CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 164.028 du 24 octobre 2006

G./A.122.151/VI-16.267

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

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Cédric MOLITOR, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense,

ayant élu domicile chez
Mes Nicole CAHEN et Pierre-Olivier
DE BROUX, avocats,
rue Henri Wafelaerts, n^os 47-51,
1060 Bruxelles.

Partie intervenante:
**la société de droit allemand DIEHL
REMSCHEID GmbH & Co,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Christophe TROUSSEL et
Francis VAN NUFFEL, avocats,
rue Bréderode, n° 13,
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 29 juillet 2002 par la société anonyme VAREC qui demande l'annulation de "la décision de la partie adverse (Etat belge, représenté par le Ministre de la Défense nationale) du 28 mai 2002 d'attribuer le marché pluriannuel pour la livraison de 32.000 maillons de chenille du type 640A chars Léopard à la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co";

Vu l'arrêt n° 108.956 du 8 juillet 2002 accueillant la demande en intervention et rejetant en extrême urgence la demande de suspension de l'exécution du même acte;

Vu la requête introduite le 6 septembre 2002 par laquelle la société de droit allemand DIEHL REMSCHEID GmbH & Co demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en annulation;

Vu l'ordonnance du 16 septembre 2002 accueillant cette intervention;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le mémoire en intervention;

Vu le rapport de M. THIBAUT, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu l'ordonnance du 9 mars 2006 ordonnant le dépôt au greffe du dossier et du rapport;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 12 septembre 2006, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 4 octobre 2006;

Entendu, en son rapport, M. LEWALLE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Nicole CAHEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M. THIBAUT, Auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la requête sont les suivants:

1. La S.A. VAREC, qui se dit bien connue des forces armées belges et plus particulièrement du service d'achat du matériel automobile, se présente comme produisant et distribuant, notamment, des "pads" et des patins de chenille pour les chars Léopard, et comme en assurant la fourniture auprès de diverses armées de pays membres de l'OTAN.

2. Le 14 décembre 2001, le Bulletin des adjudications a publié un avis de marché par adjudication publique pour la livraison de 32.000 mailles de chenille du type 640 A pour véhicules blindés de la famille Léopard (NSN 2530-12167-5887), selon un cahier spécial des charges "SAMA 111412".

3. Le 14 janvier 2002, l'ouverture des offres a permis de recueillir deux soumissions, l'une émanant de la société DIEHL pour un montant de 9.162.240 €, et l'autre de la requérante pour un montant de 8.704.000 €.

4. Le 28 mai 2002, le Ministre de la Défense a pris la décision suivante :

" OBJET : DECISION MOTIVEE concernant la conclusion d'un marché pluriannuel relatif à l'achat, en une tranche ferme et deux tranches conditionnelles, de 32.000 maillons de chenilles pour chars LEOPARD.
Cahier spécial des charges SAMA 111412.

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l'article 296 du Traité CE;

Vu l'avis du marché paru au Bulletin des Adjudications du 14 décembre 2001 sous le numéro NO 16893;

Vu le cahier spécial des charges SAMA 111412;

Vu le procès-verbal d'ouverture des offres dressé le 14 janvier 2002 à 11 heures;

Considérant que le mode d'attribution du marché est l'adjudication publique;

Considérant que deux soumissionnaires ont déposé offre;

- DIEHL REMSCHEID GmbH & Co (DIEHL GERAETE)

- VAREC S.A.;

Considérant que l'article 6 du cahier spécial des charges énonce, en application des articles 42 et suivants de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les conditions minimales de caractère financier, économique et technique auxquelles doivent satisfaire les soumissionnaires en vue de leur sélection qualitative;

Considérant que les renseignements et documents fournis à cette fin par les deux soumissionnaires ont été examinés;

Considérant qu'il ressort de cet examen que la S.A. VAREC ne satisfait pas aux conditions de caractère technique;

Considérant en effet que les références avancées par VAREC relativement à des livraisons de maillons neufs du type 640A concernent des quantités hors de toute

proportion avec les quantités qui font l'objet du présent marché (4.175 unités contre 16.000 en un an et 32.000 en trois ans); que ces livraisons s'étalent en outre sur plus de trois ans;

Que les autres références de VAREC ne concernent pas un objet identique à celui du présent marché : il s'agit en effet soit de rénovation de maillons usagés soit de livraison de maillons d'un autre type, dont l'équivalence ou la similarité, tant en ce qui concerne la fabrication que l'usage, n'est pas invoquée ni justifiée; que VAREC n'argumente d'ailleurs pas sur la pertinence de ces références pour lesquelles, en outre, elle ne produit aucune attestation;

Que VAREC renvoie par ailleurs au «parc machine» décrit dans le document intitulé «Flow Chart»; que toutefois, ce document ne permet en rien de pallier l'absence de références pertinentes; le parc machine décrit dans ce document ne concerne pas la fabrication des éléments métalliques du maillon, que VAREC ne fabrique d'ailleurs pas, et n'est dès lors pas représentatif de la capacité de ce soumissionnaire de fabriquer et de livrer les quantités requises de maillons neufs du type 640A;

Considérant que la rubrique 6 du formulaire d'offre de VAREC, relative aux sous-traitants ou fournisseurs éventuels, renseigne que pour l'exécution du marché, VAREC assurerait le «caoutchoutage, insertion, assemblage, protection», les autres éléments (métalliques) du maillon (maillon nu, axe, guide, caps, et connecteur) devant être fabriqués par les sous-traitants anglais, américains et allemands y indiqués;

Qu'il est ainsi avéré que la part de VAREC dans l'exécution du marché consiste à réunir les différents éléments composant le maillon et à les assembler, sa propre contribution industrielle concernant essentiellement les éléments caoutchoutés;

Considérant toutefois que l'offre de VAREC ne contient pas de références pertinentes de ses sous-traitants pour l'objet du présent marché, pas plus que les accords qui auraient été conclus avec eux et par lesquels VAREC se serait assuré de leur capacité pour l'exécution du marché, aux conditions de celui-ci;

Considérant, par conséquent, que la capacité des sous-traitants de fabriquer et de fournir à VAREC les quantités nécessaires des éléments permettant à celle-ci d'assembler et de livrer les quantités requises de maillons neufs n'est pas non plus établie; que le renvoi que fait VAREC à ses sous-traitants ne permet dès lors pas de suppléer au manque de références de VAREC;

Considérant qu'il faut dès lors conclure que cette société ne satisfait pas à cette condition minimale de caractère technique;

Considérant que la société VAREC ne satisfait pas non plus à la condition de conformité à la norme TL2530-0069, ou à une norme équivalente;

Que les documents du dossier d'offre produits à cet égard ne permettent en rien d'établir la capacité du soumissionnaire ou de ses sous-traitants à fabriquer les éléments métalliques du maillon conformément à cette norme; que les seules références à cette norme concernent les éléments caoutchoutés du maillon ou le maillon assemblé, mais non les composants métalliques de celui-ci;

Que la conformité à une norme équivalente, qui était admise, n'est ni invoquée ni attestée;

Considérant que la même conclusion s'impose pour ce qui concerne la condition relative aux test d'endurance; que les seuls essais dont peut se prévaloir ce soumissionnaire datent de 1983 et n'ont concerné que les éléments en caoutchouc du

maillon; qu'en outre, ces essais ne présentaient pas le même degré d'exigence que celui requis par la directive OTAN; que le dossier d'offre ne comporte aucune attestation relative à des essais selon des directives équivalentes;

Considérant que l'article 6.d.(3) du cahier spécial des charges demandait aux soumissionnaires de joindre à leur offre la description technique du maillon proposé et, au moins une copie du plan d'ensemble du maillon, permettant d'identifier le matériel avec précision et sans ambiguïté;

Que VAREC dépose, dans son offre, des plans qui portent l'indication de DIEHL;

Qu'il ressort de l'examen du point 7.a.(1). «Droits intellectuels» (voir ci-après), qu'il existe un doute sur le droit de VAREC à faire état de plans qui ont été établis par un tiers et sur lesquels ce tiers affirme détenir les droits d'auteur;

Qu'en outre, l'examen du modèle de maillon qui devait également être joint à l'offre (articles 7.d.(2) et 9.b. et c. du cahier spécial des charges) fait apparaître des discordances avec la description du maillon proposé et, particulièrement, lesdits plans;

Qu'il peut, dès lors, difficilement être considéré que le matériel proposé par ce soumissionnaire est identifié dans son offre avec précision et sans ambiguïté;

Considérant, en outre, que cette société ne fournit pas le «flow-chart» demandé à l'article 6.d.(2) du cahier spécial des charges;

Que le document joint à l'offre porte uniquement sur la préparation, avant assemblage, des éléments constitutifs du maillon et sur l'assemblage final de celui-ci;

Qu'il ne porte dès lors pas sur le processus de fabrication et d'assemblage de tous les éléments du maillon proposé;

Considérant, par conséquent, que le soumissionnaire VAREC ne satisfait pas, ni par lui-même ni par ses sous-traitants, aux conditions de sélection 6.d.(1), 6.d.(2), 6.d.(3), 6.d.(4) (a), 6.d.(4)(b);

Considérant, en outre, que l'offre de la société VAREC présente des irrégularités administratives, apparues à l'occasion de l'examen des conditions de sélection;

Considérant, en effet, que ce soumissionnaire ne justifie pas, dans son offre, qu'il est titulaire et/ou licencié des droits intellectuels qui sont mis en oeuvre dans le cadre du présent marché (article 7.a.(1) du cahier spécial des charges); que la société VAREC produit en effet des plans qui indiquent le nom de DIEHL et sur lesquels celle-ci affirme détenir les droits d'auteurs;

Que la société VAREC ne justifie l'utilisation qu'elle fait de ces plans que par l'affirmation que les droits seraient échus - ce qui, en ce qui concerne les droits d'auteur, n'est pas exact-, et par la circonstance que la société DIEHL ne se serait pas opposée à cette utilisation - ce qui n'est ni établi ni suffisant pour justifier positivement un droit d'utilisation quelconque -;

Considérant, par ailleurs, que le modèle de maillon de chenille, présenté par ce soumissionnaire en vertu de l'article 7.d.(2) du cahier spécial des charges, ne correspond pas aux fournitures décrites dans l'offre; qu'il existe en effet une divergence entre ce modèle et les plans produits à l'offre;

Considérant, en revanche, que le soumissionnaire DIEHL satisfait à toutes et chacune des conditions de sélection;

Qu'en effet, ce soumissionnaire ne présente aucune cause d'exclusion; qu'il produit des références pertinentes, attestées par des bordereaux de livraison, relatives précisément à l'objet du présent marché et dans des quantités au moins équivalentes, sinon supérieures, à celles requises en l'espèce;

Que ce soumissionnaire produit un «flow-chart» applicable au processus de fabrication et d'assemblage de tous les éléments du maillon proposé;

Que son offre contient la description technique du maillon proposé, une attestation établissant la conformité du maillon de chenille aux exigences de la norme TL 2530-0069, ainsi qu'une attestation délivrée par une autorité compétente relative à la réussite des épreuves d'endurance prévues par la directive OTAN;

Que ce soumissionnaire peut donc être sélectionné;

Considérant que l'offre de ce soumissionnaire ne présente aucune irrégularité administrative;

Qu'en particulier, l'offre satisfait à toutes les conditions de prix prévues par le cahier spécial des charges;

Que le soumissionnaire justifie être titulaire des droits intellectuels mis en oeuvre pour l'exécution de ce marché;

Qu'il a déposé, avec son offre, un modèle de maillon de sa production, conforme au maillon proposé dans son offre;

Que tous les documents devant être annexés à l'offre ont été joints à celle-ci et sont conformes aux exigences du cahier spécial des charges;

Considérant, par ailleurs, que ce soumissionnaire s'engage à exécuter le marché conformément aux dispositions et conditions du cahier spécial des charges et notamment conformément aux spécifications techniques de celui-ci;

Considérant, dès lors, que l'offre de ce soumissionnaire est régulière;

Considérant, enfin, que les prix offerts par ce soumissionnaire ont été contrôlés et sont normaux;

Considérant, en conclusion, que l'offre de la société DIEHL est la seule à pouvoir être prise en considération; que l'offre est régulière et que son prix, normal, doit être considéré comme étant le plus bas;

PAR CES MOTIFS,

Vu l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993;

J'ai décidé d'attribuer le marché repris en objet à la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co.".

Il s’agit de l’acte attaqué.

5. Le 29 mai 2002, la partie adverse a informé la requérante de ce que son offre, administrativement irrégulière, n'avait pas été sélectionnée et n'avait donc pas été prise en considération pour l'attribution du marché. Elle lui a transmis également copie de la décision motivée d'attribution.

6. Le même jour, la partie adverse a écrit ce qui suit à la société DIEHL:

" Vous trouverez ci-joint, pour votre parfaite information, la décision motivée de ce marché.

Votre attention est attirée sur le fait que ce document ne vous est transmis qu'à titre purement informatif. La présente communication ne constitue donc pas la notification prévue à l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.
La décision ne peut en effet être notifiée avant le 7 juin 2002 au plus tôt.

(...)";

Considérant qu'il y a lieu d'accueillir la demande d'intervention formulée par la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co;

Considérant que le dossier de la partie adverse ne comporte pas les plans constituant l'annexe 14 de l'offre de la partie intervenante, pas plus que les éléments constitutifs des maillons; que, saisie par l'auditeur rapporteur d'une demande de communication de ces pièces, la partie adverse a affirmé qu'elles avaient été restituées à la partie intervenante; que l'auditeur rapporteur en a conclu que "à défaut d'une collaboration loyale de la partie adverse à la bonne administration de la justice et au procès équitable, la seule sanction consiste en l'annulation de l'acte administratif dont la légalité n'est pas établie par le procédé consistant à soustraire des pièces du débat contradictoire";

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante affirme que les offres déposées par les différents soumissionnaires et, a fortiori, celles du soumissionnaire à qui le marché a été attribué, font partie du dossier administratif, que le droit à un procès équitable implique que soit garanti le caractère contradictoire de toute procédure juridictionnelle, que le principe du contradictoire constitue un principe général du droit, qu'il trouve un fondement dans l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que ce principe implique le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge en vue d'influencer sa décision et de la discuter, que, en application de l'article 21, alinéa 3, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973, lorsque la partie adverse ne transmet pas le dossier dans le délai fixé, les

faits cités par la partie requérante sont présumés prouvés, à moins qu'ils ne soient manifestement inexacts, que cette disposition est d'application même lorsqu'une partie du dossier n'a pas été transmise, qu'il faut donc en déduire que l'offre de la société DIEHL, partie intervenante, ne répondait pas aux exigences de la sélection qualitative, comme la requérante le soutient dans sa requête en annulation et comme elle a pu le vérifier dans la partie de l'offre de cette société à laquelle elle a pu avoir accès et que, dès lors, le troisième moyen de la requête est fondé; qu'elle fait valoir, au surplus, que l'examen de la partie de l'offre de la société DIEHL à laquelle elle a pu avoir accès confirme que celle-ci ne répondait pas aux conditions du cahier spécial des charges en matière de critères de sélection et qu'elle devait dès lors être déclarée irrégulière;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse s'attache à établir que le reproche de refus de collaboration énoncé par l'auditeur rapporteur n'est pas fondé; qu'elle divise son dernier mémoire en trois parties, qui comportent elles-mêmes plusieurs subdivisions; qu'elle demande que la Cour de Justice des Communautés européennes, d'une part, et la Cour d'arbitrage, d'autre part, soient saisies de questions préjudicielles portant sur la compatibilité ou l'incompatibilité des garanties de confidentialité et de respect des secrets d'affaires contenus dans les dossiers communiqués au juge par les parties à la cause et les exigences du principe du débat contradictoire; qu'ainsi,

- dans une première partie, elle rappelle, en premier lieu, quels sont, selon elle, les antécédents de la procédure; qu'elle énonce, notamment, que l'article 7.d.3., troisième tiret, du cahier spécial des charges, relatif aux "Documents à joindre au volet technique de l'offre", prévoit que les soumissionnaires doivent déposer "le plan d'ensemble du maillon proposé et des éléments constitutifs figurant dans l'arborescence mentionnée (...)" et que "Ces plans seront restitués aux soumissionnaires à l'issue de l'évaluation des offres", qu'en exécution de cette disposition, la société DIEHL, partie intervenante, a demandé cette restitution à la partie adverse, laquelle y a donné suite par courrier recommandé à la poste le 13 août 2002, qu'ensuite, en raison de la poursuite de la procédure en annulation, la partie adverse s'est adressée au Conseil d'Etat par courrier du 10 septembre 2002 aux fins d'être autorisée à disposer à nouveau du dossier administratif, d'en prendre certaines copies et de communiquer la copie intégrale à la société DIEHL qui en avait fait la demande, que le Conseil d'Etat a répondu qu'il n'était pas possible d'autoriser le greffe à se dessaisir du dossier, compte tenu de l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du conseil d'Etat, tout en admettant que la partie adverse pouvait consulter ce dossier au greffe,

que, le 8 octobre 2002, elle a complété son propre dossier, que, le 4 novembre 2002, la requérante a informé l'auditeur rapporteur que l'offre de la société DIEHL ne figurait pas au dossier, alors que, selon elle, il s'agissait d'une pièce fondamentale, indispensable pour apprécier la régularité de l'acte attaqué et de ses motifs, que, déférant à la demande de l'auditeur rapporteur, la partie adverse a, le 17 décembre 2002, versé l'offre de la société DIEHL au dossier, tout en précisant que n'y figuraient pas les plans d'ensemble et les éléments constitutifs du maillon, restitués par l'armée le 13 août 2002, dont elle possédait cependant une copie, ajoutant : "Il me paraît toutefois qu'il ne m'appartient pas de les verser au dossier administratif qui, actuellement, ne les contient plus et ce, alors surtout que, comme vous le savez, les parties requérante et intervenante s'opposent quant aux droits intellectuels qui s'attachent à ces plans. Si vous deviez estimer indispensable que ces plans soient versés au dossier, il conviendrait donc de les demander à la partie intervenante", que, par courrier du même jour, la société DIEHL a informé l'auditeur rapporteur de ce que l'offre déposée par la partie adverse contenait des données et informations confidentielles, et qu'elle s'opposait, dès lors, "à ce que des parties tierces, en ce compris VAREC S.A., puissent avoir accès et/ou prendre connaissance de ces données et informations confidentielles et/ou sensibles liées à des secrets commerciaux inclus dans cette offre (...) ", certains passages des annexes 4, 12 et 13 contenant, selon elle, "des données précises quant aux révisions exactes des plans de fabrication applicables ainsi qu'au processus industriel", que néanmoins, dans son rapport du 23 février 2006, l'auditeur rapporteur conclut à l'annulation de la décision attaquée en faisant état du caractère incomplet du dossier, que la requérante affirme dans une lettre du 10 mai 2006, avoir demandé, le 30 mars 2006, à consulter le dossier administratif au greffe, compte tenu du fait qu'elle n'avait pu se réserver la copie intégrale des pièces déposées, ce qui lui aurait été refusé, que la partie adverse a adressé au greffe une demande de même objet le 8 mai 2006 sans plus de résultat, que, finalement, la partie adverse a pu consulter son propre dossier le 17 mai 2006 dans le bureau de l'auditeur et en sa présence, à l'exception cependant des annexes 4, 12 et 13 de l'offre de la société DIEHL, que la requérante a soutenu, dans un courrier du 12 mai 2006 adressé à l'auditeur rapporteur, que certaines pièces versées au dossier par la partie adverse ne faisaient pas partie du dossier administratif, celle-ci soutenant de son côté qu'elles ne pouvaient être connues de la requérante, et que, par un courrier du 15 mai 2006, la partie adverse a précisé qu'elle ne s'était pas prononcée sur la communication à la requérante des pièces déposées d'initiative ou à la demande de l'auditeur, par opposition à la société DIEHL qui, par son courrier du 17 décembre 2002, avait demandé la confidentialité de certains passages des annexes 4, 12 et 13 de l'offre déposée;

- que dans cette même première partie de son dernier mémoire, la partie adverse affirme, en second lieu, qu'elle a collaboré loyalement à la bonne administration de la justice, que c'est en application d'une obligation contractuelle qu'elle a restitué à la société DIEHL les plans formant l'annexe 14 de l'offre de celle-ci, à la suite de l'arrêt du 8 juillet 2002 et donc à l'issue de l'évaluation des offres et de la notification de la décision d'attribution, comme prévu à l'article 7.d.3. du cahier spécial des charges, qui prescrit sans équivoque que ces plans demeurent la propriété du soumissionnaire, que l'auditeur rapporteur n'est donc pas fondé à lui reprocher de s'être défaite, avant l'expiration du délai de recours contentieux, de pièces qu'il estime essentielles, qu'une copie de ces pièces a été conservée par son conseil, mais qu'elle est couverte par le secret professionnel et par les droits de propriété intellectuelle dont a priori la société DIEHL est titulaire, qu'ayant exécuté son obligation de restituer les plans, elle n'était plus en possession de ceux-ci et ne pouvait trancher la question de la production d'une de leurs copies, sous sa responsabilité; qu'elle conclut qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir déposé une pièce qu'elle n'a pas et de n'avoir communiqué qu'un dossier incomplet, alors qu'elle a respecté l'article 21, alinéa 4, des lois coordonnées;

- que, dans la même première partie de son dernier mémoire, la partie adverse affirme, en troisième lieu, que le dossier administratif ne doit pas comporter systématiquement toutes les offres déposées par les soumissionnaires participant à une procédure d'attribution d'un marché public mais seulement les parties des offres qui sont nécessaires pour apprécier les faits et juger du fondement des moyens invoqués, que l'article 51, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics excepte de l'obligation d'informer sur les différentes décisions la divulgation de celles qui pourraient porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, qu'avant de déclarer le dossier incomplet, il faut examiner si l'annexe 14 de l'offre de la société DIEHL et les éléments constitutifs du maillon étaient utiles sinon nécessaires, pour apprécier correctement les faits et pour juger du fondement des moyens soulevés par la requérante, qu'il s'avère qu'il n'en est rien, puisque le maillon de chenille a été déposé à titre d'échantillon, en vertu de l'article 7.d.2. du cahier spécial des charges, que les plans de l'annexe 14 de l'offre de la société DIEHL ont été déposés conformément à l'article 7.d.3, troisième tiret, du cahier spécial des charges, que ces articles concernent la régularité technique des offres alors que l'article 6 énonce les conditions de la sélection qualitative, que l'examen de la régularité des offres est nécessairement postérieur à celui de la capacité des soumissionnaires puisqu'il ne peut porter que sur les offres des

soumissionnaires qui ont été sélectionnés, que la requérante ne formule aucun moyen lié à cette partie de l'offre de la société DIEHL et que ce n'est que dans un courrier du 3 février 2003 à l'auditeur rapporteur qu'elle indique qu'il y aurait lieu de vérifier la conformité du maillon de la société DIEHL avec ses plans, dès lors que la conformité de son propre maillon avec ses plans était elle-même contestée par la décision attaquée, que la non-conformité d'une offre n'est en rien un indice de la non-conformité d'une autre offre, que pareille démarche de la requérante, connue sous la locution "aller à la pêche" est inadmissible, à peine d'encourager la pratique du recours "pour voir", que la requérante, qui n'avait pas été sélectionnée, n'avait pas intérêt à soulever un grief lié à la régularité de l'offre de la société DIEHL, qu'elle n'a soulevé aucun moyen à cet égard, que c'est à tort que, dans son dernier mémoire, la requérante se réfère, dans son troisième moyen, à l'article 6.d du cahier spécial des charges, pour affirmer que l'annexe 14 de l'offre de la société DIEHL a trait à la capacité technique du soumissionnaire, alors que cette annexe comporte les documents que les soumissionnaires ont dû déposer en vertu de l'article 7.d.3. du cahier spécial des charges, dans le cadre du volet technique des offres, et donc de la régularité technique de celles-ci, alors que c'est l'annexe 5 de l'offre de DIEHL qui comprend les documents à produire pour satisfaire à l'article 6.d.3 du cahier spécial des charges, qui fait application de l'article 45, 2°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, qui, lui, concerne la sélection des soumissionnaires et en vertu duquel ceux-ci doivent produire au moins "un plan d'ensemble du maillon"; qu'elle affirme encore que l'annexe 5, en ce compris ce plan d'ensemble, a été déposée au dossier administratif et communiquée à la requérante; que la partie adverse conclut que la procédure en annulation ne peut viser la décision attaquée que dans la mesure de l'intérêt de la requérante, qu'en l'espèce, la décision attaquée se limite à la non-sélection de la requérante, à juste titre selon l'arrêt du 8 juillet 2002, tandis que la société DIEHL a été sélectionnée, en sorte que tous les griefs formulés ou non formulés par la requérante et portant sur les étapes de la procédure d'attribution postérieures à la phase de sélection sont irrecevables; qu'elle ajoute, "surabondamment", qu'il est "plus que probable" que la requérante a toujours eu connaissance des plans déposés à l'annexe 14 de l'offre de la société DIEHL, dès lors que ses propres plans portaient la mention DIEHL et qu'elle n'a jamais contesté avoir utilisé les plans de celle-ci; que donc il n'est pas exact d'affirmer que le dossier administratif serait, au sens que lui donne l'auditeur rapporteur, incomplet, puisque toutes les pièces utiles à l'examen de l'affaire ont été déposées; qu'elle soutient encore que s'il l'estimait utile, l'auditeur rapporteur pouvait, en application de l'article 6, alinéa 2, et 12, du Règlement de procédure, réclamer le dépôt de cette annexe par la société DIEHL, partie intervenante qui la détient, et qu'à le supposer

établi, quod non, le caractère incomplet du dossier ne serait donc pas imputable à la partie adverse;

- que, dans la deuxième partie de son dernier mémoire, la partie adverse soutient que les annexes 4, 12 et 13 de l'offre de la société DIEHL sont couvertes par la confidentialité, que celle-ci peut se réclamer d'un droit au respect du secret d'affaires, que ce droit est garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que la Cour européenne des droits de l'homme fonde ce même droit sur le droit au respect de la vie privée et familiale, que ce principe du respect du secret est reconnu également en droit communautaire, qu'il découle, entre autres, du Règlement 1/2003/CE du 16 décembre 2002 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité de Rome et de l'article 16 du Règlement 773/2004/CE du 7 avril 2004 de la Commission relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, que la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que des plaignants ne peuvent jamais, en raison des dispositions précitées, obtenir la communication de secrets d'affaires de la partie défenderesse (CJCE, 24 juin 1986, C-53/85, Akzo, Rec. 1986, p. 1965, pt. 28), que ce principe est reconnu encore en droit belge, qu'ainsi, le Président du Conseil de la concurrence peut refuser, d'initiative ou à la demande des entreprises intéressées, la communication de pièces si elle porte atteinte au secret des affaires (articles 27, § 1er et 32ter de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999), et que la Cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée récemment sur cette question par un arrêt du 9 décembre 2005 dans le cadre d'un recours objectif contre une décision administrative de l'Institut belge des postes et télécommunications; qu'elle affirme encore que la réglementation relative aux marchés publics offre aux soumissionnaires des garanties quant à la protection de leurs secrets d'affaires, qu'il en est ainsi de l'article 15.2 de la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, des articles 25, § 4, 51, § 4 et 80, § 4 l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité pour les marchés de travaux, de fournitures puis de services et des articles 8, 34 et 60 du même arrêté pour les marchés soumis à la publicité européenne, ainsi que de l'article 139 de celui-ci, et que l'article 6, § 1er, 7°, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, applicable à la plupart des pouvoirs adjudicateurs, permet de refuser l'accès à un document administratif lorsque l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection du caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise, lesquelles incluent le secret des affaires; que ce principe est en outre consacré

formellement par les articles 6 et 41, § 3, de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ainsi que par l'article 2, § 2, alinéa 2, du projet de loi relatif à l'attribution, à l'information aux candidats soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services (Doc. parl, Ch., sess. 2005-2006, n° 2461/001) et par l'article 11 du projet de loi relatif aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (Doc. parl, Ch., sess. 2005-2006, n° 2237/013) qui transposent ces dispositions en droit belge, l'exposé des motifs faisant ressortir que "cet article interdit que soient divulgués des renseignements confidentiels communiqués par les candidats ou les soumissionnaires ou, en cours d'exécution du marché, par l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services, et qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché (...). Même après que le pouvoir adjudicateur a pris une décision, tant l'instance saisie dans le cadre d'une procédure de recours que le pouvoir adjudicateur devront veiller à la préservation des intérêts des candidats ou soumissionnaires" (Doc. parl, Ch., sess. 2005-2006, n° 2237/001, pp. 29-30), qu'ainsi, le principe général et son application seront dorénavant, pour ce qui concerne les marchés publics, consacrés par une disposition légale expresse; qu'il a été jugé, cependant, que ni la loi du 11 avril 1994 ni l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précités, ne peuvent être utilement invoqués "pour soustraire à l'examen du juge de l'excès de pouvoir les documents qui lui seraient indispensables pour apprécier le fondement d'un moyen d'annulation (C.E., 21 mars 2000, n° 86.150; 23 décembre 1999, n° 83.593; 14 décembre 1999, n° 84.102; 6 mai 2003, n° 119.018)"; qu'il ne peut être déduit de cette jurisprudence que le Conseil d'Etat lui-même ne devrait pas garantir la confidentialité des documents et que, pour ce faire, l'accès de la requérante à ce dossier doit être limité aux pièces non confidentielles; que la Cour de Justice et le tribunal de première instance procèdent de la même manière, que la partie qui invoque la confidentialité de certaines pièces compose un dossier non confidentiel à communiquer aux autres parties, et que ce n'est que si celles-ci contestent la confidentialité de certaines pièces que le président de la chambre est amené à se prononcer à cet égard; qu'elle soutient qu'il serait inconcevable que la seule introduction d'un recours par un soumissionnaire suffise à lui conférer des droits qu'il ne possédait pas lors de la procédure d'attribution du marché, soit ceux d'avoir accès aux informations confidentielles communiquées au pouvoir adjudicateur par son ou ses concurrents, qu'en l'espèce, la société DIEHL n'entendait pas communiquer à son concurrent des documents dont celui-ci aurait pu se saisir et qu'il aurait pu utiliser dans le cadre de son activité concurrente, qu'elle n'a donc pas produit l'annexe 14 de son offre qui lui avait été restituée par la partie adverse, et ce

d'autant moins qu'elle n'y avait pas été invitée par l'auditeur rapporteur et qu'il convient donc de garantir, à tout le moins à l'égard de la requérante, la confidentialité des annexes 4, 12 et 13 et, dans la mesure où son dépôt serait ordonné, de l'annexe 14 de l'offre de la société DIEHL; que la partie adverse soutient encore que le principe du respect des droits de la défense et du contradictoire ne peuvent l'emporter sur le principe général du droit à la protection des secrets d'affaires, qu'il incombe au juge de mettre en balance les intérêts en cause, s'agissant de plusieurs principes dont l'application serait contradictoire, que pour assurer une application équilibrée des principes invoqués respectivement par la partie requérante et par la partie intervenante, ainsi que pour assurer le respect de la confidentialité qui s'impose tant à la partie adverse qu'au Conseil d'Etat lui-même, il convient de déterminer si les documents confidentiels concernés sont nécessaires à la requérante pour l'exercice de ses droits, qu'en l'espèce, la requérante n'a nul besoin des annexes 4, 12, 13 et 14 de l'offre de la société DIEHL pour développer les moyens qu'elle a soulevés dans les limites de l'intérêt qu'elle justifie au recours, qu'en revanche, ces annexes contiennent pour la société DIEHL des secrets d'affaires, en sorte que la balance des intérêts conduit à considérer que l'intérêt de cette société au respect de ses secrets d'affaires doit prévaloir sur les principes du contradictoire et du respect des droits de la défense; qu'elle ajoute que, s'il devait être décidé que les éléments confidentiels du dossier administratif devaient être communiqués à la requérante, il y aurait lieu de poser à la Cour de Justice des Communautés européennes la question préjudicielle suivante :

" L'article 1er, § 1er, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, lu en combinaison avec l'article 15.2 de la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et avec l'article 6 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit-il s'interpréter en ce sens que l'instance responsable des procédures de recours prévues par cet article doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires contenus dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, en ce compris par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître et prendre de telles informations en considération ?";

que la partie adverse demande encore que la question suivante soit posée à la Cour d'arbitrage :

" Les articles 21 et 23 des lois coordonnée sur le Conseil d'Etat le 12 janvier 1973, interprétés en ce sens que les pièces confidentielles d'un dossier de l'administration doivent être versées au dossier administratif et doivent être communiquées aux parties, violent-ils l'article 22 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec

l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 17 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, dès lors qu'ils ne permettent pas d'assurer le droit au respect des secrets d'affaires?";

- que, dans la troisième partie de son dernier mémoire, la partie adverse soutient que la requérante soulève trois moyens nouveaux dans son dernier mémoire, en affirmant que l'offre de la société DIEHL, versée au dossier administratif le 17 décembre 2002, lui a permis de constater que celle-ci n'est pas conforme à trois conditions de sélection et à une condition de régularité imposées par le cahier spécial des charges, alors que ces moyens ne sont pas recevables, parce que tardifs, la requérante ne les ayant pas soulevé dans les 60 jours qui ont suivi la jonction au dossier de l'offre de la société DIEHL le 17 décembre 2002; qu'à titre surabondant, elle énonce que ces moyens ne sont pas fondés;

Considérant que les arguments échangés dans les derniers mémoires par les parties requérante et adverse, à la suite du rapport déposé par l'auditeur, amènent à rechercher si, en application du principe du débat contradictoire, des pièces contenant des données et informations confidentielles ou sensibles liées à des secrets commerciaux inclus dans une offre doivent être versées au dossier administratif et, dès lors, rendues accessibles tant au juge qu'à l'ensemble des parties; qu'il n'apparaît pas possible de trancher sur ce point sans poser à la Cour de Justice des Communautés européennes, en application de l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne, d'une part, et à la Cour d'arbitrage, en application de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, d'autre part, les questions proposées par la partie adverse dans son dernier mémoire,

D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société DIEHL REMSCHEID GmbH & Co est accueillie.

Article 2.

Il est sursis à statuer.

Article 3.

La question préjudicielle suivante est posée à la Cour de Justice des Communautés européennes:

" L'article 1er, § 1er, de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, lu en combinaison avec l'article 15.2 de la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et avec l'article 6 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit-il s'interpréter en ce sens que l'instance responsable des procédures de recours prévues par cet article doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires contenus dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, en ce compris par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître et prendre de telles informations en considération ?".

Article 4.

La question préjudicielle suivante est posée à la Cour d'arbitrage :

" Les articles 21 et 23 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat le 12 janvier 1973, interprétés en ce sens que les pièces confidentielles d'un dossier de l'administration doivent être versées au dossier administratif et doivent être communiquées aux parties, violent-ils l'article 22 de la Constitution, lu ou non en combinaison avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 17 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, dès lors qu'ils ne permettent pas d'assurer le droit au respect des secrets d'affaires?".

Article 5.

Sur le vu des réponses respectivement données par la Cour de Justice des Communautés européennes et par la Cour d'arbitrage aux questions posées aux articles 3 et 4, le membre de l'auditorat désigné par Monsieur l'Auditeur général est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

La partie requérante disposera d'un délai de trente jours à compter de la notification de ce rapport pour introduire un dernier mémoire, les parties adverse et intervenante disposeront d'un délai identique à compter de la notification de celui-ci pour y répondre.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le vingt-quatre octobre deux mille six par :

M^me^	WILLOT-THOMAS,	Président de chambre,
M.	LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
M^mes^	DEBROUX,	Conseiller d'Etat,
	SCHMITZ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

V. SCHMITZ. M.-L. WILLOT-THOMAS.