017 est a été utilisé sur les voies de DB, de [XXX] et de [XXX]"

9. Après avoir procédé à un premier examen des offres (…), la partie adverse a interrogé les deux soumissionnaires concernant divers aspects de leur offre.

Par un courrier du 7 décembre 2020, la partie adverse a invité Weedfree (a) à détailler son prix unitaire, (b) à compléter et à communiquer le formulaire de métré récapitulatif joint au cahier spécial des charges et (c) à communiquer une version de démonstration de la plateforme d'échange internet relative aux données de désherbage (…). Weedfree a communiqué les éléments complémentaires demandés le 15 décembre 2020 (…).
Par un courrier du 7 décembre 2020, la partie adverse a invité Bayer à détailler son prix unitaire.
La partie adverse a également sollicité certaines informations complémentaires relatives aux moyens humains proposés pour l'exécution, aux modalités de logement du personnel et aux marges de flexibilité organisationnelles en cas d'imprévus dans le calendrier des campagnes.
Surtout, de manière déterminante eu égard aux exigences du marché, la partie adverse a, de manière raisonnable et diligente, adressé une question complémentaire à Bayer concernant les engagements et garanties fournis par sa demande de participation et son offre concernant la capacité de traitement du train à 60 km/h.
L'extrait pertinent se lit comme il suit (…):

> "Lors d'une première présentation informelle du train en 2018 par Bayer, il avait été noté que la vitesse optimale de traitement était située entre 50 et 55 km/h. Quels sont les nouveautés technologiques mises en place par Bayer qui expliquent que, selon votre candidature et votre offre, votre train est désormais prévu pour traiter à une vitesse de 60 km/h ?".

Bayer a communiqué les informations sollicitées le 14 décembre 2020 (…). Concernant en particulier la question reprise ci-avant, Bayer a décrit les adaptations apportées au modèle de dernière génération (la rame actuellement déployée en France) en vue de satisfaire aux exigences spécifiques de la partie adverse.
Après avoir conclu à la normalité des prix proposés le 12 janvier 2021 (…) et après avoir procédé à la vérification de l'absence de cause d'exclusion dans le chef de la société Bayer (…), les services de la partie adverse ont établi le projet de décision attribuant le marché à Bayer (…), celle-ci étant formellement approuvée et adoptée le 24 février 2021 par le comité de direction (…).
Il ressort de ladite décision d'attribution que, au terme de son examen des offres (ainsi que des candidatures), la partie adverse (…):

> (i) a estimé que les deux soumissionnaires ayant remis une offre ne se trouvaient pas sous le coup d'une cause d'exclusion;
> (ii) a pu constater que les deux offres remises étaient régulières (en ce compris concernant les aspects de conformité aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges);
> (iii) a considéré que l'offre de Bayer ne comportait pas de prix anormal;
> (iv) a désigné l'offre de Bayer comme l'offre économiquement la plus avantageuse (par application du critère unique d'attribution, fondé sur le prix).

La décision mentionne en conséquence ce qui suit (…) :

> "Le Comité de direction prend connaissance du dossier DOC/CD/2021/053, sur la base duquel il décide, de marquer son accord pour la décision motivée d'attribution du marché n° 57/52/0/19/024, concernant l'accord-cadre de désherbage des voies principales, location d'un train épandeur accompagné par du personnel qualifié sur le réseau ferré complet en Belgique, d'une durée de 4 ans, à la firme Bayer CropScience SA-NV pour un montant total de €2.640.000,00, sur base d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable (sur base l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics)".

Il s'agit de l'acte attaqué (qualifié de "premier acte attaqué" par la partie requérante).

10. Conformément à l'article 8, § 1er, 3°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (ci-après : la "Loi Recours"), la partie adverse a notifié l'acte attaqué aux deux

soumissionnaires par un courriel du 25 février 2021 et par un courrier recommandé confié à la poste le 26 février 2021 (…).

11. Le 26 février 2021, la partie requérante a adressé un courrier à la partie adverse, par lequel elle a fait valoir, notamment et en substance que le train pulvérisateur proposé par Bayer ne pouvait être considéré comme un système éprouvé pour l'épandage à une vitesse de 60 km/h et que l'offre de cette dernière aurait en conséquence dû être déclarée substantiellement irrégulière, compte tenu des exigences techniques imposant cette vitesse de traitement dans le cadre du marché (…).
Sur cette base, la partie requérante a enjoint la partie adverse (i) de lui répondre sous un délai de 5 jours, (ii) de procéder à un nouvel examen des offres, voire de (iii) retirer l'acte attaqué.

12. La partie adverse a répondu par un courrier du 3 mars 2021 et a annoncé en substance à la partie requérante (i) que l'examen des offres (et des candidatures) n'avait révélé aucun motif qui justifierait de douter de la conformité de l'offre de Bayer avec le cahier spécial des charges et (ii) qu'il n'existait en conséquence aucun motif qui justifierait de retirer l'acte attaqué (…) ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 mars 2021, la société anonyme Bayer CopScience demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Étant la bénéficiaire de l'acte attaqué, qui lui attribue le marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité de la demande

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante tente de démontrer son intérêt à la demande de suspension en tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux, en faisant valoir, d'une part, que le moyen unique dénonce l'irrégularité de l'offre de l'intervenante et, d'autre part, qu'à l'exception de celle-ci et d'elle-même, il n'y a pas d'autres soumissionnaires.

Ces éléments invoqués par la requérante ne suffisent toutefois pas à établir qu'en cas de suspension de la décision d'attribuer le marché litigieux à l'intervenante, la partie adverse serait tenue de lui attribuer ce marché. Rien ne permet, en effet, d'exclure qu'elle décide – à la suite et au vu d'un arrêt déclarant sérieux le moyen unique – de renoncer à passer le marché dans les conditions initialement fixées pour celui-ci.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande de suspension est irrecevable.

VI. Moyen unique – Première branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique,

« pris de la violation de :

- Les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence;
- La Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment, ses articles 4 et 147, § 5;
- L'Arrêté Royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux et, notamment, son article 74;
- 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 des services et de concessions (ci-après "la loi du 17 juin 2013") et, notamment, son article 4, 8° et 5, 9°;
- La Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 3;
- Du cahier spécial des charges et du principe général *patere legem quam ipse fecisti*;
- Du principe général de motivation des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe du raisonnable et du principe de diligence comme principes de bonne administration.

En ce que le rapport d'analyse des offres déclare que l'offre de la firme Bayer CropScience SA-NV est régulière;

Alors que, première branche, les systèmes éprouvés de détection de la végétation de la firme Bayer CropScience SA-NV proposés ne correspondent pas aux exigences minimales/essentielles du cahier spécial des charges;
Alors que, deuxième branche, le premier acte attaqué ne contient aucun motif de droit et de fait permettant de déclarer valablement l'offre de la firme Bayer CropScience SA-NV régulière;
De sorte que, en attribuant le marché à la firme Bayer CropScience SA-NV alors que son offre ne répond pas aux exigences minimales/essentielles du cahier spécial des charges, sans indication des motifs de droit et de fait justifiant la régularité de cette offre, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen ».

La première branche de ce moyen unique fait l'objet des développements suivants:

« 18. L'article 147, § 5, alinéa 1er de la Loi du 17 juin 2016 dispose ce qui suit :

"§ 5. L'entité adjudicatrice vérifie la conformité des offres présentées par les soumissionnaires ainsi sélectionnés aux règles et exigences applicables aux offres et attribue le marché en se basant sur le ou les critères d'attribution fixés conformément aux articles 81 et 153, compte tenu de l'article 136".

L'article 74, § 1 de l'AR du 18 juin 2017 se lit comme suit :

"§ 1er. L'entité adjudicatrice vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 46, 50, 51, § 1er, 52, 56, § 2, alinéa 1er, 61, § 2, 62, 81 et 89 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché". […].

Les paragraphes 3 et 4 de l'article 74 du même arrêté disposent que :

"§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, l'entité adjudicatrice déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.

§ 4. Sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une

procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique". […].

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate que les exigences minimales du cahier spécial des charges n'ont pas été respectées, l'offre est substantiellement irrégulière.

Une offre entachée d'une irrégularité substantielle doit être déclarée nulle. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire.

De plus, si le pouvoir adjudicateur déclare explicitement qu'une disposition des documents du marché constitue une exigence minimale/essentielle, il doit déclarer l'offre substantiellement irrégulière en cas de non-respect de cette exigence, sur la base du principe *patere legem quam ipse fecisti*. Le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter ses propres règles, de sorte qu'il doit alors se prononcer sur l'irrégularité substantielle et la nullité de l'offre.

19. Le cahier spécial des charges contient des exigences techniques minimales/essentielles concernant la détection automatisée de la végétation (pag. 68-69).

Elles se lisent comme suit :

"3. Détection automatisée de la végétation

(…)

Il est dès lors essentiel que le train soit équipé de cette technologie qui consiste en :

- Un ou des détecteurs conçu(s) et étalonné(s) pour identifier spécifiquement la végétation.
- Transmission avec une célérité suffisante des données vers l'ordinateur de bord qui sélectionnera automatiquement les gicleurs les plus appropriés en fonction des zones vertes détectées. Ces données seront enregistrées en continu pour permettre une exploitation ultérieure : voir section 3 de la sixième partie.
- Le système de détection doit pouvoir fonctionner de manière automatisée à une vitesse de 60 km/h.

Infrabel ne prendra en compte que les systèmes éprouvés de détection de la végétation, c'est-à-dire une technologie évaluée pendant au moins quatre campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d'Infrabel.

Le prestataire de service doit pouvoir démontrer les économies potentiellement réalisables par son système.

(…)"

Il ressort des termes utilisés qu'ils concernent des exigences minimales, ou au moins des exigences substantielles.

Cependant, la partie requérante soutient que la firme Bayer CropScience SA-NV n'est pas en mesure de démontrer qu'elle peut se conformer à l'exigence minimale/essentielle reprise dans le cahier spécial des charges de sorte que son offre devait être écartée étant atteinte d'irrégularités substantielles.

La partie requérante soutient que la firme Bayer CropScience SA-NV n'est pas en mesure de démontrer dans son offre qu'elle dispose d'un système de détection de la végétation conforme au cahier spécial des charges, à savoir un système de détection fonctionnant de manière automatisée à une vitesse de 60 km/h, "éprouvé" au sens du cahier spécial des charges, c'est-à-dire une technologie évaluée pendant au moins quatre campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d'Infrabel.

Cela implique que la firme Bayer CropScience SA-NV doit démontrer que les campagnes de désherbage ou les parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) ont eu lieu avec un train qui épand à une vitesse de minimum 60 km/h.

Or, sur base des connaissances de la partie requérante, la firme Bayer CropScience SA-NV a uniquement travaillé en Allemagne et réalisé (un petit marché) en France.

Dans les deux cas, la vitesse maximum exigée ne dépassait pas 50 km/h (…) . Or, il y a une grande différence entre un système de détection de végétation épandant à une vitesse de 50 km/h par rapport à un tel système épandant à une vitesse de 60 km/h. Cela concerne donc un point essentiel.

La partie requérante a eu connaissance des spécifications du marché en France exécuté par la firme Bayer CropScience SA-NV. Il apparaît que la longueur totale traitée est inférieure à 500 km par an. Cela ne rencontre absolument pas les exigences du cahier spécial des charges. Pour rappel, Infrabel y indique qu'elle ne prendra en compte que les systèmes éprouvés de détection de la végétation, c'est-à-dire une technologie évaluée pendant au moins quatre campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d'Infrabel. Suivant le cahier spécial des charges (page 49), le réseau ferré complet de Infrabel comporte environ 6 500 km de voies principales.

20. Interpelée expressément à ce sujet par la partie requérante, la partie adverse a déclarée dans un courrier du 3 mars 2021 que "Infrabel ne dispose d'aucune évidence démontrant que le matériel choisi présenterait une non-conformité technique remettant en cause sa capacité à exécuter le marché".

La partie adverse ne verra dès lors aucun inconvénient à communiquer les documents permettant d'appuyer cette affirmation.

À défaut, la partie requérante demande expressément de pouvoir avoir accès aux documents du dossier administratif démontrant que la firme Bayer CropScience SA-NV a démontré que son système de détection de végétation répond aux exigences minimales/essentielles du cahier spécial des charges.

Si ces documents n'étaient pas mis à la disposition de la partie requérante, elle demande expressément à Monsieur/Madame le (Premier) Auditeur ainsi qu'à Votre Conseil de vérifier si l'offre de la firme Bayer CropScience SA-NV répond effectivement aux exigences minimales/essentielles du cahier spécial des charges.

Votre Conseil pourra ainsi constater que l'offre de la firme Bayer CropScience SA-NV ne répond pas aux exigences minimales/essentielles du cahier spécial des charges. Son offre devait donc être déclarée nulle, étant atteinte d'irrégularités substantielles, conformément à l'article 74, § 1er, alinéa 4, 3°, et § 3, de l'AR du 18 juin 2017.

21. En toute hypothèse, les irrégularités de l'offre de la firme Bayer, sont de nature à donner un avantage discriminatoire à ce soumissionnaire et à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres

offres. Elles rendent également incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues. Pour cette raison également, l'offre de ce soumissionnaire devait être déclarée nulle, étant atteinte d'irrégularités substantielles, conformément à l'article 74, § 1er, alinéa 3, et § 3, de l'AR du 18 juin 2017.

22. C'est donc à tort que l'offre de la firme Bayer CropScience SA-NV a été déclarée régulière et que le marché lui a été attribué.

Ce faisant, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en déclarant l'offre de la firme Bayer CropScience SA-NV régulière et en lui attribuant le marché. L'offre de cette firme ne respectant pas le cahier des charges, la partie adverse a également violé les principes d'égalité et de non-discrimination en déclarant cette offre régulière. Cette offre n'étant pas comparable à celle de la partie requérante, ni régulière, le marché ne pouvait lui être attribué.

En conclusion, en attribuant le marché à la firme Bayer CropScience SA-NV, et non pas à la partie requérante, les actes attaqués violent manifestement l'article 4, et l'article 147, § 5 de la Loi du 17 juin 2016, les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, l'article 74 de l'AR du 18 juin 2017, le cahier spécial des charges et le principe *patere legem quam ipse fecisti*, et le principe de transparence, le principe du raisonnable et le principe de diligence comme principe de bonne administration.

Dans ces conditions, le moyen est sérieux en sa première branche ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond comme suit à la première branche du moyen :

« 17. À l'appui de la première branche de son moyen unique, la partie requérante avance, en substance :

(i) que les exigences techniques relatives à la détection automatique de la végétation (qualifiées de "performances techniques minimales" par le cahier spécial des charges) auraient imposé aux soumissionnaires de démontrer que le système de détection automatique de la végétation avait déjà été utilisé et éprouvé durant plusieurs campagnes de désherbage à une vitesse de traitement de 60 km/h;

(ii) que le système de détection de Bayer, bien qu'éprouvé (en ce sens qu'il a déjà été utilisé par Bayer dans le cadre de missions de désherbage pour d'autres gestionnaires de réseau depuis plusieurs années), ne peut se prévaloir de références pour des missions de désherbage effectuées à la vitesse de 60 km/h;

(iii) que l'offre de Bayer méconnaissait en conséquence une exigence technique minimale du cahier spécial des charges et aurait dû être déclarée substantiellement irrégulière;

(iv) que la partie adverse aurait donc violé les dispositions et principes visés au moyen en ne déclarant pas ladite offre irrégulière.

18. Cet argumentaire se fonde sur une interprétation erronée et intentionnellement déformante du cahier spécial des charges, pour les besoins de la cause.
La disposition technique du cahier spécial des charges spécifique aux systèmes de détection de la végétation, visée par la partie requérante en termes de requête, se lit en effet comme il suit (…) :

“3. Détection automatisée de la végétation

Infrabel s’est engagé à utiliser des techniques sélectives d’épandage afin de réduire l’usage des herbicides. La détection automatisée de la végétation désigne toute technique conçue pour cibler automatiquement les zones à traiter et ainsi limiter les quantités d’herbicides utilisées.

Cette technologie doit être opérationnelle tant de jour que de nuit.

Pour le désherbage de nuit, un éclairage est autorisé pour appuyer la détection de la végétation. Cet éclairage doit toutefois être conforme aux règles en vigueur. Voir en particulier la nécessité d’éviter tout risque d’éblouissement des autres convois ferroviaires.

Il est dès lors essentiel que le train soit équipé de cette technologie qui consiste en :

- Un ou des détecteurs conçu(s) et étalonné(s) pour identifier spécifiquement la végétation.
- Transmission avec une célérité suffisante des données vers l’ordinateur de bord qui sélectionnera automatiquement les gicleurs les plus appropriés en fonction des zones vertes détectées. Ces données seront enregistrées en continu pour permettre une exploitation ultérieure : voir section 3 de la sixième partie.
- Le système de détection doit pouvoir fonctionner de manière automatisée à une vitesse de 60 km/h.

Infrabel ne prendra en compte que les systèmes éprouvés de détection de la végétation, c'est-à-dire une technologie évaluée pendant au moins quatre campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d’Infrabel.

Le prestataire de service doit pouvoir démontrer les économies potentiellement réalisables par son système.

Infrabel se réserve le droit de contacter un utilisateur de référence pouvant témoigner d’une expérience utile par rapport à la technologie de détection proposée”.

Il découle sans ambiguïté de cette disposition (et notamment de la manière dont ses différents alinéas ont été rédigés) que la partie adverse a exigé en l’espèce (cinquième alinéa de l’extrait reproduit ci-avant) la présentation de systèmes de détection “éprouvés” et que la démonstration de ce caractère éprouvé pouvait être faite par une mise en œuvre soit dans le cadre de quatre campagnes précédentes de désherbage sur un réseau de taille au moins similaire à celui d’Infrabel soit dans le cadre d’au moins 120 parcours de désherbage de minimum 150 km sur un réseau de taille au moins similaire à celui d’Infrabel.

S’il était au surplus exigé que le système de détection puisse fonctionner de manière automatisée à une vitesse de 60 km/h dans le cadre du présent marché (quatrième alinéa de l’extrait reproduit ci-avant), cette exigence n’était ni liée ni nécessaire à la démonstration du caractère éprouvé des systèmes. Prétendre l’inverse (comme le fait en l’espèce la partie requérante) aboutit à contredire le caractère clair de cette disposition et méconnaît surtout la volonté de et l’obligation pour la partie adverse de maintenir en l’espèce une concurrence aussi ouverte que possible entre les opérateurs économiques compte tenu des caractéristiques du marché.

Ainsi qu’il a déjà été exposé, Infrabel impose aux trains de désherbage une vitesse de traitement de 60 km/h. Cette vitesse, rendue nécessaire par les contraintes d’exploitation d’Infrabel, est supérieure à celle imposée par les autres gestionnaires européens de réseau ferroviaire. La partie requérante, qui a exécuté les marchés précédents pour la partie adverse, est donc le seul opérateur économique sur le marché européen (ou virtuellement le seul) à pouvoir se prévaloir de références d’exécution à 60 km/h. Il ne peut donc être sérieusement soutenu que la partie adverse aurait délibérément imposé dans son cahier spécial des charges une exigence technique qui aurait de *facto* exclu toute concurrence (et aurait en toute hypothèse exclu Bayer, le seul autre opérateur économique engagé, alors même que les critères de sélection qualitative n’exigeaient pas la production de référence d’exécution pour des services de désherbage à 60 km/h

(et qu'Infrabel avait distingué et articulé les critères n° 2 et n° 4 de manière à préserver une concurrence effective et ouverte entre les opérateurs économiques). Si le moindre doute devait subsister à cet égard, rappelons que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, il appartient au premier chef aux adjudicateurs, dans le cadre de la définition de leurs besoins, de définir et d'interpréter les exigences techniques imposées dans le cadre de leurs marchés.
L'interprétation retenue par Weedfree vise précisément à restreindre la concurrence et à maintenir le monopole de fait dont elle bénéficie actuellement concernant les références de marchés pour des services à 60 km/h. Cette intention ressort d'ailleurs également du courrier adressé par la partie requérante à la partie adverse le 26 février 2021 (…), dans lequel Weedfree en vient en quelque sorte à reprocher à Infrabel d'avoir retenu des hypothèses de structuration du marché qui ont eu pour effet de susciter une réelle concurrence entre soumissionnaires concernant les prix.

19. La partie adverse a donc valablement pu constater en l'espèce que le système de détection automatique de la végétation proposé par Bayer présentait un caractère éprouvé au sens exigé par le cahier spécial des charges.

20. En effet, ainsi qu'il ressort de la demande de participation et de l'offre de Bayer, il a été mis en œuvre depuis 2017 sur le contrat effectué au profit de DB Netz. Il a donc été utilisé dans le cadre d'au moins quatre campagnes de désherbage (2017, 2018, 2019, 2020) sur un réseau de taille au moins équivalente à celui d'Infrabel (environ 10.000 kms annuels dans le cadre de ce contrat, alors que le présent accord-cadre porte sur environ 6.000 kms annuels). Ce système de détection a également été mis en œuvre depuis 2019 sur une ligne à grande vitesse du réseau français.
La partie requérante n'en ignore rien puisqu'elle fait expressément référence à ces deux contrats en termes de requête, dans laquelle elle fait également référence (p. 14) aux "systèmes éprouvés de détection de la végétation de la firme Bayer".

21. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, la partie adverse a donc valablement pu considérer, sans commettre la moindre erreur d'appréciation et sans méconnaître les normes et principes visés au moyen, que Bayer proposait en l'espèce un système de détection de la végétation éprouvé, et en particulier "éprouvé" au sens du cahier spécial des charges.

22. Au surplus, il convient de souligner que la partie requérante se contente de cette critique purement formelle (qui vise à lier la vitesse de 60 km/h au caractère éprouvé du système proposé, afin de restreindre indûment la concurrence) et qu'elle ne conteste jamais expressément le fait que le train proposé par Bayer peut effectivement opérer à une vitesse de 60 km/h dans le cadre du présent marché (ni dans sa lettre du 26 février 2021, ni en termes de requête).
À défaut d'avoir fait valoir cette critique spécifique en termes de requête, alors qu'elle en avait à l'évidence tout le loisir et la possibilité sur la base des informations dont elle disposait, la partie requérante ne pourra en toute hypothèse tenter de s'en prévaloir ultérieurement (et en particulier dans le cadre de l'audience au stade de la demande de suspension en extrême urgence).

23. Pour autant que de besoin, la partie adverse démontre néanmoins qu'elle disposait de tous les éléments nécessaires afin de considérer valablement (sans méconnaître les normes et principes visés au moyen) que le train proposé par Bayer satisfaisait aux exigences du cahier spécial des charges imposant la vitesse de traitement à 60 km/h (et ce d'autant que le Conseil d'État, en tant que juge de la légalité, se restreint logiquement à un contrôle marginal et à la sanction des seules erreurs manifestes d'appréciation concernant les appréciations techniques matérialisées dans les actes administratifs soumis à sa censure).
Concernant les équipements de pulvérisation/épandage des désherbants (outre le fait que la partie requérante ne fait aucunement valoir en termes de requête que l'exigence pertinente figurant à la page 66 du cahier spécial des charges aurait été

méconnue), il convient de souligner que Bayer (soit dans sa demande de participation, soit dans son offre, soit en réponse aux questions que lui avait adressées la partie adverse) :

(i) avait décrit de manière précise les équipements de pulvérisation équipant le train proposé (qui fait partie de la dernière génération de matériel proposée par Bayer, avec un nombre très satisfaisant de buses de pulvérisation commandées individuellement et de manière très réactive par le système de détection, avec la possibilité de traitements différenciés par tronçons);

(ii) avait décrit les adaptations réalisées afin de se conformer aux exigences particulières de la partie adverse concernant la vitesse de 60 km/h;

(iii) avait produit une étude, établie par un bureau indépendant, confirmant que le système permettrait de contenir les dérives latérales à un niveau très bas (sous les limites pertinentes et sans variation significative par rapport à une vitesse d'exploitation de 50 km/h).

Concernant les équipements de détection de la végétation, il convient de souligner que Bayer (soit dans sa demande de participation, soit dans son offre) a décrit un système à la pointe de la technologie basé :

(i) sur un nombre important de caméras haute définition.

Pour un fonctionnement correct de la détection de la végétation, chaque caméra doit pouvoir être calibrée pour prendre au moins 16 images/s avec une profondeur de prise de vue d'environ 1 mètre par image afin d'être synchronisée avec la vitesse de 16,6 m/s (60 km/h), ceci permettant de couvrir l'entièreté de la surface parcourue chaque seconde lorsque le train circule à une vitesse de 60 km/h.

L'utilisation de caméras HD prévues pour atteindre au moins 24 images/sec permet de rencontrer ces exigences par le biais d'ajustement des paramètres de base (nombre d'images par seconde et profondeur de la prise de vue) aux besoins techniques des utilisateurs;

(ii) sur un système d'intelligence artificielle permettant la pulvérisation automatique avec un temps de réactivité très bas entre la détection de végétation et une pulvérisation ciblée.

Rappelons que les exigences spécifiques énoncées par le cahier spécial des charges concernant les systèmes de détection étaient les suivantes […]:

"Infrabel s'est engagé à utiliser des techniques sélectives d'épandage afin de réduire l'usage des herbicides. La détection automatisée de la végétation désigne toute technique conçue pour cibler automatiquement les zones à traiter et ainsi limiter les quantités d'herbicides utilisées.

Cette technologie doit être opérationnelle tant de jour que de nuit.

Pour le désherbage de nuit, un éclairage est autorisé pour appuyer la détection de la végétation. Cet éclairage doit toutefois être conforme aux règles en vigueur. Voir en particulier la nécessité d'éviter tout risque d'éblouissement des autres convois ferroviaires.

Il est dès lors essentiel que le train soit équipé de cette technologie qui consiste en :

- Un ou des détecteurs conçu(s) et étalonné(s) pour identifier spécifiquement la végétation.
- Transmission avec une célérité suffisante des données vers l'ordinateur de bord qui sélectionnera automatiquement les gicleurs les plus appropriés en fonction des zones vertes détectées. Ces données seront enregistrées en continu pour permettre une exploitation ultérieure : voir section 3 de la sixième partie.
- Le système de détection doit pouvoir fonctionner de manière automatisée à une vitesse de 60 km/h.

Or, il ne fait aucun doute, sur la base des éléments décrits par Bayer, que le système proposé (et au demeurant éprouvé depuis 2017, à la satisfaction des gestionnaires de réseau concernés) permet de travailler de jour comme de nuit, permet d'identifier spécifiquement la végétation, transmet les informations avec une célérité suffisante vers l'ordinateur de bord qui sélectionne automatiquement les gicleurs.

La capacité du système à fonctionner de manière automatisée à 60km/h ne suscite pas le moindre doute d'un point de vue technique, compte tenu du temps de réaction entre la détection de la végétation et la commande de la pulvérisation (le temps de réaction du système).
Un train circulant à 60km/h parcourt 16,6 mètres par seconde.
Concrètement, la distance physique qui sépare le système de détection de la végétation (caméras) et le système de pulvérisation (les buses de pulvérisation) est le paramètre à prendre en considération pour déterminer si le temps de réaction du système est approprié à une vitesse de circulation opérationnelle de 60 km/h (16,6 m/s). Le tableau *infra* indique, pour une vitesse de circulation opérationnelle de 60 km/h, en fonction du temps de réaction du système, la distance physique qui doit séparer le système de détection de la végétation (caméras) et le système de pulvérisation (les buses de pulvérisation):

Temps de réaction du système	Distance physique
1 seconde	16,6 m
0,5 seconde	8,3 m
0,3 seconde	4,98 m
0,2 seconde	3,32 m
0,1 seconde	1,66 m

Le schéma d'agencement des wagons pour la rame proposée par Bayer est le suivant :

Les caméras sont disposées sur les premier et troisième wagons en comptant à partir de la gauche.
Les buses de pulvérisation (représentées en vert sur le schéma) sont disposées à proximité immédiate du centre du deuxième wagon en comptant à partir de la gauche.
A cette disposition des différents équipements correspond une distance physique supérieure à 10 mètres entre les caméras et les buses de pulvérisation.

Dès lors que la distance physique entre les caméras et les buses de pulvérisation est largement supérieure à la distance nécessaire compte tenu du temps de réaction du système proposé (qui figure dans le tableau repris ci-avant mais que la partie adverse n'identifie pas afin de préserver la confidentialité de l'offre de Bayer), il n'existe absolument aucun doute quant à l'adéquation entre, d'une part, la position du système de détection de la végétation (caméras) et du système de pulvérisation (les buses de pulvérisation), et d'autre part, la vitesse de circulation opérationnelle de 60 km/h.

24. Il découle de l'ensemble de ce qui précède que la partie adverse a bien examiné la régularité technique de l'offre de Bayer (ce que la partie requérante ne semble au demeurant pas contester). Il en découle également que la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation et n'a aucunement violé les normes et principes visés au moyen en déclarant régulière l'offre de Bayer.
Il en va d'autant plus ainsi, si le moindre doute pouvait subsister, que, de jurisprudence constante, le Conseil d'État se refuse à considérer qu'un moyen dirigé contre l'appréciation d'une offre et dont le bien-fondé appelle une analyse de nature techniquement complexe, puisse être considéré sérieux dans le cadre du

contrôle *prima facie* inhérent aux demandes de suspension selon la procédure d'extrême urgence (en l'absence de possibilité de faire procéder par exemple à une expertise).

25. La première branche du moyen unique n'est pas sérieuse ».

C. Requête en intervention

L'intervenante formule les observations suivantes, à propos de la première branche du moyen:

« (a) Sur la première branche : le système de détection et de pulvérisation éprouvé de la végétation proposé par Bayer dans son offre est conforme aux exigences du CSC

9. Les éléments suivants, plus amplement développés ci-dessous, témoignent du fait que la première branche du moyen unique invoqué par la partie requérante n'est pas sérieuse, dès lors qu'ils attestent de manière certaine que l'offre de la société Bayer était régulière et, plus précisément, que le système de détection et de pulvérisation de la végétation proposé dans son offre ("Smart Weeding System") était bel et bien conforme aux spécifications techniques du CSC :

- Clarification des exigences prévues par le CSC c'est le système proposé par les soumissionnaires (et non le fait qu'il ait fonctionné à une vitesse de 60 km/h) qui devait être "éprouvé" (*cfr* point (i));
- Le système de détection et de pulvérisation proposé par Bayer, qui est d'ailleurs éprouvé – ce que ne semble en réalité pas contester la partie requérante –, fonctionne bel et bien à une vitesse de 60 km/h, comme en attestent les éléments repris dans la demande de participation et l'offre de Bayer ainsi que divers autres éléments (*cfr* point (ii)).

(i) C'est le système de détection et de pulvérisation qui doit être "éprouvé"

10. Tout d'abord, il est primordial de rappeler les exigences prévues par le CSC à propos du système de détection et de pulvérisation de la végétation.
L'on relèvera d'ailleurs d'emblée, car ceci est important, que le CSC prévoyait certaines exigences tant en ce qui concerne le système de détection qu'en ce qui concerne le système de pulvérisation, qui sont donc deux fonctionnalités distinctes, mais indissociables l'une de l'autre (*cfr infra*, point (ii)(bb)), du système en l'occurrence proposé par Bayer. Les critiques formulées par Weedfree quant à l'offre de Bayer – et plus précisément l'irrégularité qu'elle dénonce – portent sur le système de détection proposé par Bayer, et non sur le système de pulvérisation.

11. En ce qui concerne le système de détection, le CSC prévoyait notamment qu'il devait satisfaire à deux exigences distinctes, que la partie requérante tente insidieusement – et à tort – de lier pour faire triompher son raisonnement :

- d'une part, le CSC imposait que le système de détection proposé par les soumissionnaires puisse fonctionner à une vitesse de 60 km/h;
- d'autre part, le CSC exigeait que le système de détection proposé par les soumissionnaires soit "éprouvé", c'est-à-dire qu'il s'agisse "d'une technologie évaluée pendant au moins 4 campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d'Infrabel". En d'autres termes, ce qu'Infrabel souhaitait donc vérifier au moyen de cette exigence, c'est que le système proposé ait déjà été utilisé par le soumissionnaire dans le cadre de missions de désherbage pour d'autres gestionnaires de réseau.

Ces deux exigences étaient ainsi clairement libellées, comme suit, en page 69 du Cahier spécial des charges :

> → Le système de détection doit pouvoir fonctionner de manière automatisée à une vitesse de 60 km/k.
> Infrabel ne prendra en compte que les systèmes éprouvés de détection de la végétation, c'est-à-dire une technologie évaluée pendant au moins quatre campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d'Infrabel.
>
> Le prestataire de service doit pouvoir démontrer les économies potentiellement réalisables par son système.
>
> Infrabel se réserve le droit de contacter un utilisateur de référence pouvant témoigner d'une expérience utile par rapport à la technologie de détection proposée.

A toutes fins utiles, et pour rappel, le CSC précisait ce qui suit concernant les exigences du système de pulvérisation (cfr pages 45 et 66) :

> Pour pouvoir s'intercaler de jour sur le réseau classique, le train doit pouvoir traiter les voies à une vitesse de 60 km/h.
> …
> F. Spécifications techniques minimales relatives aux pompes :
>
> Dosage minimum à 60km/h sur une largeur de 9 m (cas d'une voie unique) :
>
> 10 L/ Ha minimum pour chaque circuit de pompe à produits + 1 circuit prévu pour un dosage pouvant monter jusqu'à 25L/ha.
>
> Le mouillage en eau sera de minimum 300 L/ha.
>
> G. L'équipement d'épandage doit être conçu pour permettre les traitements à une vitesse de 60 km/h.

12. En d'autres termes, et contrairement à ce que laisse penser la partie requérante, ces deux exigences (i.e. que le système soit éprouvé et qu'il puisse fonctionner à une vitesse de 60km/h) sont deux exigences distinctes.
Infrabel n'imposait donc pas aux soumissionnaires qu'ils démontrent, au moyen de références, que le système de détection proposé avait déjà fonctionné à une vitesse de 60 km/h.

13. Le choix de ces spécifications techniques et les termes utilisés par Infrabel pour décrire celles-ci dans son CSC se comprend d'ailleurs aisément compte tenu du fait que seule la société Weedfree, la partie requérante, qui est le prestataire actuel d'Infrabel chargé de l'épandage raisonné des voies du réseau ferré belge, dispose en réalité de telles références (i.e. que ses campagnes ou parcours de désherbage ont eu lieu avec un train qui épand à une vitesse de minimum 60 km/h) et ce précisément car, comme mis en évidence ci-dessous et comme expliqué d'ailleurs par la partie adverse dans sa note d'observations, Infrabel impose aux trains de désherbage, en raison de contraintes d'exploitation qu'elle subit, une vitesse de traitement de 60 km/h, soit une vitesse qui est supérieure à celle imposée par les autres gestionnaires européens de réseau ferroviaire.
En d'autres termes, cela signifie que si Infrabel avait exigé des soumissionnaires qu'ils prouvent, au moyen de références, avoir déjà réalisé des campagnes ou parcours de désherbage avec un train qui épand à une vitesse de minimum 60 km/h, seule Weedfree aurait pu avoir une chance de remporter le présent marché puisqu'il s'agit vraisemblablement du seul opérateur économique

disposant d'une telle référence dès lors qu'il est le prestataire actuel (et ce depuis 19 ans, comme la partie requérante le relève dans sa requête) d'Infrabel.
Or, outre le fait que ceci n'aurait pas nécessairement été avantageux pour Infrabel, force est de conclure que ceci n'aurait pas valablement pu être son intention dès lors que, conformément aux obligations qui pèsent sur elle en tant qu'adjudicateur, Infrabel ne peut pas limiter artificiellement la concurrence – ce qui aurait été le cas si elle avait imposé aux soumissionnaires de produire des références attestant du fait que le système proposé avait déjà fonctionné à une vitesse de 60 km/h. La partie intervenante renvoie d'ailleurs pour le surplus, sur cet aspect, à la note d'observations de la partie adverse.
Ainsi, comme en témoignent les différents extraits de CSC repris ci-dessous, on constate que dans de nombreux pays européens, les trains utilisés pour effectuer l'épandage raisonné des voies ferrées ne roulent pas à une vitesse supérieure à 55 km/h – la moyenne étant 50 km/h –, raison pour laquelle les gestionnaires d'infrastructure ferroviaire en charge de lancer de tels marchés n'exigent pas des entreprises actives dans ce secteur de proposer des systèmes ayant déjà fonctionné à 60 km/h :

[La requête en intervention reproduit les extraits de cinq cahiers de charges]

14. Il découle de ce qui précède qu'il ne faut pas se méprendre sur les exigences du CSC quant aux spécifications techniques auxquelles le système de détection proposé par les soumissionnaires doit être conforme.
En effet, et comme plus amplement détaillé ci-dessus, ce qu'Infrabel exige dans son CSC c'est d'une part que le système proposé par les soumissionnaires soit "éprouvé" (soit qu'il ait donc déjà été utilisé par le soumissionnaire dans le cadre de missions de désherbage pour d'autres gestionnaires de réseau) et, d'autre part, que le système puisse fonctionner à une vitesse de 60 km/h. En d'autres termes, Infrabel n'exigeait donc pas des soumissionnaires qu'ils démontrent, au moyen de références et donc concrètement d'autres contrats exécutés pour d'autres gestionnaires de réseau, que le système qu'ils proposent a effectivement déjà fonctionné à une vitesse de 60 km/h – ceci se comprenant aisément dans la mesure où seule la partie requérante aurait pu se prévaloir de telles références dès lors qu'elle est le prestataire actuel d'Infrabel pour l'épandage raisonné du réseau ferré belge et qu'Infrabel est, à la connaissance de la partie intervenante, le seul gestionnaire de réseau imposant une vitesse de traitement de 60 km/h, la plupart des pays "voisins" (et notamment l'Allemagne, le Danemark, l'Espagne, la Suède et la Grande Bretagne) imposant une vitesse de traitement de 50 km/h en moyenne.
Or, comme plus amplement développé ci-dessous (cfr point (ii)), il ressortait bel et bien de la demande de participation et de l'offre de Bayer que le système proposé est éprouvé, d'une part, et qu'il est bien capable de fonctionner à une vitesse de 60 km/h, d'autre part, raison pour laquelle Infrabel a légitimement pu conclure à la régularité de l'offre de Bayer.

(ii) Le système de détection et de pulvérisation proposé par Bayer est conforme aux spécifications techniques du marché dès lors qu'il est bel et bien "éprouvé" et qu'il peut fonctionner à 60 km/h

(aa) Le système proposé par Bayer est éprouvé

15. En raison de la confusion qu'entretient la partie requérante quant aux exigences prévues dans le CSC concernant le système de détection et de pulvérisation (*cfr supra*), elle laisse erronément penser que le système proposé par Bayer ne serait pas "éprouvé", ce qui n'est pas correct.

16. Pour rappel, le CSC définit le système "éprouvé" comme "une technologie évaluée pendant au moins 4 campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au

moins similaire à celui d'Infrabel". L'idée d'Infrabel était donc, au travers de cette exigence, de vérifier que le système proposé ait déjà été utilisé par le soumissionnaire dans le cadre de missions de désherbage pour d'autres gestionnaires de réseau.

17. Or, et comme ceci ressort de la demande de participation de Bayer, le système qu'elle propose est bel et bien éprouvé dès lors qu'il a déjà été utilisé en Allemagne (sur le réseau Deutsche Ban) et en France (sur le réseau Eiffage) :

- Pour la référence DB (*cfr* demande de participation de Bayer, pièce n° 1, p. 31) : il résulte clairement de la demande de participation que Bayer a traité plus de 4 campagnes de désherbage pour DB. Par ailleurs, Bayer indique également que sont traités entre 10.000 et 30.000 km de voies chaque année et, enfin, que les trains traitent entre 120 et 180 km par jour ou nuitée de travail. Cette référence répond clairement aux exigences fixées pour la démonstration du caractère éprouvé du système.
  Ainsi que le relève Infrabel dans sa note d'observations (cfr point n° 20), sur base de ces précisions, "(…) [le système proposé par Bayer] a été mis en œuvre depuis 2017 sur le contrat effectué au profit de DB Netz. Il a donc été utilisé dans le cadre d'au moins quatre campagnes de désherbage (2017, 2018, 2019, 2020) sur un réseau de taille au moins équivalente à celui d'Infrabel (environ 10.000 kms annuels dans le cadre de ce contrat, alors que le présent accord-cadre porte sur environ 6.000 kms annuels), au surplus à la satisfaction de DB Netz".
  Cette référence répond donc incontestablement aux exigences requises par le CSC (4 campagnes sur un réseau au moins équivalent).
- Pour la référence Eiffage (*cfr* demande de participation de Bayer, pièce n° 1, p. 30) : conformément aux informations reprises dans la demande de participation de Bayer, la référence Eiffage démontre que, en tout, 4 campagnes de traitement ont été réalisées entre 2018 et 2020.
  Ainsi que le relève Infrabel dans sa note d'observations (cfr point n° 20), sur base de ces précisions, "Ce système de détection a également été mis en oeuvre depuis 2019 sur une ligne à grande vitesse du réseau français".

18. Pour autant que de besoin, l'on rappellera donc que l'argument invoqué par Weedfree, à savoir que "sur base de[s] ses connaissances (…), la firme Bayer CropScience SA-NV a uniquement travaillé en Allemagne et réalisé (un petit marché) en France. Dans les deux cas, la vitesse maximum exigée ne dépassait pas 50 km/h (…) 4. Or, il y a une grande différence entre un système de détection de végétation épandant à une vitesse de 50 km/h par rapport à un tel système épandant à une vitesse de 60 km/h. Cela concerne donc un point essentiel" manque de pertinence dès lors qu'il se base sur une lecture erronée du CSC qui, comme développé ci-dessus, n'imposait pas aux soumissionnaires qu'ils se prévalent de références pour des missions de désherbage effectuées à la vitesse de 60 km/h (*cfr supra*). Et en réalité, la partie requérante reconnaît elle-même que le système de Bayer est éprouvé (en ce sens qu'il a déjà été utilisé) vu qu'elle invoque précisément, dans sa requête, les deux contrats précités (DB et Eiffage) exécutés par Bayer et qu'elle fait d'ailleurs référence, en page 14 de sa requête, aux "systèmes éprouvés de détection de la végétation de la firme Bayer".

(bb) Le système proposé par Bayer peut fonctionner à une vitesse de 60 km/h

19. Dans sa demande de participation et son offre, Bayer a remis la preuve que le système proposé pouvait effectivement fonctionner à une vitesse de 60 km/h, ce que ne conteste d'ailleurs pas la partie requérante.
Malgré ce constat, la partie requérante soutient, de manière en réalité assez étonnante, que le système de détection proposé par Bayer (partie intégrante du système de pulvérisation) ne répondrait pas à cette exigence et ne pourrait donc pas fonctionner à une vitesse de 60 km/h.
Cette allégation n'est pas avérée dans les faits, comme en témoignent les éléments suivants.

(1)Le système proposé par Bayer est un système intégré en ce sens que la pulvérisation ne peut avoir lieu sans détection préalable

20. Tout d'abord, il convient de revenir sur un point technique assez important qui permet d'ailleurs, à lui seul, de démentir l'allégation formulée par Weedfree : le système proposé par Bayer ("Smart Weeding System") est un système intégré, "all-in-one", ce qui ressort d'ailleurs clairement de la demande de participation et de l'offre de Bayer.
Concrètement, cela signifie que le système conçu permet non seulement de détecter mais aussi de pulvériser automatiquement (en fonction de ce qui est détecté), étant entendu que la pulvérisation ne se conçoit pas sans la détection et qu'elle en est donc tout à fait tributaire. En d'autres termes, l'épandage d'herbicides et donc la pulvérisation des herbes dites "indésirables" ne peut bien entendu pas avoir lieu si la détection préalable de celles-ci n'a pas été faite par le système. En d'autres termes, si la pulvérisation fonctionne à 60 km/h (ce que personne ne conteste, pas même Weedfree), c'est que la détection préalable a nécessairement fonctionné (puisque l'une est la conséquence automatique de l'autre).
Les éléments suivants, repris dans la demande de participation de Bayer, en attestent : *cfr* pièce n° 2, extraits de la demande de participation.

- Il ressort de manière claire de ces différents extraits (*cfr* pièce n° 2) que le système de détection et de pulvérisation proposé par Bayer est un système intégré, en ce sens que la détection de la végétation déclenche la pulvérisation et que la pulvérisation ne peut donc opérer sans la détection par définition préalable.

21. Or, à partir du moment où il ressort de manière non contestable – et d'ailleurs non contestée par la partie requérante – des documents remis par Bayer que le système de pulvérisation proposé fonctionne à une vitesse de 60 km/h (*cfr* extraits de la demande de participation de Bayer repris en pièce n° 3), il faut logiquement en conclure qu'il en va de même du système de détection puisqu'il ne peut y avoir de pulvérisation s'il n'y a pas eu de détection préalable.

22. Le système de détection et de pulvérisation proposé par Bayer étant conçu comme un système intégré, "all-in-one" (en ce sens que la pulvérisation des herbes indésirables est déclenchée par la détection préalable de ces mauvaises herbes), il faut nécessairement en conclure que si la pulvérisation peut fonctionner à une vitesse de 60 km/h (ce qui est démontré dans la demande de participation et l'offre de Bayer et ce que ne conteste d'ailleurs pas la partie requérante), il en va également de même de la détection.

(2)Bayer a démontré dans sa demande de participation et son offre que le système de détection proposé pouvait fonctionner à une vitesse de 60 km/h, ce qui est d'ailleurs corroboré par d'autres documents officiels

23. Ensuite, et indépendamment de l'observation importante formulée ci-dessus qui permet déjà, à elle seule, de confirmer que le système de détection proposé par Bayer peut fonctionner à 60 km/h, force est de constater que la demande de participation et l'offre de Bayer contenaient en tout état de cause des précisions attestant du fait que le système de détection peut fonctionner à une vitesse de 60 km/h.
Les éléments suivants, repris dans la demande de participation et l'offre de Bayer, en attestent : *cfr* pièce n° 4, extraits de la demande de participation et de l'offre.

24. L'on relèvera d'ailleurs, comme mis en évidence par Infrabel dans sa note d'observations (*cfr* points n° 9 et 23), que cette dernière a posé, au cours de l'analyse des offres, certaines questions à Bayer, et que l'une de ces questions concernait précisément les engagements et garanties fournis dans sa demande de

participation et son offre à propos la capacité de traitement du train à 60 km/h. Sur base des réponses fournies par Bayer, en sus des éléments déjà présents dans sa demande de participation et son offre, la position d'Infrabel a naturellement été confortée et cette dernière a ainsi légitimement pu conclure que le système proposé par Bayer pouvait effectivement fonctionner à une vitesse de 60 km/h.

25. Par ailleurs, et pour autant que de besoin, Bayer dispose en tout état de cause de nombreux documents officiels attestant que le système de détection et de pulvérisation proposé dans son offre ("Smart Weeding System") fonctionne bel et bien à une vitesse de 60 km/h et qui viennent donc corroborer ce que Bayer avait déjà précisé et documenté dans sa demande de participation et son offre, ce sur base de quoi Infrabel avait légitimement pu conclure que l'offre de Bayer était conforme aux spécifications techniques et donc régulière.
Certes, ces documents sont postérieurs à la notification de la décision d'attribution du marché mais ils viennent de manière évidente attester d'une situation antérieure existante et donc simplement confirmer, à titre superfétatoire, des éléments qui figuraient déjà dans le dossier de Bayer.
Ainsi, et à titre d'exemple :

- Une lettre émanant de Socofer, le constructeur des Smart Weeding Trains, confirme le mode de travail à 60km/h (…);
- Une lettre de Bilberry, le concepteur du système de détection (https://bilberry.io/), confirme que le système fonctionne à la vitesse de 60 km/h (…);
- Le Ministre des transports belge confirme, dans son rapport de complétude délivré par le Service de sécurité et d'interopérabilité des Chemins de fer, la vitesse de travail de 60 km/h (…).

26. Il ressort de ce qui précède que contrairement à ce que prétend la partie requérante, la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en déclarant l'offre de Bayer régulière. En effet, Infrabel a raisonnablement et à juste titre pu déduire des précisions reprises dans la demande de participation et l'offre de Bayer que le système de détection et de pulvérisation proposé, outre qu'il était "éprouvé", pouvait également fonctionner à une vitesse de 60 km/h et répondait ainsi aux spécifications techniques du CSC. L'offre de Bayer était donc régulière.

27. La partie intervenante s'en réfère, pour le surplus, à la note d'observations de la partie adverse.

28. Il en résulte que le moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux ».

D. Plaidoiries

La requérante a soutenu que l'interprétation de la prescription litigieuse (relative à la détection automatisée de la végétation), devait prendre appui sur le sens de ses dispositions, sur l'effet utile de celles-ci et sur leur raison d'être. Au regard de ces directives d'interprétation, elle a notamment fait valoir que les systèmes de détection de la végétation proposés par les soumissionnaires devaient être éprouvés pour vérifier leur efficience, qualité qu'elle juge essentielle (à en juger notamment à la lecture de la page 6 du cahier spécial des charges). L'effet utile de cette prescription impose, par ailleurs, de considérer qu'il ne sert à rien de soutenir qu'une solution technique permet de garantir une vitesse d'exploitation de 60 km/h si elle n'a jamais été mise en œuvre, la requérante ajoutant que la preuve de l'aptitude de la

solution technique à garantir cette vitesse ne se confond pas avec celle de la capacité à exécuter un marché similaire. La requérante a estimé que la thèse des parties adverse et intervenante selon laquelle l'interprétation sous-jacente au moyen serait contraire au principe de concurrence repose sur une supputation émise pour les besoins de la cause, à savoir qu'elle serait le seul opérateur économique apte à répondre aux exigences requises. Elle a encore fait valoir que l'interprétation donnée par la partie adverse dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'État rend ambigüe la prescription litigieuse et modifie sa portée, en méconnaissance notamment des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence.

La partie adverse a estimé que, dans l'interprétation de la prescription litigieuse, il fallait avoir égard à l'objet du marché, au contexte dans lequel il est passé et à la logique à laquelle il répond, cette logique voulant que si les opérateurs ne peuvent se prévaloir de prestations antérieures assurées à une vitesse de 60 km/h, ils sont néanmoins tenus d'effectuer de telles prestations à 60 km/h pour répondre aux exigences du marché actuellement en cause. Elle a particulièrement fait valoir à ce sujet que l'exigence d'un système « éprouvé » et celle d'une capacité de fonctionnement à 60 km/h étaient deux choses distinctes et que les lier contredit la manière dont le cahier spécial des charges a été structuré. Elle a, par ailleurs, soutenu, que son cahier spécial des charges doit être interprété avec cohérence avec les objectifs qu'elle poursuit et avec l'exigence de concurrence, de sorte que, après avoir sélectionné des candidats, elle n'allait pas diffuser le cahier spécial des charges en l'interprétant dans un sens contraire à la logique de sélection qualitative; or, selon elle, l'interprétation prônée par la requérante conduit à imposer au stade de la régularité des offres une exigence (à savoir la mise à l'épreuve de la technologie proposée au regard de la vitesse de fonctionnement de 60 km/h) qui n'était pas imposée au stade de la sélection qualitative, puisque l'obligation de disposer d'un train avec vitesse de fonctionnement de 60 km/h (« Critère de sélection n° 2 : exigences minimales relatives au train de désherbage proposé et au personnel d'accompagnement ») était clairement distincte de celle de production de références de prestations (« Critère de sélection qualitative n° 4 : références d'exécution »). La partie adverse estime donc qu'au regard d'une interprétation de la prescription litigieuse tenant compte de la distinction entre l'exigence de « système éprouvé» et celle d'une capacité de fonctionnement à 60 km/h, le système proposé par l'intervenante doit être considéré comme éprouvé.

L'intervenante a souligné le fait que les extraits de cahiers spéciaux de charge rendant compte des exigences techniques imposées dans d'autres pays constituent un début de preuve de ce que la vitesse de fonctionnement est généralement limitée à un maximum de 50-55 km/h, au regard de laquelle l'exigence de 60 km/h imposée sur le réseau ferroviaire de la partie adverse revêt un caractère

exceptionnel. Elle a, par ailleurs, mis en évidence le fait que les questions suscitées par le moyen doivent être traitées à la lumière de l'articulation entre la sélection qualitative et les spécifications techniques. Elle a particulièrement fait valoir à ce sujet que celles-ci sont, en quelque sorte, le miroir de ce qui était demandé en sélection qualitative, de sorte qu'elles doivent être interprétées à la lumière des dispositions régissant cette sélection qualitative. Elle en a déduit qu'il serait dépourvu de sens d'ajouter, au niveau des exigences techniques, une référence qui n'était pas requise au stade de la sélection qualitative. Elle a enfin déclaré ne pas apercevoir comment la requérante aurait – dans une lecture différente de la prescription litigieuse – remis une offre différente, alors qu'elle fonctionne déjà à la vitesse imposée, de 60 km/h.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Selon la première branche, c'est en méconnaissance des dispositions législatives et réglementaires relatives à la vérification de la régularité des offres, et de celles du cahier spécial des charges qui fixent les exigences techniques minimales, que la partie adverse a admis la régularité de l'offre de l'intervenante alors que celle-ci ne serait, selon la requérante, pas en mesure de démontrer qu'elle dispose d'un système de détection de la végétation conforme aux prescriptions des documents du marché. Elle fait valoir, en particulier, que ce système n'aurait pas été « éprouvé », au sens du cahier spécial des charges, à une vitesse de 60 km/h. La partie adverse soutient, pour sa part, avoir admis la régularité de l'offre de la requérante dans le respect de ce qu'exigeait la prescription litigieuse des documents du marché, prescription dont elle reproche à la requérante de donner une interprétation erronée et intentionnellement déformante, alors que – selon elle – l'exigence de fonctionnement à 60 km/h n'était pas liée à la démonstration du caractère « éprouvé » du système de détection proposé.

Au vu des écrits de procédure et de ce qui a été plaidé à l'audience, il apparaît que l'examen du moyen impose, pour départager les thèses en présence, de statuer sur le sens de la prescription litigieuse du cahier spécial des charges. Celle-ci est libellée comme suit :

> « Infrabel s'est engagé à utiliser des techniques sélectives d'épandage afin de réduire l'usage des herbicides. La détection automatisée de la végétation désigne toute technique conçue pour cibler automatiquement les zones à traiter et ainsi limiter les quantités d'herbicides utilisées.
>
> Cette technologie doit être opérationnelle tant de jour que de nuit.
>
> Pour le désherbage de nuit, un éclairage est autorisé pour appuyer la détection de la végétation. Cet éclairage doit toutefois être conforme aux

règles en vigueur. Voir en particulier la nécessité d'éviter tout risque d'éblouissement des autres convois ferroviaires.

Il est dès lors essentiel que le train soit équipé de cette technologie qui consiste en :

- Un ou des détecteurs conçu(s) et étalonné(s) pour identifier spécifiquement la végétation.
- Transmission avec une célérité suffisante des données vers l'ordinateur de bord qui sélectionnera automatiquement les gicleurs les plus appropriés en fonction des zones vertes détectées. Ces données seront enregistrées en continu pour permettre une exploitation ultérieure : voir section 3 de la sixième partie.
- Le système de détection doit pouvoir fonctionner de manière automatisée à une vitesse de 60 km/h.

Infrabel ne prendra en compte que les systèmes éprouvés de détection de la végétation, c'est-à-dire une technologie évaluée pendant au moins quatre campagnes de désherbage ou à défaut 120 parcours de désherbage (référence 150 km par parcours) dans un réseau ferré de taille au moins similaire à celui d'Infrabel.

Le prestataire de service doit pouvoir démontrer les économies potentiellement réalisables par son système.

Infrabel se réserve le droit de contacter un utilisateur de référence pouvant témoigner d'une expérience utile par rapport à la technologie de détection proposée ».

Il en ressort que, pour répondre à ses besoins, la partie adverse a exigé, d'une part, que le soumissionnaire fasse offre pour la location d'un train équipé d'une technologie répondant à trois spécifications (identification de la végétation par le(s) détecteur(s); transmission avec célérité suffisante et enregistrement des données; vitesse de fonctionnement de 60km/h) regroupées au sein du quatrième alinéa et présentées visuellement, par une « puce » identique, comme étant de rang égal et, d'autre part, que la technologie proposée dans cette offre soit éprouvée (au moins quatre campagnes de désherbage ou 120 parcours de 150 km) (cinquième alinéa), la partie adverse se réservant, complémentairement, le droit de contacter un utilisateur de référence pouvant témoigner d'une expérience utile « par rapport à la technologie de détection proposée » (septième alinéa).

Le libellé de cette prescription fait clairement apparaître la volonté de la partie adverse de s'assurer, par les moyens de vérification annoncés, de ce que la technologie proposée par le soumissionnaire pour répondre aux trois spécifications précitées avait fait ses preuves, de sorte qu'elle puisse être présumée apte à satisfaire les attentes exprimées dans les documents du marché. Par ailleurs, au vu de la structure de cette prescription et de l'articulation des dispositions qui la composent, rien ne permet de considérer que l'exigence de mise à l'épreuve n'aurait valu qu'à l'égard des réponses apportées aux deux premières spécifications, et non à la troisième, relative à la vitesse de fonctionnement; il doit être relevé, à ce propos, que

l'intervenante – qui, au point 11 de sa requête, reproche à la requérante de tenter de lier insidieusement deux exigences distinctes (à savoir la vitesse de fonctionnement et la mise à l'épreuve) – appuie elle-même son raisonnement sur un extrait de la prescription litigieuse qui ne rend pas fidèlement compte de la structure de celle-ci, telle qu'elle ressort du cahier des charges. Enfin, le Conseil d'État n'aperçoit pas – en extrême urgence et à défaut d'indications qui devraient le déterminer à raisonner autrement – quelle serait la portée utile d'une prescription exigeant une mise à l'épreuve au titre de garantie de la fiabilité d'une technologie, si les différentes caractéristiques attendues de celle-ci ne devaient pas être éprouvées, et ce alors que la partie adverse n'avait pas expressément annoncé aux opérateurs concernés que l'une de ces caractéristiques imposées échappait à l'obligation combinée de mise à l'épreuve.

Ces éléments imposent de considérer que l'énoncé des exigences relatives à la détection automatisée de la végétation n'offre pas appui aux thèses soutenues par les parties adverse et intervenante et ne permet pas de leur reconnaître le sens que celles-ci entendent leur attribuer, et ce en dépit des termes clairs en lesquels ces prescriptions sont libellées.

Les arguments développés par les parties adverse et intervenante pour faire prévaloir le sens qu'elles entendent opposer à celui que suppose nécessairement le moyen amènent, avant tout, à rappeler la directive générale d'interprétation des règles de droit selon laquelle un texte clair ne s'interprète pas, même s'il ne paraît pas correspondre à la volonté de son auteur, sous peine d'induire en erreur les tiers, qui n'ont pas connaissance de la volonté réelle de celui-ci. Cette directive générale emporte deux conséquences dans le cas d'espèce : d'une part, la circonstance qu'une application de la prescription litigieuse, dans le sens qu'appellent sa structure et ses termes clairs, aboutisse à produire, selon la partie adverse, des effets contraires aux objectifs prétendument poursuivis (notamment et ainsi que l'ont plaidé les parties adverse et intervenante, en ce que serait introduite au titre de condition de régularité une exigence qui n'avait pas été imposée comme condition de sélection qualitative) pose, le cas échéant, question sur la manière dont le libellé de cette prescription traduit cette volonté de la partie adverse et, partant, sur le respect du principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, principe imposant notamment à l'adjudicateur de veiller, par une formulation univoque des conditions du marché, à l'accessibilité et à l'intelligibilité de celles-ci; cette circonstance ne justifie, en toute hypothèse, pas que la prescription en cause soit entendue dans un sens dont ne rendent compte ni cette structure, ni ces termes clairs. D'autre part, la partie adverse ne peut – au nom d'un risque d'atteinte à la concurrence – appliquer la prescription litigieuse à l'encontre des termes clairs en lesquels elle l'a elle-même rédigée, et, ce faisant, porter atteinte aux principes de

transparence et, partant, d'égalité expressément consacrés par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Par ailleurs, au regard de la directive générale qui vient d'être rappelée et des conséquences qu'elle produit en l'espèce, il n'y a pas lieu d'avoir égard à l'intention, prêtée par la partie adverse à la requérante, de vouloir maintenir le monopole de fait dont celle-ci bénéficierait actuellement, cette préoccupation étant indifférente aux considérations qu'appelle l'examen du moyen.

Enfin, au point 12 de sa requête, l'intervenante conclut au caractère distinct des exigences de vitesse de fonctionnement et de mise à l'épreuve. Elle peut certes être suivie sur ce point, en tant que la première (à l'instar des exigences relatives à l'identification de la végétation et à la transmission des données) relève des spécifications auxquelles doit répondre le train proposé, tandis que la deuxième porte sur la manière dont la fiabilité de la technologie proposée doit être établie par le soumissionnaire. La distinction ainsi mise en évidence par l'intervenante entre ces deux exigences n'exclut toutefois pas que celles-ci doivent, pour l'application de la prescription litigieuse, être combinées. À l'instar de la partie adverse qui a développé une argumentation similaire en termes de plaidoiries, l'intervenante ne peut donc être suivie lorsqu'elle en déduit que la partie adverse « n'imposait donc pas aux soumissionnaires qu'ils démontrent, au moyen de références, que le système de détection proposé avait déjà fonctionné à une vitesse de 60 km/h ».

Les développements qui précèdent imposent de constater qu'en tenant pour régulière l'offre de l'intervenante sans avoir vérifié que le système de détection proposé avait une capacité de vitesse de fonctionnement de 60 km/h « éprouvée » au sens de la prescription litigieuse, ce que la partie adverse ne conteste pas à proprement parler, celle-ci a, *prima facie*, méconnu cette prescription et, partant, les dispositions législatives et réglementaires relatives à la vérification de régularité des offres.

Dans ces circonstances, il est vain de tenter d'établir que le train proposé par l'intervenante avait bien une capacité de vitesse de fonctionnement de 60 km/h, cette capacité n'étant pas en cause, mais bien le fait que son caractère « éprouvé » n'a pas été vérifié, alors qu'une telle exigence ressortait de la prescription litigieuse. Si la critique formulée à ce propos par le moyen devait, comme le reproche la partie adverse au point 22 de sa note d'observations, apparaître purement formelle, il s'agirait de mettre en cause un effet de la combinaison prescrite entre l'exigence de capacité de vitesse de fonctionnement et celle de démonstration du caractère éprouvé du système au regard de cette vitesse. Même s'il ne correspond pas à la volonté de la

partie adverse, cet effet ne justifie, une fois encore, pas une application de la prescription litigieuse contraire au sens qu'appellent ses termes clairs.

Il suit de l'ensemble de ces développements que le moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de sa candidature et de son offre, telles que celles-ci seront vraisemblablement versées au dossier administratif.

La partie adverse dépose un dossier administratif confidentiel, constitué de huit pièces, identifiées sous les références A.1. à A.4., B.1. à B.3. et C.1.. La candidature et l'offre de la requérante y sont identifiées comme étant les pièces B.1. et B.2.

L'intervenante dépose à titre confidentiel huit pièces, numérotées de 1 à 8.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la SA Bayer CropScience est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du Comité de Direction de la SA de droit public Infrabel du 24 février 2021 par laquelle il décide d'attribuer le marché n° 57/52/0/19/024, concernant l'accord-cadre de désherbage des voies principales, location d'un train épandeur accompagné par du personnel qualifié sur le réseau ferré complet en Belgique, pour une durée de 4 ans, à la firme Bayer CropScience SA-NV pour un montant total de € 2.640.000, est ordonnée.

La demande de suspension est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A1 à A4, B1 à B3 et C1, constituant le dossier administratif confidentiel et les pièces 1 à 8 du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre siégeant en référé, le 9 avril 2021 par :

David De Roy, conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Nathalie Roba David De Roy