

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 251.305 du 27 juillet 2021

A. 234.047/VI-22.095

En cause : **la société de droit allemand KRAIBURG STRAIL GmbH & CO. KG,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Chris SCHIJNS et
Dieter TORFS, avocats,
Grotestraat 122
3600 Genk,

contre :

la société anonyme de droit public INFRABEL,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Anne-Sophie BOUVY et
Nicolas CARIAT, avocats,
Central Plaza
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

ROSEHILL POLYMERS Ltd,
ayant élu domicile chez
M^{es} Stijn VERBIST et Gaël BEDERT, avocats,
Torenvenstraat 16
2560 Kessel.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 juillet 2020 par la voie électronique, la société de droit allemand Kraiburg Strail GmbH & CO. KG demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision motivée du 22.06.2021 qui stipulait que la requérante n'avait pas été retenue pour les lots 1, 2 et 3 du marché public de fournitures ayant pour objet des livraisons de panneaux en caoutchouc pour [passages à niveau], Cahier spécial des charges n° 11C/0000656288/6000281140 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 8 juillet 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 juillet 2021.

Par une requête introduite le 15 juillet 2021, Rosehill Polymers Ltd demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M. Luc Donnay, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Caroline Pincemin, *loco* M^{es} Chris Schijns et Dieter Torfs, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Nicolas Cariat, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Gaël Bedert, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Depuis une vingtaine d'années, la société Kraiburg Strail GmbH & CO. KG fournit à la société anonyme de droit public Infrabel (et à la SNCB à laquelle elle a succédé) des panneaux en caoutchouc destinés à équiper les passages à niveau du réseau ferroviaire de manière à permettre leur traversée de manière aisée et sécurisée.

2. En 2014, Infrabel établit un document applicable aux systèmes de qualification qui portent notamment sur les panneaux en caoutchouc pour passage à niveau. En 2019, ce document est intitulé « Spécification administrative Y15 Qualification de fournisseurs de fournitures »

Ce document décrit entre autres la procédure relative au système de qualification ainsi que les conditions auxquelles un fournisseur doit satisfaire pour pouvoir être qualifié et le rester. À côté du processus de qualification ordinaire qui prévoit notamment une commande d'essai pour tests, le document Y15 prévoit un « processus de qualification simplifié » qui a lieu sur la base d'un dossier administratif et d'un dossier technique mais sans réalisation de test.

3. En 2015, Infrabel établit un document intitulé « Spécification technique L-91-I Fourniture de panneaux en caoutchouc pour passage à niveau ». Ce document, révisé en 2018, classe les panneaux en quatre catégories, par ordre croissant de robustesse.

Ainsi, dès 2015, il existe le système A pour les piétons, le système B pour le « trafic routier léger et [la] circulation de service », le système C pour le « trafic routier et ferroviaire normal » et le système D pour le « trafic routier lourd ».

Ce document précise notamment que « [s]euls les fabricants qualifiés seront invités à remettre une offre » ; que « [p]our chaque fabricant, la qualification est valable par produit et par site de production », que « [s]euls les produits qui sont mentionnés dans la notification de la qualification conformément à la spécification technique Y15 peuvent être proposés », que « [l]a qualification s'effectue par système » et qu'« [u]ne qualification pour le système le plus lourd (d) signifie une qualification automatique pour tous les systèmes plus légers (a, b et c) ».

4. Le 21 janvier 2021, Infrabel lance un marché de fournitures de panneaux en caoutchouc pour passage à niveau sous la forme d'un accord-cadre d'une durée de huit ans. Ce marché est, selon le cahier spécial des charges, attribué sur la base d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Il s'inscrit dans le contexte d'un système de qualification.

Le marché est scindé en quatre lots :

- « Lot 1 : Panneaux de passage à niveau pour le trafic piétonnier uniquement CL 1 - 2
- Lot 2 : Panneaux de passage à niveau pour la circulation routière légère et les routes de service CL 3 - 7
- Lot 3 : Panneaux de passage à niveau pour la circulation routière normale CL 8-11
- Lot 4 : Pièce[s] de rechange ».

Le cahier spécial des charges indique que l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base du prix. Il prévoit encore que la

comparaison des offres sera réalisée sur la base d'un volume de commandes fictives qu'il précise.

Pour les trois premiers lots, l'entité adjudicatrice indique le nombre de mètres de panneaux estimés par an en précisant le matériel concerné. C'est ainsi que le lot 2 vise l'« InnoStrail (firma : Strail) » et le « Rosehill Road rodded system (firma : Rosehill) », tandis que le lot 3 vise le « Strail (firma : Strail) » et le « Rosehill Extreme rodded system (firma : Rosehill) ».

5. Il ressort du procès-verbal électronique d'ouverture des offres que les deux soumissionnaires qualifiés, soit la partie requérante et la partie intervenante, ont déposé une offre dans le délai imparti.

La partie requérante a remis offre pour chacun des quatre lots, tandis que la société Rosehill Polymers a remis offre pour les trois premiers.

6. Constatant que la partie requérante avait, s'agissant du lot 3, proposé son produit *Innostrail*, Infrabel invite celle-ci, par un courrier du 8 mars 2021, à remettre une offre avec le produit *Strail Premium*, au motif que le produit *Innostrail* n'est pas qualifié pour le lot 3, lequel est destiné à une circulation normale. Rappelant que la qualification est valable par produit, Infrabel propose également à la requérante d'introduire, pour son produit *Innostrail*, une demande de qualification valable pour les conditions d'usage du lot 3.

7. Par des courriers de mars 2021, la partie requérante soutient notamment que son produit *Innostrail* rencontre les spécifications techniques requises dans le lot 3 et qu'elle n'aperçoit dès lors pas pour quelle raison elle serait obligée de proposer son produit *Strail Premium*, plus coûteux que l'*Innostrail*, alors que l'ensemble de ses produits sont certifiés par Infrabel.

8. Il ressort du procès-verbal électronique d'ouverture des offres que les deux soumissionnaires qualifiés ont déposé une offre améliorée dans le délai imparti.

La partie requérante a remis offre pour chacun des lots, tandis que la société Rosehill Polymers a remis offre pour les trois premiers. S'agissant du lot 3, la partie requérante a maintenu le produit *Innostrail* dans son offre.

9. Le 22 juin 2021, Infrabel attribue les trois premiers lots à la société Rosehill Polymers, tandis que le quatrième lot est attribué à la partie requérante. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 15 juillet 2021, Rosehill Polymers Ltd demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un moyen unique de la violation des articles 4, 53, 81, 83 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 74, § 1^{er}, et § 4, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 4, 5 et 8, §§ 1^{er} et 2, 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, des principes généraux du droit administratif et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de comparaison effective des offres, de l'obligation de motivation, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence, ainsi que du principe *patere legem quam ipse fecisti*.

En une première branche, elle fait état d'une atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires.

S'agissant de l'attribution des lots 1 et 2, elle considère que la motivation de l'acte attaqué est très brève, spécialement en ce qui concerne les *business cases* mentionnés dans le cahier spécial des charges. Elle soutient que cette motivation ne lui permet pas de comprendre « comment les différentes *business cases* ont été comparées et évaluées ». En outre, elle n'aperçoit pas comment ces lots ont pu être attribués à la société Rosehill alors que les produits de celle-ci n'ont fait l'objet d'aucun test.

S'agissant du lot 3, elle reproche à l'auteur de l'acte attaqué de ne pas avoir pris en compte les caractéristiques réelles de son produit *Innostrail* alors que, à son estime, celui-ci rencontre les spécifications techniques requises par ce lot, en particulier celles concernant sa résistance. Elle considère que ce produit est similaire

au *Rosehill Xtreme* proposé par l'attributaire du marché et elle n'aperçoit pas pour quelle raison elle n'aurait pu proposer que son produit *Premium* dans le cadre du lot 3. Elle ajoute que le cahier spécial des charges ne mentionne pas qu'elle était tenue d'offrir son produit *Premium* dans le lot 3 parce qu'elle l'aurait déjà fait dans le passé. Elle conclut que son produit *Premium* et le *Rosehill Xtreme* ne sont pas comparables.

En une deuxième branche, elle soutient qu'un *powerpoint* établi par les services de la partie adverse le 17 juin 2021, soit avant l'attribution du marché, indique que les co-contractants de celle-ci « doivent travailler avec Rosehill Xtreme ». Elle regrette que la décision d'attribution du marché ne lui a été communiquée que par un courrier du 24 juin 2021, alors que la réglementation impose que cette communication ait lieu immédiatement.

En une troisième branche, elle soutient que « concernant les lots 1 et 2 c'est clair qu'il n'est pas démontré que les produits proposés par Rosehill répondent aux exigences techniques, du moins cela ne ressort pas de la proposition d'attribution de marché », outre qu'elle n'estime pas être en mesure, sur la base du rapport, de vérifier si le marché a été attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

En ce qui concerne le lot 3, elle fait grief à l'auteur de l'acte attaqué d'avoir pris en considération sa brochure d'information de son produit *Innostrail* et non les véritables caractéristiques techniques de ce produit. Elle réitère pour le surplus une série d'arguments identiques à ceux avancés à l'appui de la première branche.

V.2. Examen prima facie

A. Sur les première et troisième branches réunies

1. S'agissant des trois premiers lots, la décision d'attribution est motivée comme suit :

« 4. Analyse des offres :

4.1 Lot 1

Suite à l'analyse des offres, un RFQ2 a été envoyé aux firmes le 02/03/2021 afin de leur permettre d'améliorer leurs offres. Les firmes Kraiburg Strail GMBH & CO. KG et Rosehill Polymers LTD ont donné une suite favorable à la demande d'Infrabel avant la date de remise des RFQ 2 prévue le 18/03/2021- 12h.

Les soumissionnaires ne se trouvent pas dans un des motifs d'exclusion visés à l'article 67 du Cahier spécial des charges régissant le présent marché.

Les prix repris dans les RFQ 2 introduits par les 2 sociétés ont été vérifiés en vertu de l'article 43 de l'AR du 18/06/2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux et aucune suspicion d'anormalité de prix n'a été détectée.

Après analyse et vérifications, les RFQ2 déposés par les deux soumissionnaires sont déclarés réguliers.

L'article 153 du Cahier spécial des charges régissant le présent marché stipule que pour attribuer le lot 1, l'adjudicateur se fonde sur l'offre économiquement la plus avantageuse. L'offre économiquement la plus avantageuse est ici déterminée sur la base du prix (TVA non comprise).

Le Cahier spécial des charges précise encore que, pour le lot 1, les prix seront comparés sur base de l'annexe du CSC qui reprend les "business cases" définis (en fonction de configurations différentes de passages à niveau) : Annexe [4]: Case Inventaire – A.

Il a également été demandé aux soumissionnaires d'indiquer les prix unitaires dans l'annexe du CSC (Annexe [5]: Inventaire Catalogue – B), ces prix devant correspondre à ceux indiqués dans l'annexe [4] : Case Inventaire – A.

Le nombre de passages à niveau pris en considération pour la comparaison des offres pour le lot 1 a été établi sur base du volume estimé de commandes fictives suivant :

[Tableau reprenant différentes longueurs de passages à niveau, exprimées en mètres]

Sur base de ce qui précède, le classement des offres est le suivant :

[Tableau reprenant le classement des deux offres en fonction de leur prix]

La firme Rosehill Polymers LTD est économiquement la plus avantageuse pour Infrabel pour le lot 1.

4.2 Lot 2

Suite à l'analyse des offres, un RFQ2 a été envoyé aux firmes le 02/03/2021 afin de leur permettre d'améliorer leurs offres. Les firmes Kraiburg Strail GMBH & CO. KG et Rosehill Polymers LTD ont donné une suite favorable à la demande d'Infrabel avant la date de remise des RFQ 2 prévue le 18/03/2021- 12h. Les soumissionnaires ne se trouvent pas dans un des motifs d'exclusion visés à l'article 67 du Cahier spécial des charges régissant le présent marché.

Les prix repris dans les RFQ 2 introduits par les 2 sociétés ont été vérifiés en vertu de l'article 43 de l'AR du 18/06/2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux et aucune suspicion d'anormalité de prix n'a été détectée.

Après analyse et vérifications, les RFQ2 déposés par les deux soumissionnaires sont déclarés réguliers.

L'article 153 du Cahier spécial des charges régissant le présent marché stipule que pour attribuer le lot 2, l'adjudicateur se fonde sur l'offre économiquement la plus avantageuse. L'offre économiquement la plus avantageuse est ici déterminée sur la base du prix (TVA non comprise).

Le Cahier spécial des charges précise encore que, pour le lot 2, les prix seront comparés sur base de l'annexe du CSC qui reprend les "business cases" définis (en fonction de configurations différentes de passages à niveau) : Annexe [4]: Case Inventaire – A.

Il a également été demandé aux soumissionnaires d'indiquer les prix unitaires dans l'annexe du CSC (Annexe [5]: Inventaire Catalogue – B), ces prix devant correspondre à ceux indiqués dans l'annexe [4] : Case Inventaire – A.

Le nombre de passages à niveau pris en considération pour la comparaison des offres pour le lot 2 a été établi sur base du volume estimé de commandes fictives suivant :

[Tableau reprenant différentes longueurs de passages à niveau, exprimées en mètres]

Sur base de ce qui précède, le classement des offres est le suivant :

[Tableau reprenant le classement des deux offres en fonction de leur prix]

La firme Rosehill Polymers LTD est économiquement la plus avantageuse pour le lot 2.

4.3 Lot 3

Suite à l'analyse des offres, un RFQ2 a été envoyé aux firmes le 02/03/2021 afin de leur permettre de compléter et améliorer leurs offres. Les firmes Kraiburg Strail GMBH & CO. KG et Rosehill Polymers LTD ont donné une suite favorable à la demande d'Infrabel avant la date de remise des RFQ 2 prévue le 18/03/2021-12h.

Les soumissionnaires ne se trouvent pas dans un des motifs d'exclusion visés à l'article 67 du Cahier spécial des charges régissant le présent marché.

Les prix repris dans les RFQ 2 introduits par les 2 sociétés ont été vérifiés en vertu de l'article 43 de l'AR du 18/06/2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux et aucune suspicion d'anormalité de prix n'a été détectée.

Pour rappel, Infrabel souhaite acquérir des panneaux de passage à niveau pour la circulation routière normale dans le cadre de ce lot (voir article 137 du Cahier spécial des charges). Ceci est par ailleurs rappelé dans les inventaires LC 8, 9, 10 et 11 de l'annexe A Case Prijsaanvraag Demande de prix - RFQ 2 joints au Cahier spécial des charges.

Dans le dossier technique que Kraiburg Strail GMBH & CO. KG a introduit lors de sa demande de qualification, la firme fait état de l'étendue de sa gamme de produits et distingue particulièrement les modèles STRAIL (Premium) et innoSTRAIL comme suit :

- STRAIL – le système haut de gamme pour tous les passages à niveau: STRAIL, le système haut de gamme (Premium) convient parfaitement aux profils d'utilisation les plus courants. Ce système qui résiste aux charges lourdes (...). Le système haut de gamme STRAIL Premium convient aux passages à forte fréquentation et aux véhicules de toute catégorie (...). Il est par ailleurs mentionné que ce produit est à utiliser pour les axes principaux.

- innoSTRAIL – Le système particulièrement économique: innoSTRAIL est un système recommandé pour les passages à niveau de moyenne fréquentation (...).

Outre ces précisions, STRAIL transmet à Infrabel le document intitulé “Description technique suivant L-91-1 Système modulaire de passages à niveaux en dalles caoutchouc”. Celui-ci fait état que “la gamme de système de PN STRAIL est constituée de différents modèles dont le choix est fonction du type d’utilisation finale. (...) Il existe 5 types de PN caoutchouc dans la gamme STRAIL :

- STRAIL PREMIUM: (...) Prévu pour la circulation de voitures, camions en utilisation standard ou fréquence plus importante. Utilisation principale = tout type de routes.
- innoSTRAIL : (...) Prévu pour la circulation de voitures, camions et engins de chantier (pelles rail-route,...) mais en fréquence faible. Utilisation principale = traversées véhicules en gare de formation, PN d’accès engins dans tunnel et routes de campagne”.

C’est donc logiquement que, lors de sa demande de qualification, Kraiburg Strail GMBH & CO. KG a proposé à Infrabel de qualifier les panneaux de sa gamme STRAIL PREMIUM pour les passages à niveau où une circulation routière normale a lieu. C’est par ailleurs ce produit que l’adjudicateur a qualifié pour cette finalité d’utilisation. Infrabel a par ailleurs qualifié les panneaux de la gamme innoSTRAIL uniquement pour les passages à niveau pour circulation routière légère et les routes de services.

Cependant, en contradiction avec ses propres descriptifs techniques précités et la décision d’Infrabel de qualifier les panneaux STRAIL PREMIUM pour les passages à niveau où une circulation routière normale a lieu et l’innoSTRAIL pour les passages à niveau pour circulation routière légère et les routes de services, la firme Kraiburg Strail GMBH & CO. KG soumissionne en proposant les panneaux innoSTRAIL à Infrabel pour le lot 3 alors que ce lot porte sur des passages à niveau où une circulation routière normale a lieu.

Les constatations énoncées dans le précédent paragraphe ont été transmises à Kraiburg Strail GM BH & CO. KG par courrier du 08/03/2021. Par la même occasion, Infrabel a alors suggéré au soumissionnaire de remettre offre pour le lot 3 avec le produit STRAIL PREMIUM sous peine de non-conformité de son offre.

Dans son courrier de réponse du 16 mars 2021, Kraiburg Strail GMBH & CO. KG indique, dans un premier temps, la classification suivante :

“ (...)

- b) système pour trafic routier léger et circulation de service;
LIGHT (100.000 voertuigen/jaar) = Lot 2
- c) système pour trafic routier et ferroviaire normal;
USUAL (300.000 voertuigen/jaar) = Lot 3
- d) système pour trafic routier lourd
HEAVY”.

En outre, elle reprend la subdivision des produits Kraiburg suivantes :

“ (...)

INNOSTRAIL → B & C

Prévu pour la circulation de voitures, camions et engins de chantier (pelles rail-route,...) mais en fréquence faible. Utilisation principale = traversées

véhicules en gare de formation, PN d'accès engins dans tunnel et routes de campagne.

STRAIL PREMIUM → B & C & D

Prévu pour la circulation de voitures, camions en utilisation standard ou fréquence plus importante. Utilisation principale = tout type de routes”.

Par ailleurs, le soumissionnaire ne modifie pas son offre pour le lot 3 et la maintient en proposant la gamme innoSTRAIL.

À la lecture du courrier de réponse du 16 mars 2021, Infrabel relève que c'est à tort que Kraiburg Strail GMBH & CO. KG renseigne que la gamme de produit Innostrail satisfait pour la catégorie C dès lors que (i) cette catégorie est relative au trafic routier et ferroviaire normal et que (ii) le libellé de la gamme Innostrail prévoit qu'elle est prévue pour “la circulation de voitures, camions et engins de chantier (pelles rail-route, ...) mais en fréquence faible. Utilisation principale = traversées véhicules en gare de formation, PN d'accès engins dans tunnel et routes de campagne”.

Eu égard à ce qui figurait dans le dossier de qualification (voir développements *supra*) et à ce qui précède, la gamme innoSTRAIL convient uniquement aux passages à niveau pour trafic routier léger et circulation de service. La gamme innoSTRAIL n'a pas été qualifiée pour les passages à niveau où une circulation routière normale a lieu.

Eu égard au fait que Kraiburg Strail GMBH & CO. KG a proposé et maintient un produit ne correspondant pas à celui qui a été qualifié par Infrabel pour les panneaux pour passages à niveau pour circulation routière normale, Infrabel est amenée à considérer l'engagement du soumissionnaire à fournir des panneaux rencontrant les conditions techniques requises pour le lot 3 comme inexistant. En conséquence de quoi, Infrabel déclare que l'offre de Kraiburg Strail GMBH & CO KG est affectée d'une irrégularité substantielle et la déclare nulle, en vertu de l'article 74 § 1^{er} et 4 alinéa 4 de l'Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Après analyse et vérifications, le RFQ 2 de Rosehill Polymers LTD est déclaré régulier.

Dès lors que parmi les RFQ 2 introduits dans le cadre de ce lot, seul celui de Rosehill Polymers LTD est déclaré régulier, la comparaison des offres conformément au critère d'attribution prévu à l'article 153 du Cahier spécial des charges est sans objet.

En conséquence, il est proposé d'attribuer le lot 3 à la firme Rosehill Polymers LTD pour un montant de € 13.144.320,00 ».

2.1. S'agissant des lots 1 et 2, la motivation que l'auteur de l'acte attaqué leur consacre n'est pas brève, contrairement à ce qu'affirme la partie requérante. Elle permet de comprendre pourquoi son auteur a attribué le marché à la société Rosehill Polymers, laquelle a remis l'offre la moins-disante.

Concernant les *business cases* évoqués, il s'agit simplement de l'opération mathématique, annoncée dans le cahier spécial des charges, visant à calculer le coût total du nombre de panneaux nécessaires, afin de permettre une comparaison adéquate des produits soumis, dès lors que les dimensions des

panneaux sont différentes parmi les offres et que tous les passages à niveau ne présentent pas la même configuration. À cet égard, la partie requérante ne prétend pas que le calcul effectué par rapport à son offre est erroné.

2.2. Enfin, il ressort des pièces B.2 et B.3 du dossier administratif confidentiel déposé par la partie adverse que les produits de la société Rosehill Polymers retenus pour les lots 1 et 2 sont bien qualifiés pour les usages que ces lots renseignent. L'absence de test ne remet pas en cause ce qui précède dès lors que, comme mentionné dans l'exposé des faits, le document Y15 met en place un processus de qualification simplifié, par rapport à la procédure ordinaire, qui a lieu sur la base d'un dossier administratif et d'un dossier technique sans nécessiter la réalisation de tests.

3.1. S'agissant du lot 3, l'article 148 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, intitulé « systèmes de qualification », dispose comme suit :

« § 1^{er}. Les entités adjudicatrices peuvent, si elles le souhaitent, établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économique.

Les entités qui établissent ou gèrent un système de qualification veillent à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés.

§ 2. Le système prévu au paragraphe 1^{er} peut comprendre plusieurs stades de qualification.

Les entités adjudicatrices établissent des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés, et des critères et règles objectifs de fonctionnement du système de qualification, portant sur des aspects tels que l'inscription au système, la mise à jour périodique des qualifications, le cas échéant, et la durée du système.

Lorsque ces critères et règles comportent des spécifications techniques, les articles 53 à 55 s'appliquent. Ces critères et ces règles peuvent au besoin être mis à jour.

§ 3. Les critères et les règles visés au paragraphe 2 sont fournis aux opérateurs économiques à leur demande. Ces critères et ces règles mis à jour sont communiqués aux opérateurs économiques intéressés.

Si l'entité adjudicatrice estime que le système de qualification de certaines entités ou organismes tiers répond à ses exigences, elle communique aux opérateurs économiques intéressés les noms de ces entités ou de ces organismes tiers.

§ 4. Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé; il peut être divisé en catégories par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable.

§ 5. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon des procédures restreintes ou négociées, dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

§ 6. Si des frais sont facturés pour les demandes de qualification ou pour la mise à jour ou la conservation d'une qualification déjà obtenue en vertu du système, ils sont proportionnés aux coûts occasionnés ».

Il ressort des termes de cette disposition que le propre d'un système de qualification est d'avoir uniquement égard aux produits préalablement qualifiés, sans tenir compte des caractéristiques intrinsèques d'autres produits qui n'ont pas reçu cette qualification, quand bien même l'opérateur économique serait qualifié pour d'autres produits. Partant, la partie requérante ne peut valablement reprocher à l'entité adjudicatrice de ne pas avoir tenu compte des caractéristiques d'un produit si celui-ci n'est pas, au préalable, qualifié pour l'usage spécifique auquel il est destiné.

3.2. La question de savoir si le produit *Innostrail* de la partie requérante bénéficiait de cette qualification pour les spécifications propres au lot 3 est plus délicate. En effet, il ressort tant des pièces produites par les parties que des plaidoiries que les qualifications reconnues par Infrabel aux produits de la partie requérante étaient globales et ne mentionnaient pas avec précision les systèmes pour lesquels elles étaient valables (à l'inverse des qualifications dont dispose la société Rosehill Polymers).

Il fait peu de doutes que la partie adverse aurait dû être plus précise dans ses décisions de qualification d'autant que, comme mentionné dans l'exposé des faits, le document L-91-I – en vigueur depuis plusieurs années – prévoit expressément que la qualification s'effectue par système.

Il convient néanmoins de déterminer si Infrabel a régulièrement pu considérer que seul le produit *Premium* de la partie requérante pouvait être qualifié pour le lot 3, à l'exclusion de son produit *Innostrail*.

Il résulte des différentes décisions reconnaissant ou prolongeant la qualification des produits de la partie requérante que cette qualification « est basée sur le dossier produit » par elle. Or, il ressort de son propre dossier soumis pour qualification que son produit *Innostrail* est prévu pour la circulation « mais en fréquence faible » et que l'utilisation principale de celui-ci concerne « la traversée [de] véhicules en gare de formation, [passages à niveau] d'accès [d'] engins dans tunnel et routes de campagne », alors que son produit *Premium* est « prévu pour la circulation de voitures, camions en utilisation standard ou fréquence plus importante ».

Ainsi, la partie requérante n'a pu raisonnablement croire que son produit *Innostrail* était qualifié pour le système C alors qu'elle-même renseigne dans son

dossier que l'utilisation principale de ce produit est prévu pour une circulation de fréquence faible. Dans le même sens, il ressort des débats de l'audience que les différentes commandes de panneaux relatives au système C passées – à plusieurs reprises au cours des années précédentes – par Infrabel à la partie requérante ont toutes porté sur le produit *Premium* et non sur son produit *Innostrail*. Par ailleurs, la partie requérante ne soutient pas que l'ensemble de ses produits seraient qualifiés pour les quatre systèmes de robustesse définis dans le document L-91-I, évoqué ci-avant.

Dès lors que le produit *Innostrail* n'était pas expressément qualifié pour le système C et que la partie requérante n'a pas pu raisonnablement croire que ce produit était reconnu pour un tel usage, le grief n'est pas sérieux.

4. Il s'ensuit que les première et troisième branche ne sont pas sérieuses.

B. Sur la deuxième branche

Outre que l'extrait du *powerpoint* évoqué dans la requête n'implique nullement que les services et prestataires d'Infrabel ont l'obligation de travailler avec les panneaux de la société Rosehill Polymers, il y a lieu de constater que la partie requérante n'en tire aucune conséquence réelle sur la légalité de l'acte attaqué. Ce grief est donc inopérant.

De la même manière, il est de principe qu'en l'absence de disposition en sens contraire, la notification tardive d'un acte administratif est sans incidence sur sa légalité.

Il s'ensuit que la deuxième branche n'est pas sérieuse.

En conclusion, le moyen unique n'est sérieux en aucune de ses trois branches.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande que les pièces A1 à A8, B1 à B7 et C1 à C3 du dossier confidentiel qu'elle dépose, soient déclarées confidentielles.

La partie intervenante demande que les pièces 8, 9, 11.1 à 11.6, 12.1.1 et 12.1.2, 14, 15 et 16 de son dossier de pièces qu'elle dépose, soient déclarées confidentielles.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par Rosehill Polymers Ltd est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces A1 à A8, B1 à B7 et C1 à C3 du dossier confidentiel de la partie adverse et les pièces 8, 9, 11.1 à 11.6, 12.1.1 et 12.1.2, 14, 15 et 16 du dossier de pièces de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé, le 27 juillet 2021, par la VI^e chambre des vacations siégeant en référé composée de :

Luc Donnay,
Florence Van Hove,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Luc Donnay