

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 173.711 du 27 juillet 2007

G./A.184.348/VI-17.472

En cause : **1. la société anonyme Entreprises Jan DE NUL,**
2. la société anonyme ENVISAN,
3. la société anonyme ENVISAN International,
4. la société anonyme Entreprises FERRARI,
ayant formé la société momentanée
ENVIROWALL-FERRARI,

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

contre :

la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme ECOTERRES,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Véronique BERTRAND, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

--

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

Vu la demande introduite le 13 juillet 2007 par la société anonyme Entreprises Jan DE NUL, la société anonyme ENVISAN, la société anonyme ENVISAN International et la société anonyme Entreprises FERRARI, ayant formé entre elles une société momentanée dénommée ENVIROWALL-FERRARI, qui tend

à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de «la décision de la partie adverse du 3 juillet 2007 par laquelle celle-ci attribue le marché relatif au traitement des boues de dragage de catégorie B en Région wallonne à la société Ecoterres»;

Vu l'ordonnance du 16 juillet 2007, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 19 juillet 2007 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu la requête déposée à l'audience du 19 juillet 2007 par laquelle la société anonyme ECOTERRES demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé;

Entendu, en son rapport, M. KOVALOVSKY, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Mes Patrick THIEL et Virginie DOR, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, Me Christophe LEPINOIS, loco Me Philippe COENRAETS, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Me André DELVAUX, avocat, comparaisant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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 demande se présentent comme suit:

Le marché litigieux porte sur le traitement des boues de dragage de catégorie B au sens de l'arrêté du gouvernement wallon du 30 novembre 1995 relatif à la gestion des matières enlevées du lit et des berges des cours et plans d'eau du fait de travaux de dragage ou de curage, modifié par l'arrêté du gouvernement wallon du 10 juin 1999, c'est-à-dire les boues fortement polluées. Il a fait l'objet de l'avis de marché N. 15316 publié au Bulletin des adjudications le 31 octobre 2006 et de l'avis de marché 2006/S 209-223216 publié au Journal officiel des Communautés européennes le 3 novembre 2006.

Selon le cahier spécial des charges n/ 221-06-D84, le marché «a pour objet la gestion des produits de dragage de catégorie B provenant des voies d'eau gérées par la Direction générale des Voies hydrauliques pendant un délai de 365 jours de calendrier susceptible d'être renouvelé trois fois par reconduction expresse du pouvoir adjudicateur : il concerne le traitement de ces produits en vue de leur valorisation et/ou élimination conformément à la réglementation en vigueur».

Il est en outre précisé ce qui suit:

« Les prestations consistent à:

- Traiter les produits de dragage de catégorie B avant de les valoriser et/ou éliminer; en ce compris la reprise des produits amenés à l'unité de traitement du prestataire de services ainsi que toutes les opérations nécessaires au(x) traitement(s) des produits.
- Valoriser et/ou éliminer en centre d'enfouissement technique, conformément au choix du prestataire de services tout en respectant la réglementation en vigueur, les produits de dragage de catégorie B; en ce compris le transport en vue de la valorisation et/ou de l'élimination ainsi que toutes les opérations nécessaires à la valorisation et/ou à l'élimination.

[...]

Le volume annuel maximum à réaliser s'élève à 235.000 m³ de produits relevant de la catégorie B au sens de l'arrêté du Gouvernement wallon du 10 juin 1999 modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 1995 relatif à la gestion des matières enlevées du lit et des berges des cours et plans d'eau du fait de travaux de dragage ou de curage.

Les ports autonomes des voies navigables wallonnes sont susceptibles de commander des prestations identiques à celles décrites ci-dessus pour un volume annuel maximum d'environ 50.000 m³ de produits relevant de la catégorie B situés le long des quais et des darses dont ils ont la gestion. Les clauses administratives et techniques ainsi que l'offre du présent marché sont applicables à ces bons de commande»;

Il s'agit d'un appel d'offres, au terme duquel les offres doivent être évaluées en fonction de cinq critères, dont le cahier spécial des charges détermine la pondération, sur 100 points, en l'exprimant dans une fourchette. Ces critères et les pondérations sont les suivants:

- critère 1: le montant de l'offre; entre 30 et 50 points;
- critère 2: la description des procédés de traitement, de valorisation et/ou d'élimination; entre 20 et 40 points;
- critère 3: les contraintes d'amenée des produits de dragage de catégorie B; entre 15 et 30 points;
- critère 4: le délai de mise en oeuvre des moyens d'exécution; entre 5 et 20 points;

- critère 5: le délai d'exécution des procédés de traitement, de valorisation et/ou d'élimination; entre 5 et 15 points.

Selon la motivation de l'acte attaqué, la pondération de ces critères, à savoir 35 points pour le premier critère, 27 points pour le deuxième, 20 points pour le troisième, 10 points pour le quatrième et 8 points pour le cinquième, aurait été communiquée à l'Inspection des Finances par un courrier du 19 septembre 2006.

Le cahier spécial des charges porte ce qui suit : «Le soumissionnaire peut remettre offre pour une ou plusieurs variantes libres».

Le 21 décembre 2006 a lieu l'ouverture des offres. Il est constaté que trois sociétés ont déposé offre : la société momentanée ENVIROWALL-FERRARI, la société anonyme ECOTERRES et la société momentanée TV-DCB.

En vertu de la décision motivée de sélection qualitative du 6 avril 2007 sont sélectionnées l'offre de base et les trois variantes déposées par la société anonyme ECOTERRES, ainsi que l'offre déposée par la société momentanée ENVIROWALL-FERRARI.

Le 19 juin 2007, le Gouvernement wallon décide d'attribuer le marché à la S.A. ECOTERRES pour le montant de 16.586.229,15 euros. Cette décision est notifiée aux parties requérantes par un courrier du 3 juillet 2007.

Il s'agit de l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée.

Se fondant sur le rapport d'analyse des offres du 21 mai 2007, qui y est annexé et doit être considéré comme en faisant partie intégrante, la motivation de cette décision fait état de ce que le total des différentes cotations donne le classement suivant:

CRITERE	1	2	3	4	5	TOTAL
1. s.a. Ecoterres (variante 1)	28,9	18	15	10,0	5,5	77,4 points
2. s.a.. Ecoterres (variante 3)	35,0	12	15	10,0	4,7	76,7 points
3. s.a. Ecoterres (variante 2)	27,0	15	19	10,0	5,5	76,5 points
4. s.a. Ecoterres (offre de base)	29,3	17	15	7,6	5,5	74,4 points

5. s.m. Envirowall-Ferrari	31,4	14	16	7,5	3,1	72,0 points
----------------------------	------	----	----	-----	-----	-------------

L'acte attaqué en déduit que l'offre sélectionnée et régulière la plus intéressante est celle déposée par la s.a. ECOTERRES (variante 1);

Considérant que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause, doit rester exceptionnel, et ne peut être admis qu'en cas d'imminence du péril que la procédure de suspension a pour objet de prévenir, et à la condition que la partie requérante ait fait toutes diligences pour prévenir le dommage et saisir le Conseil d'Etat dès que possible; que l'extrême urgence doit être appréciée non seulement en fonction de l'imminence de l'exécution effective de l'acte dont la suspension est demandée, mais aussi de la date de la notification de cet acte, de son caractère exécutoire et de l'attitude de la partie requérante; qu'en l'espèce, l'extrême urgence est établie à suffisance par l'imminence de la notification à l'attributaire de la décision d'attribution du marché eu égard au délai de dix jours prévu par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; que la demande de suspension est recevable en tant qu'elle est introduite selon la procédure d'extrême urgence;

Considérant qu'au terme de l'examen *prima facie* auquel il est possible de procéder dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, chaque partie requérante paraît avoir régulièrement pris la décision d'agir; que la recevabilité de la demande n'est d'ailleurs pas contestée;

Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, «la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable»;

Considérant que les parties requérantes prennent un moyen, le premier de leur demande, de la violation de l'article 24 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 103 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, ainsi que du principe de transparence; que les requérantes relèvent que le pouvoir adjudicateur a admis les variantes libres dans le cahier spécial des charges, sans en préciser les conditions ni les modalités, ce qu'imposent les dispositions visées au moyen; qu'elles en déduisent, en une première branche, que la disposition du cahier spécial des charges admettant les variantes libres est viciée, et, en une troisième branche, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait retenir les variantes libres de la société ECOTERRES;

Considérant que la partie adverse répond que le cahier spécial des charges définit assez largement l'objet du marché, laissant aux soumissionnaires la possibilité de déposer des variantes libres, qui ont d'ailleurs été largement autorisées; qu'elle souligne toutefois que le cahier spécial des charges prévoit un certain cadre dans lequel ces variantes libres peuvent être déposées, principalement quant à la quantité maximale des boues qui peuvent être «gérées» sur une année, puisqu'il dispose comme suit:

« Il est à signaler qu'une autre classification des produits de catégorie B au niveau de l'offre et des mètres du présent cahier spécial des charges peut être proposée en variante. Cependant, la quantité globale maximum de ces produits à gérer durant une période de 365 jours de calendrier (235.000 m³/an) ne peut être modifiée»;

que, selon la partie adverse, il est donc inexact de soutenir que le cahier spécial des charges ne prévoit pas de conditions minimales auxquelles les variantes libres doivent répondre; qu'en outre, elle fait valoir que les requérantes ne disposent pas d'un intérêt suffisant à formuler une telle critique; qu'en effet, selon elle, à supposer qu'elle n'aurait pu prendre en considération une des variantes déposées par la société ECOTERRES, il n'en résulte pas pour autant que toutes les offres d'ECOTERRES, y compris l'offre de base, devaient être rejetées; que constatant que ladite offre de base d'ECOTERRES demeure mieux classée que celle des requérantes, la partie adverse en déduit que cette offre d'ECOTERRES aurait dû être retenue et que les requérantes ne disposent pas d'un intérêt suffisant à formuler la critique contenue dans le moyen;

Considérant que la partie intervenante fait valoir, pour les mêmes motifs que ceux exposés par la partie adverse, que le cahier spécial des charges définit clairement le cadre dans lequel devaient être exprimées les variantes libres; qu'elle expose que c'est dans ce cadre qu'elle a déposé son offre de base ainsi que les variantes 1, 2 et 3, que tout autre soumissionnaire était parfaitement en mesure de présenter des offres similaires et qu'en toute hypothèse, la régularité de son offre de base n'est pas affectée par ce moyen;

Considérant, sur les première et troisième branches réunies, que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dispose comme suit, *in fine*:

- « Sauf si le cahier spécial des charges en dispose autrement, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les éventuelles variantes libres présentées par les soumissionnaires. Celles-ci doivent respecter les conditions minimales indiquées dans le cahier spécial des charges et les exigences requises pour leur soumission»;

Considérant qu'une «clause technique» du cahier spécial des charges, insérée dans l'article additionnel n/1, relatif au traitement, à la valorisation et à l'élimination des produits de dragage de catégorie B, procède à un classement desdits produits en trois groupes selon le type de contamination, tout en énonçant ce qui suit:

- « Il est à signaler qu'une autre classification des produits de catégorie B au niveau de l'offre et des métrés du présent cahier spécial des charges peut être proposée en variante. Cependant la quantité globale maximum de ces produits à gérer durant une période de 365 jours de calendrier (235.000 m³/an) ne peut être modifiée»;

Considérant qu'une telle disposition, qui se limite à énoncer que l'offre alternative doit garantir la fourniture d'une prestation quantitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'appel d'offres, ne se distingue pas de la définition de l'objet du marché et ne peut être considérée comme énonçant les exigences minimales s'appliquant aux variantes libres et les modalités de leur soumission, comme l'impose l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée; que, dès lors, la variante 1 déposée par ECOTERRES, qui, au demeurant, ne propose pas une autre classification des produits de catégorie B, ne pouvait être prise en considération;

Considérant que s'avère indifférente à ce propos la circonstance, alléguée par la partie intervenante, que toutes les sociétés auraient pu présenter une variante, l'objectif de la disposition en cause étant que les soumissionnaires soient tenus informés de la même manière sur les conditions minimales que doivent respecter les variantes pour qu'elles puissent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur; qu'il s'agit d'une obligation de transparence visant à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires;

Considérant que c'est à tort que la partie adverse conteste l'intérêt des requérantes à se prévaloir du moyen ici examiné; qu'en effet, en cas d'annulation de l'acte attaqué sur la base dudit moyen, elle ne serait pas tenue d'attribuer le marché à la société ECOTERRES pour son offre de base et que les parties requérantes bénéficieraient d'une chance de se voir attribuer le marché;

Considérant que le premier moyen est sérieux en ses première et troisième branches;

Considérant, s'agissant du risque de préjudice grave difficilement réparable, que les parties requérantes font valoir que le marché litigieux constitue un marché de référence dans le secteur du traitement des boues de dragage; qu'elles exposent à ce propos ce qui suit:

« [...]

Le présent marché est d'une ampleur tout à fait conséquente puisqu'il porte sur le traitement des boues de dragage polluées de tous les cours d'eau en Wallonie. Sa valeur est également tout à fait importante puisque le marché litigieux sera attribué pour 16.000.000 d'euros, par an, pendant plusieurs années. Son importance et sa publicité est démontrée par les nombreux articles de presse auxquels ce projet a donné lieu.

C'est le premier et le seul marché de ce genre en Wallonie. C'est également le seul en Belgique puisqu'en Flandre, les marchés de traitement des boues de dragage ne portent à l'heure actuelle pas sur les boues les plus polluées, à savoir celles pour lesquelles le traitement coûte le plus cher.

Il s'étalera en principe sur une période de quatre ans. Ceci signifie qu'avant l'échéance de ces quatre années il n'y aura plus de marché de ce type en Wallonie. En Flandre, il n'est pas question à l'heure actuelle de traiter les boues les plus polluées. De plus, les normes de tolérance sont plus élevées de sorte qu'un procédé particulier de traitement des boues les plus polluées ne s'avère pas encore nécessaire. Le marché litigieux sera donc le seul marché de ce type pour les quatre années à venir. Il est donc incontestablement rare.

De plus, au niveau européen, la Belgique est un Etat avec un maillage de fleuves navigables particulièrement dense. Seuls les Pays-Bas ont un maillage comparable. Cependant, aux Pays-Bas si l'on drague de manière intensive les boues des cours d'eaux, celles-ci ne sont pas traitées mais mises en décharge (les normes divergeant des normes belges à cet égard).

Ce marché requiert par ailleurs la mise en exploitation d'un procédé de traitement particulier au traitement des boues les plus polluées. Il s'agit d'un procédé extrêmement complexe et tout à fait neuf. L'attribution du marché permettra en effet tant aux requérantes qu'à l'attributaire de mettre en oeuvre respectivement leurs tout nouveaux procédés de traitement des boues polluées. Pour les requérantes il s'agit de leur procédé de chambres de collision; pour l'attributaire, il s'agit du procédé Novosol.

Ces deux procédés n'ont jamais été mis en exploitation industrielle.

Ils ont uniquement fait l'objet de projets pilotes. En ce qui concerne les requérantes, celles-ci ont développé un projet pilote faisant usage de procédé dans les boues émanant du port de Venise.

L'attribution de ce marché permettra donc à l'adjudicataire de se constituer une première référence de mise en exploitation d'un procédé jamais utilisé de traitement des boues les plus polluées.

Au niveau européen, il s'agira d'une référence essentielle pour participer, à l'avenir, à d'autres marchés de ce type. Le soumissionnaire qui pourra se prévaloir d'une exploitation réelle de son nouveau procédé de traitement disposera bien évidemment d'un avantage indéniable et de taille par rapport aux autres.»;

Considérant que la partie adverse fait valoir qu'à supposer que le marché litigieux puisse être considéré comme un marché de référence, ce dont, selon elle, il est possible de douter dès lors qu'un tel marché est relativement courant en Région flamande, il convient de procéder à une balance entre les intérêts du soumissionnaire qui s'estime irrégulièrement évincé et ceux de la collectivité; qu'elle expose ce qui suit:

« [...]

Il est indéniable que l'exécution du marché répondra à des besoins importants, notamment pour ce qui est de la question de la navigabilité des voies d'eau en Wallonie.

Tout retard dans l'exécution du marché entraînera des conséquences particulièrement dommageables pour le transport sur ces voies et ce en raison de l'accumulation de boues, ce qui a pour conséquence une diminution continue du tirant d'eau, lequel est pourtant nécessaire à la navigation. Une telle diminution entraînera, à tout le moins, pour les besoins notamment du transport de marchandises, une augmentation significative des petites embarcations à faible tirant d'eau, ce qui aura inmanquablement des répercussions économiques importantes.

En l'espèce, le plateau de la balance devrait pencher en faveur de la partie adverse, en sorte que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué ne saurait être admise en l'espèce.»;

Considérant qu'est un marché de référence, celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière; que pour les raisons exposées par les requérantes, le marché litigieux peut être qualifié de marché de référence; que la perte d'un tel marché constitue un risque de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant que l'article 3, § 2, alinéa 2, de la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui permet au soumissionnaire lésé d'introduire une demande de suspension de l'attribution d'un marché sans qu'un risque de préjudice grave difficilement réparable soit établi, prévoit la prise en compte, à l'occasion de l'examen de la demande de suspension, de la balance entre l'intérêt public et l'intérêt du soumissionnaire; que, toutefois, cette disposition n'est pas entrée en vigueur; que le Conseil doit dès lors se limiter à appliquer l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;

Considérant que le pouvoir de suspendre l'exécution d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative, si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable, a pour finalité de préserver l'effet utile d'une annulation éventuelle; que l'intérêt général ou les intérêts qui seraient pris en considération soit pour justifier le refus d'ordonner la suspension nonobstant l'existence avérée et constatée d'un risque de préjudice grave difficilement réparable, soit pour minimiser la gravité du préjudice subi par la ou les parties requérantes, ne pourraient faire obstacle à l'annulation éventuelle de l'acte concerné lorsque l'affaire sera examinée au fond; qu'il n'y a donc pas lieu, lors de l'examen de la cause en référé, de pondérer les préjudices résultant d'une part de l'exécution de l'acte attaqué et, d'autre part, de la suspension de son exécution; que le risque de préjudice grave difficilement réparable est donc établi;

Considérant que les conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué puisse être ordonnée sont réunies,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ECOTERRES dans la procédure en référé est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du Gouvernement wallon du 19 juin 2007 attribuant le marché relatif au traitement des produits de dragage de catégorie B en Région wallonne à la société anonyme ECOTERRES.

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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens relatifs à la requête en intervention, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Les dépens sont réservés pour le surplus.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations, le vingt-sept juillet deux mille sept par :

M. KOVALOVSKY, conseiller d'Etat, président f.f.,
M^{me} SCHMITZ, greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

V. SCHMITZ.

I. KOVALOVSKY.