

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 217.382 du 19 janvier 2012

G./A.203.118/VI-19.401

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

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Luc DEPPE, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Secrétaire d'Etat
à l'Environnement, à l'Energie et à la Mobilité,

ayant élu domicile chez
Mes Dominique LAGASSE et
Emmanuel VAN NUFFEL, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme 3M BELGIUM S.A./N.V.,

ayant élu domicile chez
Mes Anthony VAN der HAUWAERT et
Yves MELIN, avocats,
avenue Lloyd George, n° 7,
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 2 janvier 2012, la société anonyme ZETES tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision de date inconnue de l'Etat belge de prolonger le marché relatif à la phase pilote du Projet Mercurius attribué à 3M et, par conséquent, de recourir à une procédure négociée sans publicité pour l'attribution de ce marché et de l'attribuer à la société 3M".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 4 janvier 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 13 janvier 2012 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 12 janvier 2012, la société anonyme 3M BELGIUM S.A./N.V., demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Virginie DOR, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Yves MELIN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Le 18 mars 2010, la partie adverse attribue à la société 3M BELGIUM un marché public relatif à la production, la personnalisation, l'installation et la distribution de permis de conduire au format de carte bancaire dans trente-huit communes jusqu'au 31 décembre 2011.

Le 29 septembre 2011, la partie adverse attribue à la requérante une concession de service public relative à la production, la personnalisation, l'installation et la distribution de permis de conduire au format de carte bancaire pour l'ensemble des communes belges pendant une période allant du 1^{er} janvier 2012 jusqu'au 31 décembre 2016.

L'exécution de cette décision a été suspendue par l'arrêt n° 216.251 du 10 novembre 2011.

Le 22 décembre 2011, le Secrétaire d'Etat ayant la mobilité dans ses attributions demande au conseil des Ministres de l'autoriser à conclure un marché public, sans mesure de publicité, avec la société 3M BELGIUM pour la production, la personnalisation, l'installation et la distribution de permis de conduire au format de carte bancaire dans trente-huit communes pour une période de neuf mois, résiliable après six mois.

Cette demande est libellée comme suit :

" 1. Introduction et/ou antécédents

Début 2010, un projet-pilote a débuté pour la réalisation, la personnalisation, l'installation, et la distribution de permis de conduire au format carte bancaire, en application de la Directive européenne 2006/126/CE du 20 décembre 2006 concernant le permis de conduire.

La mise en œuvre de ce projet-pilote a été confiée, en application de la législation sur les marchés publics, à la firme 3M Belgium SA dont le siège social est établi Hermeslaan 7 à 1831 Diegem.

La fin du projet-pilote est prévue pour le 31 décembre 2011. A ce moment il y aura 38 communes où le permis de conduire au format carte bancaire sera distribué.

L'intention était de commencer à partir du 1^{er} janvier 2012 un projet global, qui prévoit le déploiement du système de permis de conduire électroniques via une concession dans toutes les 589 communes belges. A cette fin, et suite, au projet-pilote, un appel d'offres a été lancé en avril 2011 pour l'attribution d'une concession de service public pour le déploiement d'un système de permis de conduire électroniques dans toutes les communes de Belgique à partir du 1^{er} janvier 2012 (publication dans le Bulletin des Offres du 15 avril 2011 ainsi que dans les annexes du Journal Officiel européen le 19 avril 2011).

Il a été décidé le 29 septembre 2011 par le Conseil des Ministres, à la demande du SPF Mobilité et Transports, d'attribuer la concession pour la réalisation de permis de conduire et de permis de conduire provisoires au format carte bancaire, ainsi que leur distribution dans les communes belges, à ZETES sa. Entretemps il est apparu que ce déploiement ne pourrait pas débiter à la date du 1^{er} janvier 2012. La procédure pour la désignation d'un concessionnaire pour ce déploiement ne peut en fait pas encore déboucher sur la conclusion d'un contrat, suite à l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 novembre 2011 (n° 216.251) décidant la suspension de la décision d'attribution.

Le Conseil d'Etat n'a jusqu'à présent pas rendu d'arrêt d'annulation; c'est pourquoi le SPF Mobilité demande que la décision d'attribution du Conseil des ministres du 29 septembre 2011 soit rapportée. Le Conseil d'Etat considère que la décision d'attribution n'est à première vue pas réconciliable avec l'article 64sexies de l'arrêté royal du 23 mars 1998 relatif au permis de conduire, introduit par arrêté royal du 23 juin 2010, ni avec le principe *patere legem, quem ipse fecisti*, ni avec le principe d'égalité. Le cahier des charges a expressément déclaré d'application cette disposition (l'article 64sexies ci-dessus), de sorte que le SPF Mobilité, conformément au principe *patere legem quem ipse fecisti*, était tenu de respecter cette disposition. De surcroît le Conseil d'Etat estime qu'à première vue l'appel d'offre semble prêter le flanc à discussion sur divers points et semble peu clair sur certains autres points.

Pour ces raisons, il est souhaitable que le Conseil des ministres retire sa décision d'attribution de la concession du 29 septembre 2011.

Sur base d'une évaluation réaliste le déploiement global ne pourra certainement pas être opérationnel avant le 1^{er} juillet 2012.

Afin de pouvoir garantir la continuité de la délivrance de permis de conduire au format carte bancaire dans les 38 communes qui font partie actuellement du projet-pilote, pendant la période intermédiaire débutant le 1^{er} janvier 2012 - date de fin initiale du projet-pilote - jusqu'au démarrage du projet global, il y a lieu de prendre des mesures pour la continuation du projet-pilote. Il n'est en effet pas possible, dans les communes en question où se déroule le projet-pilote, de revenir après le 31 décembre 2011 à l'ancien système de permis de conduire «papier». Les communes-pilotes n'ont en effet plus accès à l'ancienne banque de donnée des permis de conduire et il est quasi impossible d'activer à nouveau l'application IT 191 au sein du Registre National pour la période écoulée depuis le démarrage du projet-pilote.

2. Exposé du dossier

Etant donné le fait que le contrat avec le fournisseur actuel de permis de conduire au format carte bancaire, la firme 3M, se termine le 31 décembre 2011, que sa continuité en matière de délivrance doit être garantie et le fait que la recommandation européenne demande que chaque commune de Belgique distribue des permis de conduire au format carte bancaire à partir du 19 janvier 2013, il est nécessaire qu'un nouveau contrat soit conclu au 1^{er} janvier 2012.

Afin de pouvoir garantir la continuité, à partir du 1^{er} janvier 2012, de la délivrance de permis de conduire au format carte bancaire dans les 38 communes qui font partie actuellement du projet-pilote, il y a lieu de faire appel à la disposition prévue à l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

Cette procédure se justifie sur base des circonstances imprévisibles qui entraînent une urgence impérieuse empêchant le pouvoir adjudicateur de respecter les règles de publicité et de faire jouer la concurrence pour la désignation d'un nouveau prestataire de services.

En effet, l'Etat belge est confronté à des circonstances imprévisibles, qui entraînent la nécessité urgente de conclure un nouveau contrat pour assurer au mieux la continuité du service en question, suite au fait que l'exécution de la concession de service public dans toutes les communes belges, parmi lesquelles les 38 communes où le projet-pilote est en cours, ne sera pas opérationnelle.

Après l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 novembre 2011, un nouveau cahier des charges a été rédigé afin de relancer une procédure d'attribution pour la fabrication, la personnalisation et la distribution des permis au format carte bancaire dans les 38 communes pilotes. Cette procédure avait pour objectif de mettre en concurrence les quatre firmes (Zetes, Oberthur, Safran/Morpho et BPost/Speos) qui avaient soumissionné dans le cadre de la concession ainsi que le fournisseur actuel (3M Belgium).

La procédure a été soumise à l'inspecteur des Finances qui a rendu un avis favorable en date du 23 novembre 2011. Ensuite, ce point a été inscrit à l'ordre du jour du Conseil des Ministres du 28 novembre 2011. Suite à la formation du gouvernement, ce point a été reporté à un Conseil des Ministres ultérieur pour lequel aucune date n'a été communiquée. Jusqu'à présent, le Conseil des Ministres n'a plus repris ce point à son agenda.

Par conséquent le SPF Mobilité ne dispose plus d'un délai suffisant pour lancer la procédure en faisant jouer la concurrence. D'autant plus que le SPF Budget a confirmé en date du 9 décembre 2011 la continuation de la prudence budgétaire, et donc que les instructions du 1^{er} juillet 2011 ajoutant des formalités supplémentaires dans le traitement des dossiers sont toujours d'application, notamment la présentation du dossier au Conseil des Ministres tant au niveau du lancement de la procédure de marché que de son attribution.

En effet, en situation de gouvernement de plein exercice, ce dossier ne devrait en principe pas être soumis au Conseil des Ministres, à aucun stade de la procédure. Et ce, en raison du montant estimé inférieur au seuil d'approbation par le Conseil.

Le SPF ne pouvait prévoir que la prudence budgétaire perdure au-delà de la formation du gouvernement en plein exercice.

Ceci entraîne une urgence impérieuse car si le marché n'était pas prolongé avec la société 3M, les 38 communes pilotes rencontreraient des difficultés majeures tant au niveau technique qu'informatique. Il est estimé qu'un délai d'au moins 10 semaines serait nécessaire pour revenir à la distribution du permis papier. Entretemps, les 38 communes ne pourraient plus délivrer aucun permis ce qui fait entrave au principe de continuité du service public.

Consulter plusieurs candidats est considéré comme impossible, vu le temps restant jusqu'au 1^{er} janvier 2012. Un nouveau fournisseur a besoin d'une période de mise en œuvre de plusieurs semaines, voire plusieurs mois, entre autres pour exécuter les vérifications techniques et la procédure de validation du prototype de permis de conduire. Le risque que cet éventuel nouveau fournisseur ne soit pas prêt est trop élevé. L'Etat fédéral ne peut se permettre ce risque. Le service à la population concernant la délivrance des permis de conduire dans les 38 communes-pilotes ne peut en aucun cas être interrompu.

C'est pourquoi il est proposé de faire application de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. Cette procédure se justifie sur base du principe général administratif de la continuité des services, qui impose de pouvoir continuer à délivrer des permis de conduire dans les 38 communes pilotes à partir du 1^{er} janvier 2012.

Cette urgence empêche également la consultation de plusieurs soumissionnaires, pour les raisons mentionnées ci-dessus.

Le nouveau contrat sera conclu pour une durée de 9 mois, résiliable au bout de 6 mois, conformément au souhait exprimé par les représentants du gouvernement lors de la réunion intercabinets du 21 décembre 2011.

Le commencement de la procédure pour l'attribution du marché définitif (pour toutes les communes belges), le respect des exigences européennes, ainsi que la mise en place d'un nouveau cabinet, justifient que la nouvelle convention avec le fournisseur initial couvre une période de 9 mois. Cette convention sera conclue aux mêmes conditions que le cahier des charges initial BC/RB/0902.

Impact budgétaire

En raison du retard précité, des moyens supplémentaires sont nécessaires pour 2012, afin de pouvoir continuer à fournir des permis de conduire «papier» aux communes et des permis de conduire au format carte bancaire aux communes-pilotes.

- L'impression de permis de conduire «papier» supplémentaires nécessite 183.750 euros. En raison de l'arrêt momentané du déploiement global, il faut prévoir plus de transports sécurisés. Le budget supplémentaire est estimé à 24.535 euros.

- L'estimation du marché pour les permis de conduire pour les 9 premiers mois de 2012 s'élève à 136.125 euros (TVA incl.). Ce montant sera prélevé dans les moyens alloués pour 2012.

- Il y aura moins de recettes en raison du retard du déploiement global (roll-out).

Synthèse de la problématique

- A partir du 10 janvier 2012 il n'y aura plus de contrat pour la réalisation des nouveaux permis de conduire et les communes-pilotes actuelles ne pourront plus assurer ce service aux citoyens.

- La mise en œuvre de la troisième directive européenne (2006/126/CE) est mise en péril.

Tous les permis de conduire qui seront délivrés à partir du 19 janvier 2013 dans les communes belges, doivent, conformément à cette directive, être établis au format carte bancaire. En raison de la suspension de la décision d'attribution, le projet va connaître du retard.

[...]"

Le 23 décembre 2011, le conseil des Ministres donne l'autorisation sollicitée.

Le 23 décembre 2011, le Secrétaire d'Etat ayant la mobilité dans ses attributions attribue à la société 3M BELGIUM un marché public, sans mesure de publicité, pour la production, la personnalisation, l'installation et la distribution de permis de conduire au format de carte bancaire dans trente-huit communes pour une période de neuf mois débutant le 1^{er} janvier 2012, résiliable après six mois.

Il s'agit de l'acte attaqué qui est rédigé de la manière suivante :

- " Hierbij meld ik U, na ontvangst van uw schrijven van 14 december 2011 en waarbij U bereid bent om gedurende een periode van 9 maanden en opzegbaar na 6 maanden, de huidige opdracht BC/RB/0902 onder dezelfde voorwaarden verder te zetten, bevestigen wij U de gunning van de nieuwe overeenkomst.
Mevrouw Anny Matthys Attaché projectleider Mercurius wordt aangeduid als contactpersoon die bevoegd is voor de controle en het toezicht op de opdracht.
De opdracht begint op 01 januari 2012 en de duur van de opdracht is 9 maanden en opzegbaar na 6 maanden.
De opdracht bestaat erin het vervaardigen, personaliseren en verdelen van rijbewijzen in bankkaartformaat in de 38 gemeenten die deel uit maken van de piloot. (Lijst gemeenten in bijlage)
De opdracht wordt uitgevoerd tegen dezelfde voorwaarden als beschreven in het lastenboek van de huidige opdracht BC/RB/0902.
De borgtocht gestort voor de opdracht BC/RB/0902 wordt behouden.
U wordt verzocht om de identiteit van de gevolmachtigde van uw onderneming mede te delen teneinde ten aanzien van de Belgische Staat één enkel aanspreekpunt naar voor te brengen, die zal instaan voor de administratieve en financiële opvolging van de onderhavige overheidsopdracht."

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, la société anonyme 3M BELGIUM S.A./N.V. dispose de l'intérêt requis pour intervenir dans la présente procédure.

V. RECEVABILITE DU RECOURS EN SUSPENSION

V. 1. Arguments des parties

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au recours. Elle soutient que :

- " La requérante soutient qu'elle a intérêt à contester la prolongation du marché-pilote confiée à l'adjudicataire de ce marché, la s.a. 3M, par la conclusion d'un nouveau contrat, au motif qu'étant également prête à poursuivre la délivrance des permis de conduire au format de carte bancaire dans les 38 communes concernées par ce marché-pilote, le nouveau contrat ne pouvait pas faire l'objet d'une attribution sans consulter au préalable plusieurs opérateurs économiques (recours, p. 6).
L'intérêt de la requérante au recours est contestable. Les objections que l'État belge amène ici ne sont pas liées au fond; elles n'impliquent pas une position

préalable sur le grief qui fonde le moyen unique, l'obligation de mise en concurrence de la prolongation du marché-pilote attribuée à la s.a. 3M.

La capacité de la requérante à exécuter la prolongation du marché dès le 1^{er} janvier est affirmée mais n'est ni démontrée ni, même, vraisemblable :

On doute déjà de la pertinence d'une position en droit qui n'est pas techniquement étayée et qui, de toute manière, ne repose que sur l'affirmation unilatérale de celui qui la formule pour son besoin.

Il suffit même de constater que cette position :

- Est contredite par les prévisions sur lesquelles la requérante s'était engagée dans son offre pour l'attribution de la concession de service; 4 ½ mois pour entamer la production des permis de conduire sur format de carte bancaire dans les 38 communes concernées par le marché pilote, c'est bien plus que les 2 ¾ mois qui séparent les premières réunions engagées pour la mise en œuvre de la concession du 1^{er} janvier 2012. (D.A., pièce 4).

- N'est pas vraisemblable, on doute que la requérante ait poursuivi ses études préalables après l'introduction, le 13 octobre 2011 du recours que la société momentanée bpost-speos a mis en œuvre contre la décision d'attribution de la concession.

- Est contredite par ses écrits, dernièrement un e-mail qu'elle a adressé le 29 décembre 2011 au Service public fédéral Mobilité et Transports, où elle reconnaît que ce qu'elle a déjà préparé doit encore être expérimenté («nous souhaiterions pouvoir commencer à tester les interfaces techniques pour échanges de données avec le SPF dès la semaine prochaine»).(D.A., pièce 10).

Ne pas être prête, donc; au-delà de la nécessité d'obtenir l'accord de la partie adverse sur les prototypes, on observe que, dans son offre pour l'attribution de la concession de service, elle a d'ailleurs prévu un délai de 6 semaines (sur la base : 12 août au 22 septembre 2011) pour effectuer les mises au point informatiques. (D.A., pièce 4).

La capacité de la requérante à exécuter la prolongation du marché dès le 1^{er} janvier constitue un avantage anti-concurrentiel qui contredit l'obligation de mise en concurrence :

Surtout, les éléments de fait que la requérante invoque pour soutenir son affirmation (adoption des premières mesures d'exécution de la concession ayant fait l'objet d'une décision d'attribution le 29 septembre 2011) amènent sa contradiction.

Ce n'est en effet qu'à la faveur des études préalables qu'elle a menées pour exécuter la concession qui venait de lui être attribuée pour pouvoir produire les permis de conduire sur format de carte bancaire dès le 1^{er} janvier 2012 que la requérante prétend qu'elle était donc, elle aussi, en mesure de poursuivre leur production dans les 38 communes concernées par le marché-pilote. (D.A., pièces 6).

Il y aurait dès lors un autre opérateur que la s.a. 3M qui pouvait être techniquement en mesure d'assurer la continuité du service public dans ces 38 communes et l'Etat belge aurait donc dû mettre en concurrence le nouveau marché.

Si on admet l'équivalence technique des capacités de la requérante et de celles de la s.a. 3M au regard de la contrainte de la continuité du service, le constat contredit la position en droit. A la différence de la position de la s.a. 3M, adjudicataire du marché-pilote, l'avantage de la requérante n'est pas admissible, il est anti-concurrentiel.

Sans entrer ici dans la discussion de la légitimité d'un avantage obtenu dans le cadre de l'exécution (en octobre 2011, de manière précontractuelle, en anticipant l'exécution de la concession) d'une décision d'attribution dont l'irrégularité a été déclarée *prima facie* par le Conseil d'Etat, on ne peut que constater que cet avantage a été obtenu par les échanges d'informations qui ont eu lieu entre la requérante et le Service public fédéral Mobilité et Transports. Or, dans le cadre de la mise en concurrence de la prolongation du marché-pilote revendiquée par la requérante, le principe d'égalité entre les soumissionnaires potentiels serait méconnu par l'avantage ainsi obtenu, un privilège qui favorise sans justification

objective un opérateur déterminé (voir p.ex. T.P.I.U.E., 12 mars 2008, Evropaiki Dynamici, aff. T-345/03); ce déséquilibre implique le rétablissement préalable des conditions du principe d'égalité :

- Soit par l'exclusion de l'opérateur qui dispose d'un avantage anti-concurrentiel de la procédure de mise en concurrence du marché (voir, par identité de motifs, l'article 78 de l'arrêt royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics).

Mais alors, comme le démontre l'affirmation (contestée) de la requérante, aucun autre opérateur que la s.a. 3M n'aurait été en mesure d'assurer au 1^{er} janvier 2012 la continuité du service public dans les 38 communes concernées par le marché-pilote.

- Soit par la neutralisation de l'avantage anti-concurrentiel de la requérante, en donnant aux soumissionnaires potentiels un délai équivalent pour réaliser les études et les mesures préalables, pour être prêts à l'exécuter dès son attribution.

Mais alors, le marché n'aurait pu commencer à être exécuté que plusieurs semaines voire plusieurs mois après le 1^{er} janvier 2012, ce qui aurait donc entraîné une rupture du service.

La requérante n'a donc pas d'intérêt à contester l'attribution d'un marché qu'elle ne pouvait pas se voir attribuer (avantage anti-concurrentiel) ou qui ne pouvait pas faire l'objet d'une mise en concurrence (neutralisation de l'avantage anti-concurrentiel) à la date à laquelle il devait impérativement commencer à être exécuté."

La partie intervenante fait valoir que :

" II.1. Absence d'intérêt à agir

5. Il ressort de manière évidente du dossier administratif que la partie requérante ne retirerait aucun bénéfice d'une suspension de la décision du 23 décembre 2011 attribuant à la requérante en intervention l'extension du marché de la phase pilote du Projet Mercurius.

6. La suspension de la décision d'extension reviendrait à forcer les administrations des 38 communes concernées à revenir à la procédure ancienne et à émettre des cartes papier à nouveau jusqu'au moment où un nouveau marché pilote serait attribué.

7. Etant donné la durée limitée du marché pilote (de 6 à 9 mois), l'attribution d'un nouveau marché pilote (qui elle-même prendrait plusieurs mois) serait peu probable, de telle sorte que la suspension ne permettrait pas à la partie requérante d'obtenir l'attribution du marché de l'extension du projet pilote.

8. La requérante en intervention relève que dans un message adressé par la partie requérante à la partie adverse le 29 décembre 2011, soit 4 jours seulement avant le dépôt de sa requête en suspension d'extrême urgence, la partie requérante (Zetes) reconnaissait qu'il était souhaitable d'attribuer à la requérante en intervention (3M Belgium) le marché de l'extension du projet pilote dans le cadre d'une négociation sans mise en concurrence. Ainsi, la partie requérante écrivait-elle que :

«Dans le cadre du passage à une procédure négociée [pour la réattribution du second marché - suspendu - relatif à l'ensemble du territoire belge] nous comprenons qu'il convient d'assurer la continuité du service public et donc qu'une négociation doive intervenir entre l'Etat et 3M sur une prolongation temporaire de la phase pilote, ou sur une nouvelle procédure d'octroi (sans publication préalable). Nous souhaiterions toutefois que cette prolongation n'empêche pas Zetes, de facto, d'obtenir le contrat de concession [du second marché relatif à l'ensemble du territoire belge]. Il est ainsi important que le nombre de communes bénéficiant du nouveau permis soit encadré (gel) et que la durée de l'extension du contrat soit limitée dans le temps (par exemple 3 mois + 3 extensions possible d'1 mois, la procédure négociée pouvant être très rapide). Au cas où 3M ne pourrait/ne voudrait de cette extension à des conditions acceptables pour l'Etat, Zetes est en tout cas prête à produire les nouveaux permis à dater du 1^{er} janvier 2012. Pour ce faire, nous souhaiterions pouvoir commencer à tester les interfaces techniques pour échanges des données avec le SPF dès la semaine prochaine». [...].

9. La durée de l'extension finalement accordée à la requérante en intervention (6 + 3 mois) n'est pas très différente de celle jugée acceptable le 29 décembre 2011 par la partie requérante (3 + 3 mois).

10. Au vu de ce qui précède, la partie requérante n'a donc aucun intérêt à agir dans la présente procédure.

II. 2. Incapacité de la partie requérante à reprendre le projet pilote sans compromettre la continuité de ce projet ou la sécurité des permis de conduire délivrés

11. Par la dernière phrase citée sous le point 9, la partie requérante reconnaissait en outre de manière implicite le 29 décembre 2012 ne pas être en mesure de continuer le marché pilote : avant de pouvoir reprendre le marché, elle demandait à pouvoir tester les interfaces techniques. Ceci ne saurait être réalisé en quelques jours, et certainement pas la dernière semaine de l'année, en l'absence de l'essentiel du personnel (notamment informatique) de l'administration.

12. L'incapacité de la requérante en intervention à reprendre le marché pilote à compter du 1^{er} janvier 2012 ressort très clairement des considérations exposées par la partie adverse dans sa note d'observations.

13. La requérante en intervention souhaiterait ajouter les observations suivantes :

14. Le marché pilote octroyé à la requérante en intervention depuis 2010 n'a pas pour objet la fourniture de simples cartes, mais la fourniture d'un service sécurisé d'émission d'un document officiel reconnu internationalement : le permis de conduire. L'aspect sécurité du marché est essentiel. La sécurité des permis de conduire délivrés dans le cadre du projet pilote repose essentiellement sur l'utilisation de logiciels et d'une plateforme informatique sécurisée, et sur la fabrication de cartes comportant des signes distinctifs précis connus des autorités belges et internationales.

15. En pratique, il est impossible pour un autre opérateur que la requérante en intervention d'utiliser les logiciels, l'infrastructure, et les matériels réalisés pour l'exécution du projet pilote, dans la mesure où ils sont pour l'essentiel protégés par des droits de propriété intellectuelle appartenant à la requérante en intervention, ou qui lui ont été donnés en licence exclusive, ou qui relèvent de son savoir-faire.

16. Un autre opérateur devrait donc apporter ses propres produits, logiciels, matériels et savoir-faire, et les substituer à ceux utilisés actuellement dans le cadre du projet pilote par les 38 communes concernées, l'administration fédérale belge, les forces de police belge et étrangères, et les agences internationales telles Interpol et Europol. Il n'a d'ailleurs jamais été de l'intention de la partie requérante d'utiliser autre chose que ses propres technologies et produits.

17. Après avoir apporté ses technologies propres, le nouvel opérateur aurait dû en outre assurer l'interopérabilité entre son propre système et celui de la requérante en intervention, ce qui est nécessaire pour permettre une vérification de l'authenticité des permis de conduire contrôlés. Une telle interopérabilité aurait pris de nombreux mois, et impliqué des coûts de développement très élevés, que l'extension du projet pilote n'aurait pu justifier.

Premier élément du système sécurisé : interface sécurisée entre l'opérateur et l'administration

18. Au centre du dispositif de sécurité se trouve l'infrastructure logicielle et informatique, et en particulier l'interface de contrôle entre le ministère et l'opérateur. Le système prévoit la réception par l'opérateur d'un fichier de données envoyé par le ministère, la validation de ces données, leur insertion dans une base de données centrale, et l'envoi d'un accusé de réception sécurisé au ministère. La base de données comprend également des données spécifiques générées par l'opérateur, par exemple le numéro de série de la carte et sa date de production. Les fichiers de données complets sont envoyés par lots vers les machines de productions, qui contiennent elles-mêmes des procédures de sécurité de telle sorte que dans 100 % des cas une seule carte peut être produite pour chaque fichier de données. Le développement, le test, et la mise en route totalement sécurisée d'un tel système prend du temps :

- de 4 à 6 semaines pour l'établissement de l'ensemble des connexions sécurisées entre les postes de travail et les systèmes de production concernés (2 à 3 jours par connexion, en ce compris les tests);

- les serveurs doivent ensuite être configurés afin de fournir l'ensemble des fonctionnalités exigées dans le cahier des charges (comme par exemple l'installation d'un système de signalement automatique pour chaque spécification), ce qui prend plusieurs semaines;

- une fois l'ensemble des connexions réalisées et testées, et que le système est prêt, des tests de certification et d'intrusion doivent être réalisés sur cette configuration finale avant de pouvoir garantir au ministère que cette configuration rencontre ou excède les exigences du cahier des charges.

19. Si l'on en croit le message du 29 décembre 2011 de la partie requérante, l'ensemble de ces tests restait à faire à cette date.

Reconnaissance des cartes par les différents acteurs

20. Il est essentiel pour les forces de police belges et étrangères de pouvoir reconnaître facilement un document authentique d'un faux. Ceci repose sur un examen des cartes, et leur comparaison avec certains signes distinctifs. Ces signes distinctifs sont résumés sur le document d'information repris en Pièce 2, et incluent notamment :

- un motif de fond complexe,
- une incrustation de la photo par une technologie laser,
- un motif sensible au toucher des deux côtés de la carte,
- une carte de la Belgique dans une encre à rendu optique variable,
- un dispositif de rendu optique variable au recto de la carte, et
- une photo au format réduit dans un rendu optique variable.

21. Chacun de ces dispositifs a recours à des techniques, logiciels, et matériels très spécifiques, lesquels donnent un résultat unique. Une contrefaçon qui au premier abord pourrait ressembler à une carte authentique ne pourrait résister à un examen plus approfondi. Afin de pouvoir procéder à cet examen, les autorités concernées doivent recevoir des exemplaires des cartes et être formées, ce qui prend du temps.

22. Si le marché pilote avait été attribué à une autre société que la requérante en intervention, des techniques, logiciels et matériels différents auraient été utilisés. Afin que ces nouvelles cartes soient reconnues comme authentiques, il aurait été nécessaire de former l'ensemble des autorités amenées à contrôler les permis de conduire, et notamment les forces de police belges et étrangères (110 cartes type ont été remises aux forces de police des pays membres de l'Union européenne et agences internationales - voir Pièce 3). Le faire dans un délai de quelques jours, voire quelques semaines aurait été tout à fait impossible.

23. Ces nouvelles cartes auraient également dû coexister avec les cartes émises en 2010 et 2011 dans le cadre du projet pilote, avec le permis papier, et dans l'avenir avec les cartes à émettre dans le cadre du second marché à attribuer, relatif à l'ensemble du territoire belge.

24. L'attribution du marché pilote à un autre opérateur aurait dès lors été source d'une très grande confusion et aurait pu poser un problème de reconnaissance des permis de conduire au format carte de crédit en Belgique, et du permis de conduire belge de manière générale à l'étranger.

Autres éléments ayant un impact sur la capacité de la partie requérante à reprendre le projet pilote au 1^{er} janvier 2012

25. Tout d'abord, le matériau utilisé et le processus de fabrication des cartes a fait l'objet d'une certification assurant leur durabilité, fonctionnalité et qualité. Tout changement de fournisseur aurait exigé une nouvelle certification de la carte, ce qui prend entre un mois et six semaines.

26. Par ailleurs, la réalisation des motifs en reliefs sur la carte exige la fabrication de plaques en acier laminé, ce qui prend de 4 à 6 semaines.

27. Enfin, la réalisation des hologrammes nécessite la fabrication de bobines de film synthétique et l'application de ces films sur des feuilles de polycarbonate, ce qui prend de 6 à 7 semaines pour la réalisation de la bobine elle-même, et environ quatre semaines pour l'application sur les plaques."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Au regard du dossier administratif, l'urgence à laquelle la partie adverse s'est trouvée confrontée le 23 décembre 2011, apparaît, *prima facie*, être liée à l'une des deux causes suivantes.

Soit elle est due au fait qu'elle n'a pas tenu compte, en organisant la procédure d'octroi de la concession, du risque prévisible d'une éventuelle suspension de l'exécution de sa décision d'attribution par le Conseil d'Etat et du délai nécessaire pour garantir la continuité de la distribution de permis de conduire au format de carte bancaire, par l'attribution d'un nouveau marché public, avant le 1^{er} janvier 2012, dans le respect des règles relatives à la concurrence.

Soit cette urgence résulte de ce qu'après le prononcé de l'arrêt n° 216.251 du 10 novembre 2011, la partie adverse n'a pas agi avec la diligence requise pour attribuer un tel marché public malgré qu'elle disposait d'un délai suffisant pour le faire avant le 1^{er} janvier 2012.

Dans ces deux hypothèses, l'urgence est due à la partie adverse.

Celle-ci ne pouvait donc attribuer, sans mise en concurrence, le nouveau contrat litigieux en se fondant sur l'article 17, § 2, 1^o, c), de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dès lors que l'urgence ne résultait pas d'un événement imprévisible pour la partie adverse mais qu'elle était due à son fait, comme cela vient d'être exposé.

Elle ne pouvait davantage se baser sur l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics étant donné que la décision attaquée emporte l'attribution d'un nouveau marché public et non une simple modification du contrat précité.

Elle n'était pas autorisée non plus à se dispenser d'une mise en concurrence en se fondant sur l'article 17, § 2, 1^o, f), de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

En effet, même si la requérante n'avait pas été prête à débiter l'exécution de ce marché public, dès le 1^{er} janvier 2012, comme le soutiennent les parties adverse et intervenante, cette difficulté n'aurait pas été due exclusivement à ses spécificités techniques. Elle aurait été essentiellement liée à l'insuffisance du délai que la partie

adverse accordait pour débiter l'exécution du contrat, et ce, en raison de l'urgence qu'elle avait créée.

Par ailleurs, sans qu'il soit besoin de déterminer si la loi de la continuité du service public pouvait fonder une dérogation à l'obligation de mise en concurrence, dans les circonstances de l'espèce, il suffit de constater que la partie adverse n'établit pas que la durée du marché public litigieux est limitée au temps strictement nécessaire pour conclure un nouveau contrat dans le respect des règles relatives à la concurrence et pour éviter une interruption du service public.

Il se déduit de ce qui précède que la partie adverse ne pouvait se dispenser de procéder à une mise en concurrence pour attribuer le marché public litigieux.

Si, comme la partie adverse le soutient, la requérante disposait d'un avantage par rapport à d'autres concurrents, en raison du fait qu'à la différence de ceux-ci, elle aurait été davantage en mesure de débiter l'exécution du contrat le 1^{er} janvier 2012, elle ne pouvait le neutraliser en excluant la requérante de la procédure de passation du marché public.

En effet, comme la partie adverse le relève, cet avantage était également susceptible d'être neutralisé en accordant aux soumissionnaires un délai plus long pour commencer l'exécution du contrat. Cet autre moyen de neutralisation n'aurait été préjudiciable ni à la requérante, ni à d'autres soumissionnaires.

Dès lors que la partie adverse disposait de deux possibilités pour neutraliser l'avantage, dont l'une n'était pas de nature à affecter la requérante, le principe de proportionnalité s'opposait, dans les circonstances de l'espèce, à ce que la partie adverse l'exclût d'une mise en concurrence étant donné que ce choix lui était préjudiciable et qu'il ne pouvait être justifié par l'urgence à laquelle la partie adverse était confrontée car elle l'avait causée.

Par ailleurs, étant donné que, selon la partie adverse, la requérante bénéficiait d'un avantage qu'elle devait neutraliser et que cette neutralisation supposait, comme cela vient d'être exposé, qu'un délai plus long pour commencer l'exécution du contrat fût accordé aux soumissionnaires, le fait de savoir si la requérante était capable de l'exécuter, dès le 1^{er} janvier 2012, est sans pertinence pour apprécier son intérêt au recours.

La requérante dispose donc de l'intérêt requis pour solliciter la suspension de l'exécution de la décision entreprise dès lors que la partie adverse

devait procéder à une mise en concurrence pour attribuer le marché public litigieux et ne pouvait l'en exclure.

Cette suspension serait susceptible de lui procurer un avantage car la partie adverse pourrait engager une nouvelle procédure dans le cadre de laquelle la requérante aurait la faculté de soumettre une offre et aurait la possibilité d'obtenir l'attribution du contrat.

Le recours est donc recevable.

VI. MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un moyen unique pris "de l'excès de pouvoir et de la méconnaissance de :

- la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services en ses articles 1^{er}, 13, 17, § 2, 65/4, 65/5 et 65/8;
- l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, notamment l'article 7;
- l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment l'article 120bis;
- la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3;
- du principe d'égalité de traitement, de libre concurrence et de bonne administration, ainsi que de l'obligation de transparence;
- et de l'obligation de motivation matérielle (erreur ou contradiction dans les motifs)."

Elle soutient que :

- " A. Quant à la première branche : Recours illégal à l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 pour la prolongation du marché existant
16. L'Etat belge a apparemment décidé de prolonger le contrat existant avec 3M. Or, il sera démontré ci-après que l'Etat belge ne disposait d'aucune base légale ou réglementaire pour fonder cette prolongation.
17. Certains pouvoirs adjudicateurs tentent de prolonger des marchés existants sur la base de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996. Cette disposition précise ce qui suit :
- «Quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu.».
- Le recours à cet article ne peut cependant permettre à un pouvoir adjudicateur d'enfreindre la législation relative aux marchés publics (et, en particulier, l'article 17 de la loi) et d'attribuer, au moyen de l'article 7 précité, un nouveau contrat sans mise en concurrence.

18. A cet égard, votre Conseil considère que la «prolongation» d'un contrat existant doit s'analyser, en droit, comme un nouveau contrat, dont l'attribution par procédure négociée sans respecter de règle de publicité n'est possible que pour autant qu'on satisfasse aux conditions de l'article 17, § 2 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics.

Dans un arrêt récent du 18 janvier 2011, votre Conseil a en effet jugé que :

«A la demande de l'Auditorat, il ressort du cahier spécial des charges à la base de l'attribution du marché initial à ATTENDS que le marché initial court jusqu'au 31 décembre 2010. Ce cahier ne prévoit pas de possibilité de prolongation, de sorte que [le marché litigieux] constitue un nouveau marché qui a été attribué sans faire l'objet d'une adjudication ou d'un appel d'offres.

(...)

Le recours à la procédure négociée sans publicité doit être formellement motivé. C'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant son recours existent effectivement».

Votre Conseil a, par ailleurs, jugé que :

«En cas d'adjudication de travaux d'entretien pour une durée déterminée, la fixation du terme n'est pas une simple clause du marché mais relève de l'objet même de celui-ci.

En tout état de cause, la prorogation pour douze ans du terme initial de cinq ans, déjà prorogé de six ans, pour lequel des travaux de dragage d'entretien avaient été adjudugés ne saurait être considérée que comme un marché nouveau».

De même, selon Véronique VANDEN ACKER, «si la renégociation touche à l'objet même du contrat voire à ses éléments essentiels, elle pourrait être considérée comme la conclusion d'un nouveau marché. Or pour valablement conclure un nouveau contrat, sans aucune consultation, publicité ou mise en concurrence préalable, l'adjudicateur doit pouvoir invoquer dans le cas d'espèce une des hypothèses visées à l'article 17, § 2 de la loi du 24 décembre 1993. Ainsi, il a été jugé que le renouvellement d'un contrat n'est rien d'autre que l'attribution irrégulière d'un nouveau contrat, sauf à établir l'existence d'une exclusivité technique, un monopole de fait ou de droit dans le chef de l'entrepreneur, prestataire de services ou fournisseur qui bénéficie de ce renouvellement.».

En d'autres termes, il ne peut donc être recouru à l'article 7 de l'arrêté royal précité pour prolonger un contrat existant.

Le recours illégal à l'article 7 précité dans le cadre du marché litigieux viole donc les principes de bonne administration, le principe d'égalité de traitement et la libre concurrence.

Il prive ainsi la partie requérante de la possibilité de poser sa candidature pour les mêmes services durant la nouvelle période faisant l'objet de l'avenant.

19. Il ressort de ce qui précède que la prolongation d'un contrat existant doit s'analyser comme l'attribution d'un nouveau contrat.

Par conséquent, la prolongation du contrat nécessite la conclusion d'un contrat distinct du contrat de marché public d'origine, sur la base d'une des hypothèses prévues à l'article 17, § 2, de la loi. Cette décision doit être motivée formellement en vertu de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 et de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, quod non.

Or, il sera démontré ci-après que la partie adverse n'était pas fondée à recourir à une procédure négociée sans publicité pour le marché relatif au projet pilote, aucune hypothèse de l'article 17, § 2, ne trouvant à s'appliquer.

B. Quant à la seconde branche : recours illégal à la procédure négociée sans publicité

20. L'article 13 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics dispose ce qui suit :

«Les marchés publics sont passés par adjudication ou par appel d'offres. Ils ne peuvent être passés par procédure négociée que dans les cas énumérés à l'article 17. Le Roi détermine les conditions éventuelles auxquelles le choix du mode de passation est subordonné.»

Si le pouvoir adjudicateur peut choisir librement entre l'adjudication et l'appel d'offres, il n'en va pas de même pour le choix de la procédure négociée sans

publicité qui doit obligatoirement répondre à une des justifications strictes et limitatives prévues par l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993.

La procédure négociée constitue donc une procédure exceptionnelle, en ce qu'elle «déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi».

Par conséquent, en raison du fait que cette procédure déroge au principe de concurrence, les hypothèses autorisant d'y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement.

1) Motivation formelle

21. Le choix de la procédure négociée n'a, à la connaissance de la partie requérante, fait l'objet d'aucune décision de la partie adverse, alors que le recours à la procédure négociée doit faire l'objet d'une décision du pouvoir adjudicateur, et que cette décision doit être motivée formellement, tant en droit qu'en fait.

L'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 impose en effet spécifiquement d'établir une décision motivée lorsqu'il est recouru à la procédure négociée sans publicité.

Le moyen qui met en cause l'absence de décision de recourir à la procédure négociée ou, en cas d'existence d'une telle décision, l'absence de justification de recourir à une telle procédure touche à l'ordre public.

En conséquence, toute justification a posteriori du recours à la procédure négociée dans le cadre du présent marché doit être qualifiée de tardive.

2) A titre subsidiaire : motivation matérielle : les hypothèses de l'article 17, § 2

22. Quand bien même la partie adverse aurait établi une décision de recourir à une procédure négociée sans publicité, cette décision ne peut reposer que sur des motifs de fait ou de droit erronés.

- Consultation de plusieurs soumissionnaires potentiels :

23. L'article 17, § 2, énumère limitativement les hypothèses de recours à la procédure négociée sans publicité :

«Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque : (...)»

Cet article pose comme principe général : la consultation de plusieurs prestataires de service lorsque cela est possible.

En l'espèce, avant même d'analyser les hypothèses de recours à la procédure négociée sans publicité dont aurait pu se prévaloir erronément la partie adverse, la partie requérante souhaite attirer l'attention de votre Conseil sur le fait que l'Etat belge avait la possibilité de consulter plusieurs prestataires de services, ou, à tout le moins deux : la société 3M, attributaire du marché pilote, et la partie requérante.

En effet, comme indiqué ci-dessus dans le cadre de l'intérêt, la partie requérante, en suite de la décision d'attribution de la concession, a pris les mesures nécessaires pour être prête à exécuter la concession à partir du 1^{er} janvier 2012. Les investissements ont été réalisés et les premiers documents relatifs aux permis ont été produits. De même, l'équipe opérationnelle est prête et les éventuels congés pendant les fêtes de fin d'année ont été annulés.

En d'autres termes, la partie requérante était prête à exécuter un nouveau marché passé par procédure négociée sans publicité à partir du 1^{er} janvier 2012 ou à poursuivre le projet pilote, et la partie adverse ne pouvait l'ignorer.

Si le recours à une procédure négociée sans publicité était légal pour attribuer le marché - quod non -, la partie adverse aurait dû, à tout le moins, consulter plusieurs prestataires de services, ce qu'elle n'a pas fait.

- Hypothèses de procédure négociée :

24. La première hypothèse de recours à la procédure négociée sans publicité est la valeur du marché. Il peut être passé par procédure négociée lorsque la dépense n'atteint pas 67.000 euros HTVA. En l'espèce, compte tenu de l'objet du marché, il est peu probable que le marché soit inférieur à 67.000 euros. En outre, pour calculer ce seuil, il faut tenir compte des éventuelles reconductions possibles. Il va, en effet, de soi que les marchés dont le montant estimé est supérieur à 67.000 euros

HTVA ne peuvent être fractionnés artificiellement pour pouvoir entrer dans cette hypothèse.

25. La procédure négociée sans publicité peut également être justifiée par l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur, qui ne lui permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou négociée avec publicité.

Pour invoquer ce cas, il est indispensable qu'il y ait donc cumul des trois conditions suivantes :

- Urgence impérieuse de l'exécution :

La passation du marché doit se révéler comme strictement nécessaire au moment où elle est décidée. En d'autres termes, l'on ne pourrait recourir à une procédure négociée sans publicité via l'urgence impérieuse si le besoin s'étale sur plusieurs mois ou années ! Par essence, l'urgence est ponctuelle : par conséquent, une fois le besoin urgent disparu, le marché doit être remis en concurrence.

- Impossibilité de respecter les délais exigés par les autres procédures :

Il doit pouvoir être démontré qu'il n'est pas possible de respecter les délais exigés par une procédure générale ou restreinte (délais raccourcis). Le délai minimum absolu pour les marchés non européens est de seulement 10 jours (minimum 7 jours de publication). En l'espèce, la décision d'attribution de la concession est suspendue depuis le 10 novembre 2011. Le pouvoir adjudicateur disposait donc de 51 jours depuis l'arrêt de suspension du Conseil d'Etat. L'Etat belge avait donc le temps de relancer une procédure selon des délais raccourcis, ne fût-ce que pour prolonger le projet pilote. Ainsi, par exemple, pour un marché de services au-dessus des seuils européens, en adjudication restreinte ou appel d'offres restreint, le délai peut, en cas d'urgence (non impérieuse) être réduit à 25 jours (15 jours pour les dossiers de candidature + 10 jours pour les offres).

- Circonstances imprévisibles non imputables au pouvoir adjudicateur :

L'article 120bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics précise cependant que «les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur».

Donc, il doit s'agir de circonstances que le pouvoir adjudicateur ne pouvait raisonnablement prévoir.

Le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas invoquer la suspension, par le Conseil d'Etat, de la décision d'attribution de la concession puisqu'il ne s'agit pas d'une circonstance lui étant étrangère.

Dans l'exposé des motifs de la loi du 24 décembre 1993, il est cité comme cas urgent l'exécution d'une entreprise à la place d'un entrepreneur tombé en faillite et ceci à ces frais et risque. Le recours à cette procédure est donc très restrictif. Seules des situations de catastrophes (inondations, péril en la demeure, etc.) peuvent rencontrer cette hypothèse, le moyen et le long terme pouvant être géré par l'intermédiaire de procédures classiques.

Or, en l'espèce, l'urgence ici éventuellement invoquée serait imputable à la partie adverse dès lors que sa décision a été suspendue en raison de l'illégalité dont elle est entachée.

A cet égard, votre Conseil a déjà jugé que «l'éventualité pour un pouvoir adjudicateur de devoir recommencer une procédure de marché public en raison de difficultés, telles que celles survenues dans le cadre de la première procédure, n'est pas un événement imprévisible au sens de l'article 17, § 2, 1^o, c), de la loi du 24 décembre 1993. En effet, le risque d'être confronté à des offres irrégulières ou à des prix inacceptables est une possibilité à laquelle un pouvoir adjudicateur doit raisonnablement s'attendre et qu'il doit prévoir. Le pouvoir adjudicateur peut d'autant moins se prévaloir du retard lié à l'engagement d'une nouvelle procédure que sa décision de mettre fin à la première procédure était illégale».

Ou encore :

«Tel n'est pas le cas lorsque l'urgence a résulté des tergiversations du maître de l'ouvrage qui a attribué le marché une première fois, après la procédure d'appel d'offres restreint, à un soumissionnaire insuffisamment agréé alors qu'il existait une offre dont la régularité n'était pas contestée et dont il n'est pas démontré qu'elle n'était pas intéressante, puis a retiré sa décision pour en prendre une autre

consistant à attribuer quand même le marché, pour partie, au soumissionnaire qui avait remis une offre irrégulière.»

Un marché conclu sur la base de l'article 17, § 2, 2°, a), de la loi serait donc illégal.

26. Une autre hypothèse de recours à la procédure négociée est celle relative à «l'exclusivité», visée à l'article 17, § 2, 1°, f). Cette disposition précise qu' :

«Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque : (...)

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services :

f) les travaux, fournitures ou services ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé».

Ainsi, un pouvoir adjudicateur est en droit de conclure un contrat avec une société ou un particulier sans respecter les règles de publicité si les services ne peuvent – en raison de la protection de droits d'exclusivité ou d'une exclusivité technique ou artistique – être confiés qu'à un seul prestataire de services déterminé.

La Cour de justice de l'Union européenne a, à ce propos, jugé, que si le pouvoir adjudicateur ne démontrait pas à suffisance les «raisons» qui justifient le recours à un seul soumissionnaire, la procédure négociée sans publicité était irrégulière.

En l'espèce, l'État belge ne pourrait recourir à une telle procédure, dès lors que ZETES est également apte à exécuter le marché. Il n'existe, par conséquent, aucune «spécificité technique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité», qui justifierait que l'État belge ait été obligé d'attribuer la prolongation du marché directement à 3M.

Un marché attribué sur la base de l'article 17, § 2, 1°, f) serait donc également illégal.

27. Enfin, la partie requérante examine également l'hypothèse prévue à l'article 17, § 2, 2°, a). Cette disposition permet d'attribuer le marché par procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence au prestataire du premier marché, lorsque :

«dans le cas d'un marché public de travaux ou de services :

des travaux ou services complémentaires ne figurant pas au projet initial adjudgé ni au premier contrat conclu sont, à la suite d'une circonstance imprévue, devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, pour autant que l'attribution soit faite à l'adjudicataire qui exécute ledit ouvrage ou service et que le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires n'excède pas 50 p.c. du montant du marché principal :

- lorsque ces travaux ou services ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur;
- lorsque ces travaux ou services, quoique séparables de l'exécution du marché principal, sont strictement nécessaires à son perfectionnement» [...].

Pour y recourir, il faut que les services envisagés dans le cadre de la prolongation répondent aux conditions cumulatives suivantes :

- les services doivent constituer des services complémentaires qui ne figuraient pas au projet initial;
- qui sont devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue;
- le budget pour la prolongation ne doit pas dépasser 50 % du marché initial;
- les services envisagés ne peuvent pas être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur ou sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Les travaux parlementaires précisent qu'on entend par «services complémentaires» les services qui constituent des extensions d'entreprise en cours et qui portent sur le rattachement à celles-ci de travaux ou de services situés en dehors des limites de l'objet initial de ces marchés. Le caractère complémentaire s'apprécie en fonction du marché initial, et non pas d'autres besoins du pouvoir adjudicateur. En l'espèce, il ne pourrait s'agir de «services complémentaires», puisqu'il s'agit de l'exécution de services de même nature qui figuraient au marché initial. La première condition fait donc défaut.

En outre, s'agissant de la condition relative à l'impossibilité technique ou économique d'attribuer le marché à une autre entreprise, la partie requérante

souligne que ZETES est d'ores et déjà apte à exécuter le marché, ZETES s'étant préparé en tant que concessionnaire pressenti. Cette condition ferait donc également défaut.

Enfin, en prenant comme il se doit la longueur totale du marché, en ce compris les éventuelles reconductions, il est fort peu probable que le seuil de 50 % ait été respecté.

Les conditions cumulatives de la disposition ne sont donc manifestement pas réunies.

A nouveau, cette hypothèse de recours à la procédure négociée ne pourrait donc fonder la prolongation du contrat, les conditions pour y recourir n'étant pas satisfaites.

28. En conclusion, que l'on soit dans le cadre de la prolongation du contrat existant avec 3M ou dans le cadre d'une nouvelle procédure, aucune des hypothèses prévues à l'article 17, § 2, de la loi ne permettait à l'Etat belge d'attribuer le contrat, ou de le prolonger, directement à 3M.

29. Par conséquent, il ressort de ce qui précède que la partie adverse a méconnu les dispositions et principes visés au moyen en prolongeant le marché relatif à la phase pilote du Projet Mercurius attribué à 3M.

Le moyen doit donc être déclaré sérieux."

La partie adverse répond que :

" Remarque générale :

L'Etat belge n'ignore pas les développements de la jurisprudence, en particulier depuis l'arrêt Presstext, aff. C-454/06, que la Cour de justice de l'Union européenne a rendu le 19 juin 2008, et, notamment, l'arrêt n° 210.497, n.v. SCA Hygiene Products, que le Conseil d'Etat a rendu le 18 janvier 2011 à propos de la reconduction d'un marché arrivé à son terme.

Il résulte de cette jurisprudence qu'un pouvoir adjudicateur ne pourrait plus faire application de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 pour prolonger l'exécution d'un marché arrivé à son terme, même en cas de nécessité. Selon les critères établis par la jurisprudence, la prolongation de l'exécution d'un marché au-delà de son terme peut constituer un nouveau marché, ce qui le fait concrètement sortir du champ d'application des règles générales d'exécution et le fait basculer dans le champ de la passation des marchés publics.

L'Etat belge n'entend pas remettre en cause ici cette jurisprudence et la qualification de nouveau marché de la prolongation du marché-pilote dont la s.a. 3M était adjudicataire; il fait toutefois observer que, dans la rigueur de ses principes, cette jurisprudence compromet l'action du pouvoir adjudicateur qui, dans certaines circonstances doit pouvoir, comme en droit commun des contrats, modifier les conditions d'exécution d'un marché, lorsque, dans les circonstances de l'espèce, le marché sert la continuité du service et la solution est évidente, rationnelle et économique.

Il ne discutera donc pas le sérieux du moyen en répondant au grief de violation de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996. Il ne discutera pas plus en répondant systématiquement aux arguments tirés du non-respect des conditions légales de recours à la procédure négociée sans publicité, ou du principe d'égalité et des principes qui lui sont liés dans l'attribution d'un marché public.

La prolongation du marché-pilote, même qualifiable de nouveau marché, pouvait en effet être attribuée par procédure négociée et sans mise en concurrence (sans consulter plusieurs opérateurs économiques, en particulier sans consulter la requérante), en application de l'article 17, § 2, 1°, f, de la loi du 24 décembre 1993. Même si cette disposition n'est pas formellement identifiée dans les décisions attaquées, les éléments de fait sur lesquels cette décision est fondée justifient son application et, par substitution de motifs de droit, la décision reste donc valide.

L'Etat belge répond au préalable au grief tiré de la violation de l'obligation de motivation formelle.

La décision attaquée est formellement motivée :

Le grief est généré par l'ignorance (feinte ou non, peu importe) de son contenu concret par la requérante.

La décision du Secrétaire d'Etat à la Mobilité a été prise sur la base des éléments de fait et droit qu'il a exposés au Conseil des Ministres du 23 décembre 1993 [lire 2011] pour justifier sa décision d'attribuer à la s.a. 3M la prolongation du marché-pilote, par procédure négociée sans publicité. Qu'ils soient exacts ou pas, ces éléments constituent les motifs de sa décision. (D.A., pièces 9).

Le formalisme de la motivation doit rester raisonnable, il n'est pas un absolutisme; lorsque le pouvoir adjudicateur est dans les conditions d'application de l'article 17, § 2, 1^o, f, de la loi du 24 décembre 1993, lorsqu'il y a un seul opérateur en mesure d'exécuter le marché, il est inutile d'exposer à celui-ci, qui est le seul destinataire possible de la décision d'attribution, la raison pour laquelle le marché lui est attribué.

Il suffit de constater que les motifs de fait et/ou de droit qui justifient l'action du pouvoir adjudicateur existaient bien au moment où il a pris sa décision (ce que le formalisme de la motivation tend à garantir), qu'ici, le Secrétaire d'Etat à la Mobilité a exprimé formellement devant le Conseil de Ministres sa volonté d'attribuer à la s.a. 3M la prolongation du marché-pilote, par procédure négociée sans publicité, pour les motifs de fait et droit qu'il a exposés devant lui.

Dans ce contexte, la décision attaquée rencontre donc bien l'objectif poursuivi par l'obligation de motivation formelle et elle doit être considérée comme étant formellement motivée.

La prolongation du marché-pilote pouvait être attribuée à la s.a. 3M sans mise en concurrence :

En application de l'article 17, § 2, 1^o, f, de la loi du 24 décembre 1993, un marché de services peut être attribué sans mise en concurrence (et, donc, sans consulter «si possible» plusieurs opérateurs économiques) à un opérateur déterminé lorsque, en raison des «spécificités techniques», il ne peut être confié qu'à lui.

Cette contrainte doit être démontrée.

La requérante soutient qu'elle était également en mesure d'exécuter la prolongation du marché-pilote, en s'appuyant sur les réunions de travail qu'elle a eues avec le Service public fédéral Mobilité et Transports au mois d'octobre 2011 et sur les études qu'elle a effectuées dans le cadre de ces réunions, en prévision de l'exécution de la concession de services dont la décision d'attribution venait d'être prise, le 29 septembre 2011 (recours, p. 12).

L'affirmation, qui n'établit déjà pas la réalité des faits qu'elle exprime en raison de son caractère unilatéral, ne permet pas de renverser la perspective adoptée par la partie adverse.

Premier élément de la contrainte, la continuité du service à partir du 1^{er} janvier 2012 :

La contrainte à laquelle la partie adverse était soumise, la nécessité, impérative, d'assurer la continuité du service dans les 38 communes concernées par le projet-pilote dès le 1^{er} janvier 2012, n'est pas contestée par la requérante. Elle l'a d'ailleurs reconnue lorsque, dans son e-mail adressé le 29 décembre 2011 au Service public fédéral Mobilité et Transports, elle a écrit «Dans le contexte du passage à une procédure négociée, nous comprenons qu'il convient d'assurer la continuité du service public et donc qu'une négociation doive intervenir entre l'Etat et 3M sur une prolongation temporaire de la phase pilote, ou sur une nouvelle procédure d'octroi (sans publication préalable). Nous souhaiterions cependant que cette prolongation n'empêche pas Zetes, de facto, d'obtenir le contrat de concession. Il est ainsi important que le nombre de communes bénéficiant du nouveau permis soit encadré (gel) et que la durée de l'extension du contrat soit limitée dans le temps (par exemple 3 mois + 3 extensions possible d'1 mois, la procédure négociée pouvant être très rapide)». (D.A., pièce 10).

Au demeurant, cette contrainte temporelle est générée par des éléments objectifs, la nécessité pour ces communes d'adopter une modification à leur budget pour l'année 2012; afin de dégager des capacités financières pour revenir à l'ancien système de délivrance des permis de conduire sous format papier, et de revenir dans les procédures de collecte des données propres à cet ancien système qu'elles ont abandonnées lorsque le système du marché-pilote a été installé.

La décision attaquée repose sur ce motif de fait que, avant de la prendre, le Secrétaire d'État à la Mobilité a exposé au Conseil des Ministres (e.a. point 1, p. 2 : «Il n'est en effet pas possible, dans les communes en question où se déroule le projet-pilote, de revenir après le 31 décembre 2011 à l'ancien système de permis de conduire "papier". Les communes n'ont en effet plus accès à l'ancienne banque de données des permis de conduire et il est quasi impossible d'activer à nouveau l'application IT 191 au sein du Registre National pour la période écoulée depuis le démarrage du projet-pilote»). (D.A., pièce 9.1).

Deuxième élément de la contrainte, l'impossibilité de faire exécuter la prolongation du marché-pilote par un autre opérateur que la s.a. 3M :

Aucun opérateur autre que l'adjudicataire du marché-pilote ne pouvait poursuivre ce marché sans interruption du service de délivrance des permis de conduire au format carte bancaire. Pour l'attribution de la deuxième phase du projet, la concession du service mise en concurrence au mois d'avril 2011, tous les opérateurs ont prévu un délai de 4 ½ à 5 mois avant de pouvoir entamer la délivrance des permis de conduire, même dans les 38 communes du marché-pilote où le nouveau système est en application :

- La requérante : 4 ½ mois (sur la base : attribution du marché le 15 juillet 2011; début de la production des cartes pour les commune du marché-pilote le 1^{er} décembre 2011).

- Safran : 4 ½ mois (sur la base : attribution du marché le 11 juillet 2011; début de la production des cartes pour les commune du marché-pilote le 2 décembre 2011).

- Oberthur : 5 mois (sur la base : attribution du marché mi-juillet 2011 ; début de la production des cartes pour les commune du marché-pilote mi-décembre 2011).

(D.A. pièces 4).

A supposer même que la question fut posée déjà le 10 novembre 2011, au moment où le Conseil d'Etat a ordonné la suspension de l'exécution de l'attribution de la concession, aucun de ces opérateurs n'était donc en mesure de poursuivre la délivrance des permis de conduire au format de carte bancaire dans ces 38 communes à partir du 1^{er} janvier 2012, voire, si on devait admettre une interruption temporaire – ce qui ne se conçoit pas –, dans les semaines, les mois, qui suivent.

Cette situation est une donnée objective; elle est établie par les prévisions des opérateurs concurrents de la s.a. 3M. Elle justifie donc l'application de l'article 17, § 2, 1^o, f, de la loi du 24 décembre 1993 pour confier à la s.a. 3M l'exécution de la prolongation de marché-pilote au-delà de son terme, dès le 1^{er} janvier 2012.

Pour les motifs qui ont été développés ci-dessus au point IV relatif à l'intérêt au recours, on ne peut pas admettre l'affirmation de la requérante selon laquelle elle était prête à entamer l'exécution de ce marché dès le 1^{er} janvier 2012 et sa conséquence, la mise en concurrence de la prolongation du marché-pilote. Déjà, cette affirmation est contredite par ses prévisions (rappel, D.A., pièce 4 : 4 ½ mois à partir de l'attribution du marché) et par le besoin dans lequel elle se trouvait encore le 29 décembre 2011 d'expérimenter ses développements (rappel, D.A., pièce 10 : «nous souhaiterions pouvoir commencer à tester les interfaces techniques pour échanges de données avec le SPF dès la semaine prochaine»; dans son offre, D.A., pièce 4, la requérante a prévu un délai de 6 semaines pour les mises au point informatiques); la requérante n'était pas prête à délivrer aux 38 communes les permis de conduire sous format de carte bancaire.

Surtout, à supposer que l'affirmation puisse être retenue, la situation de la requérante constituait un avantage faussant le libre jeu de la concurrence (elle a développé son offre à la faveur des échanges qu'elle a eus avec le SPF Mobilité et Transports, au mois d'octobre 2011, après qu'il ait été décidé de lui attribuer la concession) et imposait soit de l'exclure d'une procédure d'attribution de la prolongation du marché-pilote, soit de neutraliser son avantage anti-concurrentiel en donnant à ses concurrents un délai suffisant (de plusieurs semaines, mois) pour qu'ils puissent, comme la requérante, offrir l'exécution du marché dès son attribution.

Dans le premier cas, il est évident que, seule la s.a. 3M était en mesure d'assurer la délivrance des permis de conduire dans les 38 communes à partir du 1^{er} janvier 2012. L'affirmation de la requérante («je suis prête parce que je me suis préparée à l'exécution de la concession qui m'a été attribuée») suffit à le démontrer. Dans le

second cas l'affirmation de la requérante («je suis prête parce que j'ai préparé l'exécution de la concession qui m'a été attribuée, à partir du début du mois d'octobre 2011 ... mais je dois encore pouvoir tester ce que j'ai développé») annonce un délai avant l'attribution de la prolongation du marché-pilote qui n'est pas compatible avec la contrainte temporelle, un opérateur opérationnel dès le 1^{er} janvier 2012.

La décision attaquée repose aussi sur ce motif de fait que, avant de la prendre, le Secrétaire d'État à la Mobilité a exposé au Conseil des Ministres (e.a. p. 3, point 2 : «Consulter plusieurs candidats est considéré comme impossible, vu le temps restant jusqu'au 1^{er} janvier 2012. Un nouveau fournisseur a besoin d'une période de mise en œuvre de plusieurs semaines, voire plusieurs mois, entre autres pour exécuter les vérifications techniques et la procédure de validation du prototype de permis de conduire»). (D.A., pièce 9.1).

Cette contrainte qualifie objectivement la spécificité technique d'un marché justifiant son attribution à un opérateur déterminé en application de l'article 17, § 2, 1^o, f, de la loi du 24 décembre 1993.

La prolongation du marché-pilote qualifié de nouveau marché ne devait donc pas faire l'objet d'une mise en concurrence."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Pour les motifs qui ont été exposés lors de l'examen de la recevabilité du présent recours, la partie adverse ne pouvait attribuer légalement le marché public litigieux sans procéder à une mise en concurrence et sans permettre à la requérante d'y participer.

Le moyen unique apparaît donc sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

VII. 1. Arguments des parties

La requérante soutient que :

- " 30. Si la partie adverse devait invoquer la continuité du service public pour justifier du recours illégal à l'article 7 de l'arrêté et à la procédure négociée sans publicité, la partie requérante souhaite attirer l'attention de votre Conseil sur le fait que la partie adverse disposait, à tout le moins, du temps nécessaire à la consultation de plusieurs prestataires de services à partir de la suspension, par le Conseil d'Etat, le 10 novembre 2011, de sa décision d'attribution de la concession. Il a en outre déjà été rappelé plus haut que ZETES était en mesure d'exécuter le marché relatif aux permis de conduire dès le 1^{er} janvier 2012, que ce soit dans les 38 communes pilotes ou dans l'ensemble des communes belges, eu égard aux préparations et investissements qui ont suivi la décision d'attribution relative à la concession. Il n'existe dès lors, dans le chef de la partie adverse, aucun élément sérieux pouvant justifier qu'une suspension ne se justifierait pas."

La partie adverse répond que :

- " Aux termes de l'article 65/15, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993, le juge de l'attribution d'un marché public doit, avant d'ordonner la suspension de

l'exécution de la décision d'attribution, confronter l'intérêt public à l'exécution du marché à l'intérêt de l'opérateur à obtenir son attribution.

La balance des intérêts indique ici nettement que l'intérêt public est susceptible d'être plus nettement atteint que l'intérêt commercial de la requérante.

L'intérêt public, ce n'est pas l'intérêt de la partie adverse ; c'est l'intérêt des citoyens qui relèvent de la juridiction des 38 communes concernées par la prolongation du marché-pilote à obtenir les permis de conduire dont elles ont demandé la délivrance. La suspension de l'exécution de la décision d'attribuer la prolongation du marché-pilote à la s.a. 3M les privera de permis de conduire. La requérante ne le contestera pas, elle l'a encore écrit le 28 décembre 2011 : «...gezien u de verplichting heb continuïteit van de dienstverlening te garanderen naar de burgers in België». (D.A., pièce 10).

L'atteinte à l'intérêt de la requérante qu'entraînerait l'exécution de la décision qu'elle conteste ne peut pas avoir une telle intensité.

Concrètement, déjà, elle ne la priverait que de l'espoir qu'elle avait de pouvoir entamer partiellement l'exécution de la concession que l'arrêt n° 216.251 que le Conseil Etat a (provisoirement) compromis. Ce n'est pas autre chose qu'elle a défendu devant le Service public fédéral Mobilité et Transports, lorsque, le 29 décembre 2011, elle l'a sollicité pour qu'il mène la procédure d'attribution de la concession du service à son terme sans nouvelle mise en concurrence («Recommencer toute la procédure d'attribution réduirait notre principal avantage compétitif à néant puisque le prix sur lequel les concurrents doivent s'aligner est désormais connu de tous. Ce qui fausserait de facto la concurrence») et en limitant au minimum le rétablissement de l'équilibre entre soumissionnaires rompu par la décision d'attribution de la concession («Pour éviter que la concurrence soit biaisée (le prix de tous les concurrents sont aujourd'hui connus), les négociations devraient se limiter aux modifications apportées au cahier des charges (partie procédure d'urgence donc)») et, en faisant valoir que, somme toute, son offre pour l'attribution de la concession ne serait pas affectée par une irrégularité («Ni l'administration ni le Conseil d'Etat n'ont, à aucun moment, considéré l'offre de Zetes comme irrégulière. Elle doit donc toujours être considérée comme valide. En date du 7 octobre, Zetes a pris l'engagement à l'égard de la Mobilité de continuer ses développements afin d'être prête à produire les permis à partir du 1^{er} janvier 2012; et ce, pour les différentes communes (38) qui l'ont adopté. Ainsi que convenu, les nouveaux permis sont aujourd'hui prêts»). (D.A., pièce 10).

Surtout, on doute sérieusement que l'intérêt de la requérante devrait prévaloir sur l'intérêt public, quelle que soit l'intensité de celui-ci, lorsqu'elle écrit, le 29 décembre 2011 que la continuité du service implique la prolongation du marché-pilote avec la s.a. 3M : «Dans le contexte du passage à une procédure négociée, nous comprenons qu'il convient d'assurer la continuité du service public et donc qu'une négociation doive intervenir entre l'Etat et 3M sur une prolongation temporaire de la phase pilote, ou sur une nouvelle procédure d'octroi (sans publication préalable). Nous souhaiterions cependant que cette prolongation n'empêche pas Zetes, de facto, d'obtenir le contrat de concession. Il est ainsi important que le nombre de communes bénéficiant du nouveau permis soit encadré (gel) et que la durée de l'extension du contrat soit limitée dans le temps (par exemple 3 mois + 3 extensions possible d' 1 mois, la procédure négociée pouvant être très rapide)». (D.A., pièce 10).

La requérante admet donc elle-même que l'intérêt public prime le sien et que le marché qu'il convoite soit attribué à un autre. Sans modification notable des conditions auxquelles il a - subjectivement - entendu soumettre son approbation (une prolongation conçue pour 9 mois, vraisemblablement pas plus que 6 mois n'est pas très éloigné d'une prolongation consentie pour 3 mois, vraisemblablement 6), le recours qu'il exerce ne peut pas être la cause d'un renversement de l'appréciation des intérêts en présence.

A supposer que la partie adverse ne pouvait pas attribuer sans mise en concurrence la prolongation du marché-pilote à la S.A. 3 M, la position prise par la requérante le 29 décembre 2011 démontre qu'elle n'a pas de réel intérêt à l'obtenir ; son intérêt cède donc nécessairement devant l'intérêt public."

La partie intervenante fait valoir que :

- " 28. Au vu de ce qui précède, il ne fait aucun doute que la partie requérante n'aurait pas été en mesure de reprendre le projet pilote, et qu'elle ne l'est en tout état de cause toujours pas.
29. Par ailleurs, la suspension n'aurait pas pour conséquence que la partie requérante se verrait attribuer le marché.
30. La seule chose que la partie requérante pourrait éventuellement rechercher par la présente procédure, c'est d'empêcher que la requérante en intervention ne retire un bénéfice (au demeurant tout à fait hypothétique et non démontré) de par sa participation pour 6 à 9 mois supplémentaires au projet pilote, dans le cadre du second marché relatif au territoire belge dans son ensemble.
31. Pour atteindre cet objectif illusoire, la partie requérante vous demande de suspendre une extension limitée dans le temps du projet pilote, d'une durée comparable à ce qu'elle estimait elle-même être une durée raisonnable le 29 décembre 2011, alors que cette suspension revient en pratique à mettre à néant ce projet sans aucune mesure transitoire.
32. Cette mise à néant forcerait les communes à retourner au permis papier, occasionnant des coûts importants pour ces dernières, et créerait des problèmes majeurs en termes de sécurité et de reconnaissance des permis de conduire belges.
33. Il ne fait dès lors aucun doute que l'extension du marché aurait-elle été décidée d'une manière non-conforme, que la suspension serait contre l'intérêt public. La partie requérante n'ayant elle-même que peu voire aucun intérêt à obtenir la suspension, l'intérêt public devrait prévaloir sur l'intérêt de l'opérateur, conformément à l'article 65/15, alinéa 3 de la loi du 24 décembre 1993."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 permet au Conseil d'Etat de ne pas accorder la suspension de l'exécution d'une décision lorsque les conséquences négatives probables de cette suspension pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que pour l'intérêt public, pourraient excéder les avantages susceptibles d'en résulter.

En cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, les communes concernées ne pourraient plus octroyer de permis de conduire au format de carte bancaire. Par ailleurs, il ressort des explications, fournies par la partie adverse, que plusieurs semaines seraient nécessaires pour prendre les mesures permettant aux communes de produire et de délivrer à nouveau des permis de conduire en papier, comme elles le faisaient avant la conclusion du contrat du 18 mars 2010.

La requérante ne produit pas d'élément qui attesterait le caractère erroné de ces explications de la partie adverse de telle sorte que la probabilité d'un tel délai ne peut être exclue.

Un délai serait également requis pour que la partie adverse attribue un nouveau marché public relatif à la distribution de permis de conduire au format de carte bancaire, en procédant à une mise en concurrence.

Durant cette période, la conséquence probable de la suspension de l'exécution de la décision entreprise serait une interruption du service public d'octroi des permis de conduire dans ces trente-huit communes.

Une telle conséquence, attentatoire à la continuité du service public, excéderait l'avantage que la requérante pourrait retirer de la suspension de la décision attaquée par laquelle la partie adverse attribue le marché public litigieux pour une durée limitée à neuf mois.

Certes, l'absence de suspension de l'exécution de la décision entreprise pourrait impliquer que le marché public litigieux serait susceptible de produire des effets au-delà du temps strictement nécessaire pour conclure un nouveau contrat dans le respect des règles relatives à la concurrence et pour assurer la continuité du service public.

Cependant, il convient de ne pas suspendre son exécution car cette suspension emporterait très probablement l'interruption temporaire du service public d'octroi des permis de conduire dans ces trente-huit communes comme cela a été exposé.

Toutefois, en raison du caractère sérieux du moyen invoqué, il y a lieu de mettre les dépens à la charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme 3M BELGIUM S.A./N.V., dans la procédure en référé d'extrême urgence, est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix-neuf janvier deux mille douze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.