

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 252.176 du 19 novembre 2021

A. 234.795/VI-22.171

En cause : **la société anonyme SITEBA**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Mathilde VILAIN XIII, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

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

Parties requérantes en intervention :

1. la société anonyme PREFER PREFAB,
ayant élu domicile chez
M^{es} Aurélien VANDEBURIE et Jorien VAN BELLE, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles,

2. la société anonyme BETONFABRIEK DE BONTE,
ayant élu domicile chez
M^e Björn CLOOTS, avocat,
Jan Van Gentstraat 7
2000 Anvers,

3. la S.A.S. EMOFER,
ayant élu domicile chez
M^{es} François VISEUR et Pacôme NOUMAIR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 octobre 2021, la SA Siteba demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse le 28 septembre 2021, “de donner son approbation pour la

décision motivée d'attribution d'un accord-cadre, comprenant une période de base de 7 ans et de 1 reconduction de 1 an, aux firmes, listées ci-dessous, (...) :

- à la firme Prefer SA pour un montant total de € 95.124.000 pour les lots 2, 4 et 5;
- à la firme Betonfabriek De Bonte NV pour un montant total de € 82.020.000 pour les lots 1 et 6;
- à la firme Emofer S.A.S. (Fr) pour un montant total de € 46.190.400 pour les lots 3 et 7" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 octobre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 novembre 2021.

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

Par une requête introduite le 3 novembre 2021, la SA Prefer Prefab demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Par une requête introduite le 3 novembre 2021, la SA Betonfabriek De Bonte demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Par une requête introduite le 4 novembre 2021, la SAS Emofer demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

M^e Virginie Dor, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Bruno Lombaert et Nicolas Cariat, avocats, comparaissant pour la partie adverse, M^e Jorien Van Belle, avocat, comparaissant pour la première requérante en intervention, M^e Valérie Vandegaart, *loco* Björn Cloots, avocat, comparaissant pour la deuxième requérante en intervention et M^e François Viseur, avocat, comparaissant pour la troisième requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

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

« 1. La partie adverse, Infrabel, est l'adjudicateur d'un accord-cadre de fournitures "de traverses de type M41 et M42 et de prestations logistiques (chargement, transport et déchargement)".

Il s'agit d'un accord-cadre passé dans les secteurs spéciaux.

Un avis concernant l'existence d'un système de qualification a été publié au Bulletin des adjudications le 5 juillet 2019, et au Journal Officiel de l'Union européenne le 10 juillet 2019.

Une invitation à déposer offre a été envoyée aux entreprises qualifiées le 2 août 2021 (...).

2. Le Cahier spécial des charges (ci-après le "CSC") précise que la procédure d'attribution suivie en l'espèce est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (...).

L'unique critère d'attribution annoncé dans le CSC a trait au Coût Global total pour Infrabel (...):

L'adjudicateur se fonde, pour attribuer ce marché, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l'adjudicateur est déterminée :

sur la base du Coût Global total pour Infrabel.

3. L'accord-cadre est divisé en 7 lots (...):

- Lot 1 : Traverse M41 – 130 000 traverses par an;
- Lot 2 : Traverse M41 – 100 000 traverses par an;
- Lot 3 : Traverse M41 – 60 000 traverses par an;
- Lot 4 : Traverse M41 – 40 000 traverses par an;
- Lot 5 : Traverse M41 – 30 000 traverses par an;
- Lot 6 : Supplément M42 (conversion par l'adjudicataire du lot de traverses M41 produites par lui en M42 par l'ajout d'USP) – 30 000 traverses par an;
- Lot 7 : Supplément M42 (conversion par l'adjudicataire du lot de traverses M41 produites par lui en M42 par l'ajout d'USP) – 30 000 traverses par an.

Il est cependant prévu que le Coût Global total faisant l'objet de l'unique critère d'attribution, tiendrait compte de la meilleure combinaison d'offres au regard de l'ensemble des lots (...):

- Seules les offres régulières seront évaluées sur base du critère d'attribution.
- Infrabel appliquera, selon les lots, les formules ci-dessous afin de déterminer le coût global relatif à chaque offre de prix.
- Infrabel analysera ensuite les résultats ainsi obtenus afin de définir laquelle des combinaisons des offres reçues représente pour elle le coût global total minimum.
- Les sociétés ayant remis une ou plusieurs des offres reprises dans cette combinaison se verront attribuer un ou plusieurs lots.

Par ailleurs, le CSC prévoit certaines règles d'attribution, s'agissant de la combinaison possible de plusieurs lots par attributaire (...) :

1) Pour les lots 1 à 4, le nombre maximum de traverses produites par adjudicataire est fixé à 140.000 :

Concernant les lots 1 à 4, afin de préserver la continuité de son approvisionnement en traverses pendant toute la durée de l'accord-cadre, Infrabel entend que le nombre envisagé de traverses produites par adjudicataire n'excède pas 140.000.

Ainsi, les soumissionnaires peuvent remettre offre :

- Pour le lot 1 ;
- Pour le lot 2 ;
- Pour le lot 3 ;
- Pour le lot 4 ;

Infrabel tolère les remises pour groupage de lots pour les combinaisons suivantes :

- Lot 2 + lot 4
- Lot 3 + lot 4

2) Les lots 6 et 7 ne peuvent être attribués qu'à des adjudicataires qui se sont vus attribuer au moins un des 4 premiers lots :

Les lots 6 et 7 ne peuvent être attribués qu'aux firmes qui ont gagné un lot parmi les lots 1, 2, 3 ou 4.

3) Les lots 6 et 7 ne peuvent pas être attribués au même adjudicataire, à moins qu'il n'y ait qu'une seule offre régulière :

Pour les lots 6 et 7, il ne peut être attribué qu'un maximum de 1 lot par soumissionnaire, sauf s'il n'y a qu'une offre régulière pour les lots 6 et 7 d'un seul soumissionnaire.

4. Le délai pour la remise des offres était fixé au 25 août 2021, à 18 heures (...). À cette date, 4 soumissionnaires ont déposé offre, dont la partie requérante (...) :

Les 4 firmes qualifiées ont soumis une offre pour le 25/08/21 18h00 au plus tard sur la plateforme e-tendering, à savoir :

- Betonfabriek De Bonte nv ;
- Prefer S.A. ;
- Siteba S.A. ;
- Emofer S.A.S. (FR).

5. Il ressort du rapport d'attribution que le classement final des offres est le suivant :

Firme	Montants totaux par firme	Lots
1. PREFER S.A.	95.124.000 €	Lots 2, 4 et 5
2. Betonfabriek DE BONTE nv	82.020.000 €	Lots 1 et 6
3. EMOFER S.A.S	46.190.400 €	Lots 3 et 7
TOTAL	223.334.400 €	

6. Le 28 septembre 2021, Infrabel a par conséquent adopté une décision d'attribution du marché litigieux, selon la répartition suivante (...) :

- Lots 2, 4 et 5 : Prefer SA pour un montant total de € 95.124.000;
- Lots 1 et 6 : Betonfabriek De Bonte NV pour un montant total de € 82.020.000;
- Lots 3 et 7 : Emofer S.A.S. pour un montant total de € 46.190.400.

Il s'agit de l'acte attaqué.

La non-attribution de ce marché a été notifiée à Siteba par courrier recommandé et par *e-mail* du 30 septembre 2021 (...).

7. La décision d'attribution ainsi transmise soulève cependant des questions, ayant mené les conseils de Siteba à adresser un courrier à Infrabel le 6 octobre 2021, qui se concluait comme suit (...) :

“Il découle de ce qui précède que la décision d'attribution du 28 septembre 2021 est irrégulière, en ce qu'elle ne respecte pas la méthode d'évaluation des offres annoncée dans le CSC, et n'identifie pas l'offre présentant le coût le plus bas pour l'adjudicateur.

Ce faisant, Infrabel a porté atteinte aux principes fondamentaux de *patere legem*, d'égalité des soumissionnaires et de transparence, ainsi qu'au principe de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse, tels que décrits ci-dessus.

Par conséquent, nous vous demandons sur cette base de bien vouloir retirer votre décision d'attribution. Malheureusement, vu l'imminence de l'échéance du délai de *standstill*, nous n'avons d'autre choix que de vous demander de nous revenir à ce sujet au plus tard pour ce vendredi 8 octobre 2021 à 18h, afin de nous permettre, le cas échéant, d'encore utilement pouvoir introduire un recours. Nous nous excusons du délai extrêmement court qui vous est ainsi laissé mais qui est, nous le regrettons, la conséquence des délais prévus par la réglementation.

Nous espérons vivement que vous comprendrez malgré tout la démarche constructive dans laquelle notre cliente s'inscrit.”

Par un courrier du 8 octobre 2021, Infrabel a répondu à ces observations comme suit (...) :

“Nous avons analysé avec attention votre courrier du 6 octobre 2021 transmis à cette date par *mail* relatif à la décision d'attribution du 28/09/2021 dans le marché de fournitures de traverses M41 et M42 régi par le Cahier spécial des charges n° 33C/0000677439.

Au terme de ladite analyse, nous estimons qu'aucun des éléments invoqués par Siteba n'est de nature à remettre en question la régularité de cette décision d'attribution.

En conséquence, Infrabel ne reverra pas sa décision motivée d'attribution.”

Cette réponse ne permettant pas à Siteba de comprendre la décision attaquée, et ne répondant d'aucune manière aux critiques formulées quant à celle-ci, ne laissait d'autre choix à Siteba que d'introduire la présente requête ».

IV. Requêtes en intervention

Par une requête introduite le 3 novembre 2021, la SA Prefer Prefab demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Par une requête introduite le 3 novembre 2021, la SA Betonfabriek De Bonte demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Par une requête introduite le 4 novembre 2021, la SAS Emofer demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaires de lots du marché litigieux, ces soumissionnaires ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir les différentes requêtes.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation des articles 4, 5, 81, 147, § 5 et 153, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des principes généraux du raisonnable, d'égalité de traitement et de transparence; du principe *patere legem quem ipse fecisti*; du CSC [et] du devoir de minutie », « [e]n ce que, l'accord-cadre n'a pas été attribué aux soumissionnaires dont l'offre permettait d'obtenir le Coût Global total le moins élevé pour Infrabel », « [a]lors que, l'adjudicateur doit attribuer l'accord-cadre sur base du critère d'attribution prévu dans les documents du marché, celui-ci devant nécessairement être interprété en ce sens qu'il permette d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l'adjudicateur, à savoir celle présentant le coût le plus bas pour l'ensemble des lots, lorsque le seul critère d'attribution a trait au Coût Global total ».

Elle développe ce moyen comme suit :

« (a) Les principes applicables

(i) Quant à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse

16. En vertu de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, "[l]e pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné."

Notons que cette disposition est rendue applicable aux secteurs spéciaux par l'article 153, 1°, de la même loi.

17. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse est explicitée comme suit, dans le considérant 94 de la Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (ci-après la "Directive 2014/25/UE") :

“Les critères d’attribution étant une notion essentielle de la présente directive, il importe par conséquent que les dispositions correspondantes soient présentées d’une manière aussi simple et rationnelle que possible. À cette fin, les termes □offre économiquement la plus avantageuse□ peuvent être utilisés comme notion prépondérante, puisque toutes les offres retenues devraient en fin de compte être sélectionnées en fonction de ce que l’entité adjudicatrice concernée considère comme étant la meilleure solution sur le plan économique parmi celles proposées.” (...).

Votre Conseil a déjà eu l’occasion de juger qu’un critère d’attribution qui n’a pas pour effet de mener à la désignation de l’offre économiquement la plus avantageuse, soit la meilleure solution sur le plan économique, est discriminatoire, et par conséquent illégal :

“Un tel sous-critère qui ne permet pas de valoriser l’offre économiquement la plus avantageuse mais qui est susceptible d’aboutir au contraire à une meilleure notation d’une offre économiquement moins avantageuse, sous prétexte qu’elle permettrait de prémunir la partie adverse des inconvénients précités, s’avère discriminatoire.”

Votre Conseil estime effectivement que “l’objectif de l’article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l’article 55 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession” est précisément de permettre “au pouvoir adjudicateur de juger du caractère concurrentiel des offres et d’identifier l’offre économiquement la plus avantageuse”.

18. Afin de déterminer quelle est l’offre économiquement la plus avantageuse, l’article 81 précité de la loi du 17 juin 2016 précise que l’adjudicateur peut choisir de fixer un critère d’attribution unique, relatif au prix ou au coût, ou plusieurs critères d’attribution, visant à déterminer le meilleur rapport qualité/prix.

(ii) Quant au critère d’attribution relatif au “coût”

19. Le critère d’attribution relatif au coût a été intégré dans la nouvelle réglementation relative aux marchés publics afin de pouvoir prendre en considération le coût global pour le pouvoir adjudicateur, qui est plus large que le prix d’achat à strictement parler.

Le considérant 101 de la Directive 2014/25/UE précise à cet égard que :

“Il convient donc de préciser que, sauf lorsque l’évaluation est exclusivement fondée sur le prix, les entités adjudicatrices peuvent déterminer l’offre économiquement la plus avantageuse et le coût le plus bas en prenant en compte le calcul du coût du cycle de vie.” (...).

Il s’agit donc, à l’instar du critère prix, d’un critère d’attribution purement mathématique.

20. L’article 81 précité prévoit d’ailleurs que :

“§ 2. L’offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l’article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l’objet du marché public concerné”.

En l’occurrence, on constate que le pouvoir adjudicateur a opté pour l’offre économiquement la plus avantageuse en fonction du Coût Global total le plus bas.

21. Il convient cependant de raisonner par analogie avec la jurisprudence constante en matière de prix et se référer au principe, largement consacré en matière de critère d’attribution relatif au prix, selon lequel “tant au regard de la notion d’□offre économiquement la plus avantageuse□ qu’au regard du principe

de concurrence qui est à la base des législations européenne et belge en matière de marchés publics, le prix le plus intéressant est en principe le prix régulier le plus bas” (...).

Votre Conseil confirme ce principe sans ambiguïté :

- “l’offre la plus avantageuse est nécessairement celle qui propose le prix régulier le plus bas” (...);
- “Si le prix figure parmi les critères d’attribution d’un marché, l’offre économiquement la plus avantageuse, à tout le moins au regard de ce critère et dans la mesure de son importance relative, est, en principe, celle qui est faite au prix régulier le plus bas.” (...);

La même logique doit naturellement être appliquée lorsque le pouvoir adjudicateur veut prendre en compte le “Coût” “total” “global”, en l’examinant au regard de tous les lots combinés. S’agissant d’un critère prix (ou comme en l’occurrence, du critère “coût”), la meilleure offre doit nécessairement être celle qui présente le prix (ou le coût) le plus bas pour l’adjudicateur.

(iii) Quant à la méthode d’évaluation des offres au regard du critère d’attribution

22. La méthode d’évaluation utilisée par l’adjudicateur à l’occasion de la comparaison des offres ne doit pas nécessairement être annoncée dans les documents du marché.

Cependant, lorsque l’adjudicateur prévoit une méthode d’évaluation dans le CSC, il est bien tenu de respecter ce qu’il a annoncé. Votre Conseil ne manque pas de confirmer ce principe :

“Comme la partie adverse le soulève à juste titre, le pouvoir adjudicateur n’est pas obligé d’annoncer la méthode d’évaluation du critère prix dans le cahier des charges. Cela n’empêche toutefois pas que, dès lors que le cahier des charges contient bien des éléments concernant la méthode d’évaluation, le pouvoir adjudicateur est *a priori* contraint de respecter ses règles qu’il s’est imposé lui-même, notamment sur base du principe *patere legem quam ipse fecisti*.” (...).

Votre Conseil a encore eu l’occasion de préciser que même dans une procédure négociée, lors de l’évaluation des offres, l’adjudicateur est tenu par les règles qu’il s’est fixées .

Le principe *patere legem quam ipse fecisti* impose donc à l’adjudicateur de respecter scrupuleusement la procédure, et notamment la méthode d’évaluation, telle qu’elle est le cas échéant annoncée dans les documents du marché.

23. À défaut, l’adjudicateur porte en outre atteinte aux principes généraux d’égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence consacrés à l’article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dans la mesure où il induit les soumissionnaires en erreur quant à la manière dont leur offre sera concrètement évaluée, et *a fortiori* ne leur permet pas de préparer leur offre en pleine connaissance de cause.

La méthode d’évaluation retenue ne peut par ailleurs pas avoir pour effet de dénaturer les critères d’attribution annoncés dans les documents du marché, sans quoi elle ne respecterait pas le principe fondamental de l’égalité de traitement entre les différents soumissionnaires.

Ces principes généraux requièrent également que la comparaison des offres soit fondée sur des indications dont l’exactitude et la comparabilité sont établies, et qui reflètent nécessairement les caractéristiques réelles des offres. À cet égard, il convient de rappeler que les motifs sur lesquels repose le choix de l’adjudicateur doivent permettre aux soumissionnaires qui ont déposé une offre régulière, mais qui n’ont pas été choisis, de comprendre cette décision.

24. Enfin, Votre Conseil déduit des principes précités que l’adjudicateur impose non seulement des obligations aux soumissionnaires, mais également à lui-même, et devra donc veiller à élaborer un cahier des charges clair et sans ambiguïté.

Par conséquent, l'adjudicateur doit notamment formuler les critères d'attribution d'une manière telle que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement soigneux doivent être en état de les interpréter de la même manière.

(b) Application au cas d'espèce

25. En l'espèce, il ressort de l'exposé des faits que l'attribution des différents lots devait être effectuée comme suit, conformément aux prescriptions du CSC (...) :

- l'offre économiquement la plus avantageuse devait être déterminée sur la base du Coût Global total pour Infrabel : il ressort du CSC qu'après avoir appliqué les formules propres à la détermination du Coût Global pour chaque lot (et donc les lots 1 à 7), Infrabel vérifiera la combinaison entre tous les lots (1 à 7) la plus avantageuse pour déterminer son Coût Global total minimum;
- pour les lots 1 à 4, chaque attributaire ne peut livrer qu'un maximum de 140.000 traverses;
- les gagnants des lots 6 et 7 doivent également avoir gagné un lot parmi les lots 1 à 4, ce qui est logique puisque les lots 6 et 7 constituent en réalité un accessoire en plus (patin) à appliquer sur une quantité de 30.000 traverses des lots 1, 2, 3 ou 4 (conversion des M41 en M42 par l'ajout d'USP);
- les soumissionnaires peuvent gagner soit le lot 6 soit le lot 7 mais pas les deux (sauf s'il n'y a qu'une offre régulière pour ces lots).

Le pouvoir adjudicateur a donc décidé de combiner l'ensemble de ses lots pour obtenir la combinaison la meilleure pour lui, c'est-à-dire le Coût Global total le plus avantageux.

26. Par conséquent, le critère d'attribution prévu dans le CSC visait à identifier "l'ensemble de lots économiquement le plus avantageux", sur base duquel les offres constituant cet ensemble seraient considérées comme les plus avantageuses respectivement pour les lots concernés.

Notons que Votre Conseil a déjà confirmé qu'une telle manière de procéder n'était pas contraire à la réglementation relative aux marchés publics, qui prévoit que l'analyse des lots peut être faite de manière transversale, notamment pour tenir compte d'éventuels rabais :

"En outre, une fois identifié l'ensemble économiquement le plus avantageux, le pouvoir adjudicateur en a logiquement déduit que chacun des lots formant cet ensemble devait, à raison de cette identification préalable et pour ne pas priver celle-ci de sens, être considéré lui-même comme le plus avantageux. Cette manière de procéder ne méconnaît pas la règle de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016" (...).

La doctrine en déduit le principe suivant :

"Des différentes combinaisons possibles (attribution lot par lot ou par groupement(s) de lots), c'est celle qui s'avère économiquement la plus avantageuse qui déterminera l'attribution des différents lots." (...).

Il convient de raisonner par analogie en l'occurrence. Dès lors que le CSC annonçait qu'il serait tenu compte du Coût Global total, l'adjudicateur devait donc avoir égard à "l'ensemble (la combinaison) de lots économiquement le plus avantageux".

27. Or, il ressort de la décision d'attribution que l'adjudicateur n'a pas respecté ce principe de l'attribution au Coût Global total minimum qui ressortirait de la combinaison de l'analyse de l'ensemble des lots, contrairement à ce que lui imposaient les principes développés ci-dessus.

En effet, la requérante ne se voit attribuer aucun lot, alors qu'en application des règles d'attribution énoncées dans le CSC, une attribution à la requérante des lots 3 et 6 (ou 7) est économiquement plus avantageuse que la combinaison des lots 3 et 7 actuelle (...).

28. Il ressort en réalité de la décision d'attribution qu'Infrabel a établi une hiérarchie dans ses lots et les règles d'attribution énoncées dans le CSC, ce qui mène à dénaturer le critère annoncé du Coût Global total.

Concrètement, Infrabel a d'abord analysé les combinaisons entre les lots 1 à 4 de manière indépendante des lots 6 et 7 (et n'a donc pas combiné les résultats avec les lots 6 et 7) avant d'ajouter les lots 6 et 7 aux résultats des lots 1 et 4. Infrabel a donc exclu les lots 6 et 7 des combinaisons possibles pour examiner le meilleur Coût Global total. La requérante a par conséquent été exclue d'emblée de ses calculs et combinaisons après l'analyse des lots 1 à 4, alors que le CSC ne prévoit pas que les meilleures combinaisons possibles excluront les lots 6 et 7.

La méthode d'évaluation annoncée à l'article 153 du CSC n'exclut pourtant pas les lots 6 et 7 de l'examen des meilleures combinaisons, comme Infrabel l'a fait :

- Seules les offres régulières seront évaluées sur base du critère d'attribution.
- Infrabel appliquera, selon les lots, les formules ci-dessous afin de déterminer le coût global relatif à chaque offre de prix.
- Infrabel analysera ensuite les résultats ainsi obtenus afin de définir laquelle des combinaisons des offres reçues représente pour elle le coût global total minimum.
- Les sociétés ayant remis une ou plusieurs des offres reprises dans cette combinaison se verront attribuer un ou plusieurs lots.

29. La précision selon laquelle "les lots 6 et 7 ne peuvent être attribués qu'aux firmes qui ont gagné un lot parmi les lots 1, 2, 3 ou 4" ne peut signifier que les lots 1 à 4 seraient une préqualification pour une attribution des lots 6 et 7, les lots devant être examinés comme des marchés de même niveau (sans que certains ne soient subsidiaires par rapport aux autres).

Cette exigence du CSC ne pouvait pas créer une hiérarchie entre les lots mais devait uniquement signifier que les gagnants des lots 6 ou 7 devaient nécessairement également se voir attribuer un des lots 1 à 4 (puisque les lots 6 et 7 constituent en réalité un accessoire (pose d'un patin) à poser sur des traverses des lots 1 à 4), sans que cette attribution des lots 1 à 4 ne soit préalable à l'analyse des lots 6 et 7. Il s'agit là de la seule interprétation valable et conforme au principe du Coût Global total le moins élevé.

Le calcul de la meilleure offre globale doit donc se faire pour chaque lot de manière indépendante et puis ensuite, la meilleure combinaison de tous lots (ou les meilleures combinaisons pour respecter le maximum de 140.000 traverses M41) doit l'emporter. C'est en tout cas ce que le CSC prévoit sans ambiguïté en visant à différentes reprises le "Coût Global total minimum" représenté par les combinaisons des lots.

Ceci est d'ailleurs logique car les lots n'ont pas en l'occurrence des objets distincts. Il s'agit, pour tous les lots, d'acheter des traverses. Les lots 6 et 7 constituent juste un accessoire (un patin) à poser sur certaines traverses achetées dans le cadre des lots 1 à 4. Il est par conséquent logique (et conforme au principe de l'offre économiquement la plus avantageuse) de vérifier la meilleure combinaison possible de 140.000 traverses (maximum à acheter à un fournisseur) + les accessoires (consistant en la pose d'un patin pour convertir 30.000 des 140.000 traverses achetées dans le cadre des lots 1, 2, 3 ou 4 en traverses M42). Plusieurs soumissionnaires sont à cet égard retenus (qui peuvent chacun livrer maximum 140.000 traverses) mais ensemble, leurs offres doivent aboutir à la meilleure combinaison possible pour arriver à un Coût Global total.

30. Or la solution retenue par l'adjudicateur dans la décision litigieuse se traduit par un Coût Global total de 27.916.800 EUR par an, soit 223.334.400 EUR pour 8 ans. Or, si les lot 3 et 7 (ou 6) étaient attribués à la requérante au lieu de l'adjudicataire actuel de ces lots, le Coût Global total pour Infrabel serait de 27.619.200 EUR par an, soit 220.953.600 EUR pour 8 ans. Par conséquent, en application de la règle du Coût Global total, l'offre de la requérante doit être une des combinaisons gagnantes puisqu'elle est inférieure de 2.380.800 EUR à la combinaison actuelle des lots 3 et 6 (ou 7).

Il convient encore de souligner que, dans ce cas de figure d'attribution des lots 3 et 6 (ou 7) à la requérante, l'attribution du marché respecte parfaitement la règle de base de l'attribution à la combinaison présentant le Coût Global total le plus avantageux pour Infrabel, ainsi que l'ensemble des autres règles d'attribution fixées par Infrabel, en ce sens que :

- la requérante ne livrerait pas plus du maximum de 140.000 traverses;

- la requérante serait gagnante d'un des lots 1 à 4;
- la requérante obtiendrait le lot 6 ou le lot 7 (mais pas les deux).

La combinaison globale totale la plus avantageuse reprenant l'attribution des lots 3 et 6 (ou 7) à la requérante serait donc plus avantageuse que le total actuel qui ressort du rapport d'attribution.

Il n'y a donc pas de raison pour que pour les mêmes traverses, assortie des mêmes accessoires (patins prévus par les lots 6 et 7), Infrabel paye 2.380.800 EUR de plus en ne choisissant pas l'offre de la requérante.

31. Pour conclure, Infrabel a décidé d'attribuer son marché sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse calculée au regard d'une combinaison de tous les lots de son marché : le Coût Global total le moins élevé doit donc l'emporter.

En redéfinissant la notion de "Coût Global total", comme ne visant que les 4 premiers lots, ce qui a mené à ce que l'offre de la partie requérante ne soit même pas été évaluée pour les lots 6 et 7, et donc prise en considération pour le calcul du Coût Global total (tous lots confondus) le plus avantageux, Infrabel a adopté une méthode d'évaluation qui non seulement s'écarte de celle annoncée dans le CSC, mais par ailleurs ne permet pas, mathématiquement, d'obtenir le Coût Global total le plus bas.

En agissant de la sorte, Infrabel a violé les principes invoqués au moyen.

Cette manière de procéder n'a effectivement pas conduit à l'attribution du marché à l'offre (ou en tout cas à une des offres) économiquement la plus avantageuse, sur base de l'ensemble des lots (comme pourtant voulu par Infrabel) au regard du critère d'attribution et de la méthode d'évaluation annoncés dans le CSC.

Le non-respect des principes applicables porte non seulement préjudice à la requérante, qui aurait dû se voir attribuer certains lots du marché conformément à la méthode d'évaluation annoncée dans le CSC, mais il porte également préjudice à Infrabel, qui ne se voit pas offrir la solution la moins coûteuse possible, tous lots confondus.

32. À titre subsidiaire, s'il fallait considérer qu'Infrabel avait le droit d'effectuer d'abord un calcul pour les lots 1 à 4 et puis, uniquement en retenant les 4 gagnants de ces lots, un calcul en additionnant à ces lots les lots 6 ou 7, *quod non*, on constate que cette méthode serait contraire au principe également énoncé dans le CSC d'Infrabel du meilleur Coût Global total et, de manière plus générale, au principe sous-tendu par l'application de la réglementation relative aux marchés publics qui est celui de l'attribution des marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur.

Ainsi, lorsque ce dernier décide d'attribuer le marché au coût le plus bas uniquement, il ne peut pas choisir de finalement attribuer pour un coût plus élevé. Ce choix-là ne ressort pas de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer au coût le plus bas, fut-ce d'un ensemble de lots, c'est la combinaison (ou les combinaisons) la (les) plus basse(s) qui doi(ven)t l'emporter. À considérer qu'il faille prendre en compte l'interprétation qu'a retenue Infrabel quant à sa méthode d'évaluation, celle-ci emporterait non seulement une contradiction intrinsèque au CSC mais constituerait également une violation de l'article 81 (*juncto* 147, § 5 et 153) de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

33. Le premier moyen est donc sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante conteste principalement la manière dont la partie adverse a procédé à l'évaluation des offres, en faisant valoir que celle-ci a été réalisée en méconnaissance de la méthode annoncée par les documents du marché.

L'article 153 de la troisième partie du cahier spécial des charges du marché litigieux dispose notamment ce qui suit :

« Les lots 6 et 7 ne peuvent être attribués qu'aux firmes qui ont gagné un lot parmi les lots 1, 2, 3 ou 4 ».

Il se déduit des termes de cette disposition – et, en particulier, de l'usage du passé composé – que celle-ci doit être comprise en ce sens que la partie adverse concevait d'attribuer, dans un premier temps, les lots 1 à 4 du marché, avant de désigner, parmi les bénéficiaires de ceux-ci, les attributaires des lots 6 et 7, ce qui excluait de procéder en une seule phase en combinant les prix offerts pour les lots 1 à 4, d'une part, et 5-6, d'autre part, ce que la requérante fait valoir. La disposition précitée est claire et ne peut être comprise dans le sens que la requérante tente de lui faire reconnaître. Ne peut donc être considéré comme sérieux le reproche fait à la partie adverse d'avoir adopté une méthode qui s'écarte de celle annoncée dans les documents du marché.

Subsidiairement, la requérante fait valoir que si, contrairement à ce qu'elle soutient à titre principal, il devait être considéré que la méthode d'évaluation mise en œuvre était bien celle qu'annonçaient les documents du marché, c'est alors la légalité de cette méthode qui devrait être mise en cause, particulièrement au regard de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. En ses deux premiers paragraphes, cet article est libellé comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.
§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :
1° sur la base du prix;
2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;
3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :
a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;
b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;
c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.
Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité ».

Il se déduit de cette disposition que le mode de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse est laissé à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, selon les besoins et contraintes propres à chaque marché. Seule l'erreur manifeste commise dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation peut être censurée.

En l'espèce, il ressort des explications de la partie adverse que, dans la conception du marché litigieux, elle s'est laissée guider essentiellement par des préoccupations de deux ordres, à savoir, d'une part, garantir la continuité de son approvisionnement par une limitation du nombre maximal de traverses à fournir par opérateur économique choisi et, d'autre part, favoriser – par une structuration de la commande en lots de différentes de tailles – le jeu de la concurrence et la remise d'offres compétitives, particulièrement pour les lots 1 à 4 se rapportant à la fourniture de traverses de type M41 représentant le plus gros volume de quantités estimées. Au regard de ces préoccupations, ne procède pas d'une erreur manifeste d'appréciation le séquençage de l'attribution des lots conçu par la partie adverse et conduisant celle-ci à désigner dans un premier temps les attributaires des lots 1 à 4, pour ensuite attribuer les lots 6 et 7 du marché en les réservant aux seuls opérateurs auxquels ont été attribués un ou plusieurs des lots 1 à 4. La requérante s'abstient d'ailleurs d'établir en quoi une telle erreur manifeste aurait été commise par la partie adverse en définissant ce séquençage dans les documents du marché et, partant, préalablement à l'attribution des lots. Pareille erreur ne peut, en toute hypothèse, être démontrée sur la seule base d'éléments révélés par la suite de la procédure de passation, tels que les prix proposés par la requérante pour la fourniture des traverses de type M42.

Dans ces circonstances, le moyen ne permet pas d'établir, dans le cadre d'un examen effectué en extrême urgence, que la méthode d'évaluation fixée par la partie adverse méconnaîtrait l'un des principes ou dispositions dont la violation est invoquée.

Il suit de ces développements que le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. Second moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un second moyen, « pris de la violation des articles 2, 54°, 81 et 136, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 56 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des

marchés publics dans les secteurs spéciaux; des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence [et] du devoir de minutie », « [e]n ce que, si par impossible Votre Conseil devait juger qu'Infrabel avait le droit de faire une distinction entre ses lots et de considérer les lots 1 à 4 comme préqualifiant pour l'attribution des lots 6 ou 7, alors il conviendrait à tout le moins de constater que les lots 6 et 7 ne sont en réalité pas des lots mais des options obligatoires », « [a]lors que, lors de l'évaluation de l'offre, l'adjudicateur est tenu de comparer les prix en tenant compte des options obligatoires imposées dans les documents du marché (et en additionnant ces options aux prix obtenus pour chaque lot) », « [q]u'en effectuant un tel calcul, on constate à nouveau que la requérante présente une offre globale plus avantageuse pour les lots 3 et 6 (ou 7), les lots 6 et 7 constituant en réalité des options dont le prix doit être additionné au prix des autres lots ».

Elle développe ce moyen comme suit :

« (a) Les principes applicables

35. L'adjudicateur peut découper le besoin qu'il doit satisfaire de la manière qu'il souhaite. Ce faisant, il est cependant tenu par les notions consacrées par la réglementation relative aux marchés publics, ainsi que les règles et principes qui s'y attachent.

Ainsi, le découpage en lots suppose que pour chaque lot, le candidat ou soumissionnaire peut déposer une offre pour cette seule partie s'il le souhaite. En exécution, si les lots sont attribués à des personnes différentes, cela implique qu'il y aura non pas un seul contractant, mais autant de contrats qu'il y a d'attributaires pour les lots distincts.

36. *A contrario*, l'option est un élément complémentaire, et accessoire. Ainsi, aux termes de l'article 2, 54°, de la loi du 17 juin 2016, une option est "un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit, soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire".

Par exemple, lorsqu'un adjudicateur achète une voiture, il peut demander prix pour un attache remorque, élément complémentaire et accessoire pouvant être ajouté au véhicule : il n'est pas sûr d'être commandé, mais l'adjudicateur demande néanmoins un prix pour cet élément au stade de l'offre. Il s'agit dès lors d'une option, au sens de la loi relative aux marchés publics.

Conformément à l'article 136, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, il existe trois types d'options : les options obligatoires, qui sont imposées par l'adjudicateur; les options autorisées, qui sont proposées par l'adjudicateur; et les options libres, qui sont proposées à l'initiative d'un ou plusieurs soumissionnaires.

Il convient de souligner qu'en cas d'options obligatoires, celles-ci doivent intervenir dans l'établissement du classement unique déterminant l'offre économiquement la plus avantageuse, que l'adjudicateur décide ou non de les lever. Il doit ainsi ajouter le prix de ces options au prix de l'offre (même si, *in fine*, il ne les lève pas).

(b) Application au cas d'espèce

37. En l'espèce, les lots 6 et 7 ne sont en réalité pas indépendants des autres lots. Ils constituent un accessoire que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'acheter ou pas.

Pour rappel, les différents lots sont effectivement décrits comme suit dans le CSC (...):

- “- Lot 1 : Traverse M41 – 130 000 traverses par an;
- Lot 2 : Traverse M41 – 100 000 traverses par an;
- Lot 3 : Traverse M41 – 60 000 traverses par an;
- Lot 4 : Traverse M41 – 40 000 traverses par an;
- Lot 5 : Traverse M41 – 30 000 traverses par an;
- Lot 6 : Supplément M42 (conversion par l’adjudicataire du lot de traverses M41 produites par lui en M42 par l’ajout d’USP) – 30 000 traverses par an
- Lot 7 : Supplément M42 (conversion par l’adjudicataire du lot de traverses M41 produites par lui en M42 par l’ajout d’USP) – 30 000 traverses par an” (...).

Les lots 6 et 7 ne sont donc pas des lots indépendants des autres, faisant l’objet d’une exécution distincte, mais bien des options, qui consistent, si Infrabel en fait la demande, à convertir les traverses commandées dans le cadre d’un des lots 1 à 4 en y ajoutant un USP. Il s’agit donc concrètement d’ajouter un patin à poser sur 30.000 du maximum de 140.000 traverses achetées à un même adjudicataire dans le cadre des autres lots.

La méthode de détermination des prix arrêtée dans le CSC pour les lots 6 et 7 confirme ce constat (...):

“Pour les lots 6 et 7, les prix offerts en annexe 6 s’entendent pour des suppléments M42 et comprennent le coût de transformation d’une traverse M41 en M42.” (...).

38. Il s’ensuit que, si on devait considérer que les lots sont en réalité hiérarchisés, comme l’a fait Infrabel, il conviendrait alors de traiter les lots 6 et 7 comme des options, ce qu’ils semblent d’ailleurs être tant juridiquement que factuellement puisque les lots 6 et 7 reviennent à apporter un accessoire en plus à certaines traverses qui seraient commandées dans le cadre des lots 1, 2, 3 ou 4.

Or, si on devait les qualifier d’option, il conviendrait d’ajouter le prix prévu pour celles-ci aux coût global des offres pour l’analyse des lots 1 à 4, dont elles sont l’accessoire. Il s’agit simplement là à nouveau de l’application du principe de la détermination du coût le plus bas représentant l’offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur.

Le résultat serait également que la requérante a présenté une des solutions économiquement les plus avantageuses (et en tout cas plus avantageuse que celle incluant l’attribution des lots 3 et 6 à Emofer) puisque pour l’analyse des offres, il faudrait additionner son prix pour les lots 6 ou 7, avec celui des lots 1, 2, 3 et 4, tout en respectant les règles des maximum 140.000 traverses et de l’attribution d’un seul lot (6 ou 7) par soumissionnaire.

En application de ces règles, force est de constater qu’en prenant en considération les options obligatoires imposées par Infrabel (ajout d’un USP à une partie des traverses commandées), l’offre de la requérante présente toujours le coût global le plus bas pour le lot 3 (+ option).

En n’attribuant pas le marché à la requérante malgré qu’elle ait déposé l’offre régulière la plus avantageuse pour Infrabel pour le lot 3, option comprise, Infrabel a violé les dispositions invoquées au moyen.

39. Le second moyen est sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d’État

En substance, le second moyen, formulé à titre subsidiaire, soutient que les lots 6 et 7 du marché litigieux ne seraient pas des lots, mais bien des options obligatoires, et auraient dû être traités comme de telles options, en additionnant celles-ci aux prix obtenus pour les lots 1 à 4.

Les article 2, 54°, et 56 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics sont libellés comme suit :

« Art. 2. Pour l'application de la présente loi, on entend par :

[...]

54° option : un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire ».

« Art. 56. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur peut autoriser les soumissionnaires à introduire des variantes ou des options ou leur imposer de le faire. Il mentionne dans l'avis de marché ou dans les documents du marché en cas de procédure négociée sans publicité préalable s'il autorise ou impose l'introduction de variantes ou options. À défaut d'une telle mention, aucune variante ni option ne sera autorisée.

Pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, les soumissionnaires peuvent également, par dérogation à l'alinéa premier et en l'absence de clause contraire dans les documents de marché, introduire des variantes ou des options sans que l'avis de marché ou les documents de marché ne le mentionnent. Ces variantes ou options sont respectivement appelées des "variantes libres" et "options libres".

Les variantes et options sont liées à l'objet du marché.

§ 2. S'agissant des variantes et options exigées et autorisées, le pouvoir adjudicateur mentionne dans les documents de marché les exigences minimales auxquelles elles devront satisfaire ainsi que les exigences spécifiques relatives à leur mode d'introduction. L'obligation de mentionner des exigences minimales et spécifiques relatives à l'introduction ne s'applique pas aux variantes ou options libres visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 2.

Le pouvoir adjudicateur mentionne dans les documents de marché si des variantes ne peuvent être introduites qu'à condition qu'une offre de base soit également déposée. Les options ne peuvent cependant pas être introduites sans offre de base ou, le cas échéant, sans variante. Les documents de marché doivent faire mention de cette dernière obligation.

Le pouvoir adjudicateur garantit que les critères d'attribution sélectionnés peuvent s'appliquer aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base.

§ 3. Pour les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, le pouvoir adjudicateur ne rejette pas une variante ou une option au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

§ 4. Le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option, ni lors de la conclusion, ni pendant l'exécution du marché.

§ 5. Le Roi peut arrêter les modalités matérielles et procédurales additionnelles en matière de variantes et option pour les procédures qu'il détermine ».

La qualification d' « options obligatoires » que la requérante entend attribuer aux lots 6 et 7 appelle les observations suivantes :

- Dans sa note d'observations, la partie adverse fait notamment valoir ce qui suit à propos des traverses de type M42 qui font l'objet des lots 6 et 7 :

« les traverses M42 faisant l'objet des lots 6 et 7 sont nécessaires à la bonne exécution du marché et à la satisfaction des besoins opérationnels d'Infrabel dans ce cadre. La partie adverse n'entendait en conséquence se ménager aucune

latitude quant à la possibilité de commander ou non ces éléments, qui ne sont pas accessoires mais qui sont avec certitude nécessaires à l'exploitation du réseau. (...)

De plus, ainsi qu'il a été exposé ci-avant, bien que les traverses M42 attribuées à un soumissionnaire soient imputées sur les quantités des traverses M41 attribuées à ce même soumissionnaire, il est réducteur d'avancer que l'opération technique réalisée porte sur la "conversion" d'une traverse M41 finie par simple ajout d'une semelle/pose d'un patin. Il s'agit en fait de fabriquer un produit différent, sur la base d'un processus de fabrication différent, puisque la semelle doit être posée sur béton frais, pendant la production des traverses. La semelle n'est pas un accessoire, mais bien un composant indispensable d'une traverse M42 pour que celle-ci puisse être utilisée conformément aux utilisations prévues. Pour reprendre l'analogie tentée par la partie requérante, la semelle n'est pas une "attache remorque" qui pourrait être ajoutée à une traverse M41, mais bien un composant indispensable et essentiel (à l'instar d'un moteur ou d'un volant) d'une traverse M42 (qui est un produit distinct des traverses M41, destiné à d'autres usages) ».

Ce faisant, la partie adverse exclut, avec une vraisemblance suffisante en extrême urgence, que les éléments faisant l'objet des lots 6 et 7 du marché, présenteraient le caractère « accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché » que doit revêtir une option, au sens de l'article 2, 54°, de la loi du 17 juin 2016 précitée.

- En vertu de l'article 136 de la troisième partie du cahier spécial des charges, les options libres étaient interdites et la partie adverse n'autorisait pas les soumissionnaires à présenter des options.
- En vertu de l'article 117 de la quatrième partie du cahier spécial des charges, la partie adverse s'engageait à commander chaque année un nombre minimal de traverses pour les lots 6 et 7. Cette disposition exclut la qualification d'option obligatoire plaidée par la requérante pour ces lots, dès lors qu'en vertu de l'article 56, § 4, de la loi du 17 juin 2016, le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option.

Ces éléments révélés par les documents du marché et les débats tenus en la présente cause imposent de considérer que la qualification d'option obligatoire plaidée par la requérante, à l'appui de son moyen, pour les lots 6 et 7 ne peut, *prima facie*, être retenue.

Le second moyen ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

Dès lors qu'aucun moyen n'est considéré comme sérieux, la demande de suspension doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur d'autres motifs éventuels de rejet.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre qu'elle dépose en pièce 4 de son dossier.

La partie adverse dépose un dossier administratif confidentiel, constitué de quatre ensembles de pièces identifiés par les lettres A, B, C et D et constitués, pour chaque soumissionnaire, de la décision de qualification de celui-ci ainsi que de son offre qu'il a déposée.

La société Prefer Prefab demande que soit maintenue la confidentialité de son offre et de la décision de qualification la concernant, sans toutefois les déposer. Cette demande doit donc se comprendre comme portant sur les pièces déposées par la partie adverse et identifiées par la lettre C.

La société Betonfabriek De Bonte dépose son offre à titre confidentiel. Celle-ci est identifiée comme pièce 4 de son dossier.

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

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 5 novembre 2021, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante, à l'exception de ceux liés aux interventions, qui doivent être laissés à chaque intervenante pour ce qui la concerne.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}

Les requêtes en intervention introduites par la SA Prefer Prefab, la SA Betonfabriek De Bonte et la SAS Emofer sont accueillies.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 4, annexée à la requête en suspension, A, B, C et D du dossier administratif, et 4 annexée à la requête en intervention de la SA Betonfabriek sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La partie requérante 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.

Les parties intervenantes supportent chacune le droit de 150 euros lié à leur intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 19 novembre 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy