

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 216.387 du 22 novembre 2011

G./A.195.800/VI-18.577

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

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Vanessa RIGODANZO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

**la Société publique d'Aide à la Qualité
de l'Environnement, en abrégé SPAQUE,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc SECRETIN, avocat,
rue des Augustins, n° 32,
4000 Liège.

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme SITA REMEDIATION,
2. la société anonyme FABRICOM,**
ayant formé une société momentanée SITA
REMEDIATION-FABRICOM,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Christophe DUBOIS, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 10 mars 2010, la société anonyme ACLAGRO demande l'annulation de la décision prise le 17 décembre 2009 par le conseil d'administration de la Société publique d'Aide à la Qualité de l'Environnement, en abrégé SPAQUE, d'attribuer les lots n° 1 et 2 relatifs au marché de travaux de réhabilitation du site "UCB" à MONS (Le Roeulx) à la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les sociétés anonymes SITA REMEDIATION et FABRICOM ont demandé, le 30 avril 2010, à être reçues en qualité de parties intervenantes. Une ordonnance du 12 juillet 2010 a accueilli provisoirement ces interventions.

Par une lettre du 7 septembre 2010, l'avocat des parties intervenantes informe le Conseil d'Etat que ses clientes se désistent de leur requête en intervention.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 20 septembre 2011, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 26 octobre 2011.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Vanessa RIGODANZO, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Bruno FONTEYN, loco Mes Patrick THIEL et Christophe DUBOIS, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur, 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

III. 1. Les 15 et 21 octobre 2009, le Bulletin des adjudications et le supplément au Journal Officiel de l'Union Européenne publient un avis de marché intitulé

"Réhabilitation du site dit «UCB» à Le Roeulx-Mons. Travaux de génie civil en vue de la réhabilitation du site (troisième étape)".

Ce marché a pour objet des travaux de décontamination du sol et est scindé en deux lots présentés de la manière suivante :

" Lot 1

1) Description succincte : Le premier lot consistera principalement :

- en la prise en charge des divers déchets présents sur les zones C4, C5, C6, D2 et D3;
- au débroussaillage, au déboisement et au dessouchage de l'ensemble de ces zones;
- en la mise en place de mesures de stabilité le long des voiries traversant ou longeant le site;
- en l'excavation, l'évacuation et l'élimination contrôlée (vers des centres de traitement ou d'élimination agréés ou traitement sur site) des terres contaminées;
- en la réalisation d'analyses de la qualité des sols en fond de fouille et en parois des fouilles;
- au pompage des eaux de la nappe, au suivi analytique et au traitement éventuel de ces eaux en cours de travaux;
- au remblayage des zones excavées en zone C4 et C5 par des terres de remblais;
- en l'installation d'une couche de couverture de terres végétales et en son ensemencement;
- en la mise en œuvre d'une couche d'argile de 50 cm sur les zones D2 et D3;
- au traitement des terres contaminées non prises en charge lors de la deuxième étape des travaux;
- en la réalisation d'investigations sous forme de tranchées;
- au remblayage des tranchées réalisées avec de l'argile.

2) Classification CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics) :

Objet principal : 45112340 - Travaux de décontamination du sol

4) Indications quant à une autre durée du marché : 200 jours.

Lot n° 2

Titre : Lot 2

1) Description succincte : Le second lot consistera principalement :

- en la prise en charge des divers déchets présents sur une partie de la zone A1;
- en l'excavation, l'évacuation et l'élimination contrôlée (vers des centres de traitement ou d'élimination agréés) des terres contaminées de la zone A1;
- en la réalisation d'analyses de la qualité des sols après excavation en fond de fouille et en parois;
- au pompage des eaux de la nappe, au suivi analytique et au traitement éventuel de ces eaux en cours de travaux;
- au remblayage des zones excavées en zone A1 du site par des terres de remblais;
- en l'installation d'une couche de terres végétales et en son ensemencement.

2) Classification CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics) :

Objet principal : 45112340 - Travaux de décontamination du sol

4) Indications quant à une autre durée du marché : 100 jours."

Les conditions de participation sont énoncées comme suit pour ce qui concerne la capacité technique :

- " III.2.3) Capacité technique :
Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies: Le soumissionnaire communique impérativement et sous peine de nullité les documents suivants : 1.la preuve de son agréation pour les catégories de travaux considérés; 2.une liste détaillée avec qualification des personnes qui seront chargées du suivi du chantier; 3.la preuve de l'accomplissement de travaux similaires, durant les 3 derniers exercices écoulés."

III. 2. Le cahier spécial des charges reprend pour l'essentiel les informations contenues aux avis de marchés et contient les éléments pertinents suivants :

" 1.10. Agréation

Les soumissionnaires doivent être inscrits sur la liste des entrepreneurs agréés dans les catégories G ou E ou équivalent pour les soumissionnaires résidant dans les autres pays de l'Union européenne. Sur base de l'estimation du Pouvoir Adjudicateur, la classe d'agréation présumée est la classe 8 ou équivalente pour les soumissionnaires résidant dans les autres pays de l'Union européenne. Par ailleurs, les sous-traitants éventuels devront être agréés pour la partie du marché qui leur sera confiée.

Le marché ne sera définitivement conclu que si l'entrepreneur, au moment où la notification de sa désignation va lui être faite, est toujours titulaire d'une agréation pour la catégorie des travaux faisant l'objet de l'entreprise.

[...]

1.12. Critères d'attribution

1.12.1. Définition des critères

L'attribution du marché se fera au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus intéressante sur base des critères pondérés suivants :

1. coût d'exécution du chantier : 90 points
2. délai d'exécution des travaux : 10 points

1.12.2. Modalités d'application des critères

1. L'appréciation du coût d'exécution du chantier se fera en tenant compte du montant de l'offre faite par le soumissionnaire. La cotation sera réalisée de la façon suivante :

L'offre la moins chère se verra attribuer 90 points. Tout écart d'un pour cent par rapport à l'offre la moins chère sera sanctionnée par le retrait d'un point sur 90.

2. L'appréciation du délai d'exécution sera réalisée de la façon suivante :

Soit di, le délai d'exécution global prévu au cahier des charges tous lots confondus (300 jours ouvrables).

Soit dp, le délai d'exécution proposé par le soumissionnaire.

	Cotation
Si $dp/di \geq 1$	0
Si $1 > dp/di \geq 0,9$	2
Si $0,9 > dp/di \geq 0,8$	4
Si $0,8 > dp/di \geq 0,7$	6
Si $0,7 > dp/di \geq 0,6$	8
Si $dp/di < 0,6$	10

Ne seront prises en considération que les réductions par tranches de 5 jours ouvrables."

III. 3. Le 3 décembre 2009, cinq offres sont remises dont celle de la requérante d'un coût total de 13.843.088,51 euros (lots 1 et 2) et celle de la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM, d'un coût total de 9.731.907 euros (lots 1 et 2).

III. 4. Le 17 décembre 2009, sur la base d'un rapport d'analyse des offres concluant à l'attribution du marché à la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'attribuer le marché public querellé à cette société momentanée.

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 5. Le 11 janvier 2010, les services de la partie adverse informent la requérante que son offre n'a pas été retenue.

III. 6. Le 12 janvier 2010, la requérante demande à prendre connaissance du rapport d'attribution du marché public querellé.

III. 7. Le 21 janvier 2010, les services de la partie adverse envoient à la requérante une copie de la décision motivée d'attribution.

III. 8. Le 1^{er} février 2010, les conseils de la partie requérante informent la partie adverse qu'ils introduisent une action en référé contre la décision d'attribution.

III. 9. Le 5 février 2010, la requérante cite la partie adverse devant le Président du Tribunal de première instance de Liège siégeant en référé.

III. 10. Le 2 juin 2010, le Président du Tribunal de première instance de Liège déclare la demande de la requérante non fondée.

IV. DESISTEMENT DES PARTIES INTERVENANTES

Par une lettre du 7 septembre 2010, les parties intervenantes ont déclaré vouloir se désister de leur requête en intervention. Rien ne s'oppose à ce que ce désistement soit décrété.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 15 et 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence effective ainsi que des principes généraux de bonne administration. En substance, elle y expose qu'en appel d'offres, le cahier spécial des charges ne peut pas prévoir d'emblée que le prix sera déterminant pour l'attribution du marché, que la partie adverse a prévu, pour le marché public querellé, que le prix représenterait nonante pour cent des points, qu'elle n'était pas obligée de contester cette disposition du cahier spécial des charges au moment de l'adoption de ce cahier, que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée classe la qualité des prestations en premier lieu, que la qualité des prestations n'a même pas été retenue comme critère d'attribution, que la liberté de choix des critères d'attribution laissée au pouvoir adjudicateur n'est pas absolue, que, dans une procédure d'appel d'offres, le prix ne peut être un critère d'attribution absolument déterminant, à peine d'être en présence d'un faux appel d'offres, qu'en prévoyant que le prix proposé vaudrait pour nonante pour cent des points, la partie adverse dénature la procédure d'appel d'offres et que les mesures sollicitées sont justifiées.

En substance, la partie adverse répond que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 énonce une liste de critères d'attribution potentiellement admissibles. Elle ajoute que, contrairement à ce que soutient la requérante, l'ordre des critères d'attribution n'a aucune importance et n'indique aucune préséance, que le principe majeur reste celui du choix du pouvoir adjudicateur, eu égard à la nature et à l'objet du marché, que la jurisprudence du Conseil d'Etat confirme cette liberté de choix, encadrée par trois principes étant la non-discrimination, l'objectivité et l'application indistincte à toutes les offres, que les critères d'attribution du cahier spécial des charges respectaient les trois limites précitées, que, s'agissant de déterminer l'offre économiquement la plus intéressante, le critère du prix est incontournable, que celui du délai d'exécution est justifié pour la détermination de l'offre la plus intéressante

compte tenu de l'objet du marché qui porte essentiellement sur le traitement de terres polluées et moins sur des travaux de génie civil et de terrassement qui ne présentent pas de difficultés particulières, mais dont l'abréviation des délais d'exécution présente un avantage majeur destiné à mettre en œuvre la quatrième phase de l'opération, que la requérante se limite à quereller la pondération des critères d'attribution, que, à l'occasion d'un marché qui laisse aux soumissionnaires le choix des méthodes de traitement et de valorisation des terres polluées parmi celles autorisées par le cahier spécial des charges mais avec l'obligation d'atteindre des valeurs prédéterminées comme concentration admissible de substances polluantes, il est évident que le prix est l'élément majeur pour apprécier l'offre économiquement la plus intéressante, que l'enveloppe budgétaire est fermée, qu'il n'est pas rare qu'en appel d'offres, les pouvoirs adjudicateurs aient recours à ces deux critères d'attribution, qu'une juste mesure a été laissée au délai d'exécution, que, les législations européennes et belges ne précisant pas comment intégrer le prix dans les autres critères d'attribution, le cahier spécial des charges n'est pas illégal, qu'il ne peut être question d'adjudication déguisée que si le prix est absolument déterminant, que, si le prix a effectivement déterminé l'offre la plus intéressante, c'est en raison des écarts de prix entre les offres, qu'il n'y a pas de meilleur ou de moins bon assainissement mais bien des concentrations requises à atteindre, qu'affirmer que des méthodes de traitement de terres présentent des avantages ou des inconvénients quant au résultat final n'a pas de sens, que, même si les critères d'attribution n'avaient pas eu la pondération querellée ou si le mode d'attribution avait été celui de l'adjudication, la requérante n'aurait rien eu à gagner, que la différence des prix n'aurait pu être gommée par une pondération différente puisque le délai d'exécution de la requérante était supérieur d'un jour à celui de l'attributaire et que, en cas d'adjudication, son prix était nettement plus important que celui de l'attributaire.

La partie requérante réplique que le pouvoir discrétionnaire de la partie adverse ne peut être mis en œuvre de manière arbitraire, que le critère d'attribution du prix ne peut pas être pris d'emblée comme déterminant, que l'appel d'offres et l'adjudication sont deux procédures différentes, que la doctrine considère que, si le prix est déterminant a priori, il s'agit d'une adjudication et que si le prix est déterminant a posteriori, il s'agit d'un appel d'offres, que le cahier spécial des charges de la partie adverse fait du prix un élément déterminant a priori, qu'il s'agit donc d'une adjudication car le critère d'attribution décisif est le prix, que la partie adverse admet que le critère d'attribution "délai" avait pour but de départager les concurrents en cas d'égalité sur le critère d'attribution "prix", que la partie adverse devait comparer les différentes méthodes de traitement des terres au regard du critère de la qualité de la méthode choisie, que la partie adverse n'a pas retenu ce critère comme critère d'attribution, qu'elle s'est ainsi mise dans l'impossibilité de choisir une offre

plus chère mais plus intéressante, que la partie adverse n'a pu ainsi apprécier l'offre réellement la plus intéressante, que les méthodes envisagées par le cahier spécial des charges ont chacune leurs caractéristiques propres et qu'il y avait un intérêt à les comparer, que, pour ce qui concerne l'intérêt au moyen, si la partie adverse avait procédé à une adjudication, elle aurait appliqué les règles propres à ce mode de passation sans qu'il soit certain que le classement aurait été identique car la partie adverse aurait dû appliquer l'article 110, § 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 qui implique une vérification distincte de celle de l'article 110, § 3, du même arrêté royal, qu'en adjudication, aucune liberté n'aurait été laissée aux soumissionnaires quant à la méthode de traitement à utiliser et que le mode de passation des modes de marchés publics relève de l'ordre public en telle sorte qu'elle n'a pas à justifier son intérêt au moyen.

Dans son dernier mémoire, la partie requérante confirme qu'à son estime, un seul mode d'exécution du marché serait possible en adjudication. Qu'en effet, le recours à cette procédure impose au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, ce qui suppose que ce même pouvoir adjudicateur ait fixé toutes les conditions auxquelles le marché doit répondre, de sorte qu'il ne serait pas conforme à la procédure d'adjudication de laisser la méthode d'exécution du marché à l'appréciation des soumissionnaires. Toujours au soutien de cette thèse selon laquelle un seul mode d'exécution est possible en adjudication, la requérante fait valoir que, suivant ce mode d'attribution d'un marché, seules les variantes autorisées ou obligatoires sont admises, tandis que sont exclues les variantes libres. La requérante reproche enfin à la partie adverse de n'avoir posé aucun critère relatif à la qualité des prestations proposées par les soumissionnaires. Elle conclut en faisant valoir que la procédure organisée par la partie adverse s'apparente à une adjudication déguisée, les critères utilisés rendant déterminant le coût, sans être aptes à évaluer la qualité des offres.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

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 est libellé comme suit :

- " En appel d'offres général ou restreint, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, en tenant compte des critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou, le cas échéant, dans l'avis de marché. Les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché, par exemple, la qualité des produits ou prestations, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, des considérations d'ordre social et éthique, le

coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution. 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".

Le pouvoir adjudicateur qui recourt à la procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché choisit librement les critères d'attribution et l'importance relative qu'il accordera à chacun d'entre eux en vue de déterminer l'offre qui lui apparaîtra la plus intéressante. Cette liberté de choix, qui doit s'exercer dans une transparence garante du respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, n'est aucunement limitée par la liste des critères contenue dans la disposition précitée, laquelle liste ne revêt qu'un caractère indicatif. Par ailleurs, et au regard de cette marge d'appréciation laissée au pouvoir adjudicateur, rien n'autorise à soutenir que le prix ne pourrait être un critère important en appel d'offres, ni qu'en pareille hypothèse, la procédure d'appel d'offres serait dénaturée et que le pouvoir adjudicateur recourrait en réalité à une procédure d'adjudication.

En conséquence, en attribuant le marché litigieux sur la base d'une appréciation portée au regard de deux critères dont le cahier spécial des charges laissait apparaître que celui du prix aurait une importance relative de nonante pour cent, la partie adverse n'a pas recouru à une procédure d'adjudication déguisée et l'acte attaqué ne viole pas les articles 15 et 16 de la loi du 24 décembre 1993.

Pour le surplus, en tant qu'il invoque la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence effective ainsi que des principes de bonne administration, sans toutefois exposer en quoi ces dispositions et principes auraient été méconnus, le moyen est irrecevable.

Il découle des considérations qui précèdent que le moyen n'est pas fondé. Il n'y a pas lieu, partant, d'examiner la question de l'intérêt au moyen.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 110 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, des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence effective, de prudence et de diligence ainsi que des principes généraux de bonne administration, du vice des motifs de fait et de droit et de l'erreur manifeste d'appréciation. En synthèse, elle expose que, à l'occasion d'un marché public de travaux, passé selon le mode de l'adjudication, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à une vérification des prix proposés lorsque l'offre présente une différence de quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, qu'en faisant du prix le critère d'attribution déterminant, la partie adverse a procédé à une adjudication déguisée sans respecter les dispositions régissant ce mode de passation, que les prix proposés par la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM étaient inférieurs de plus de trente-sept pour cent de la moyenne des autres offres régulières pour le lot n° 1 et de cinquante-cinq pour cent pour le lot n° 2, que, malgré cette différence énorme, le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à la vérification des prix de cette société momentanée, que le pouvoir adjudicateur avait lui-même évalué le marché à plus de treize millions d'euros pour les deux lots, que le pouvoir adjudicateur aurait dû vérifier la régularité de l'offre de la société momentanée, que la note au conseil d'administration indique que le prix de l'offre de cette société momentanée est largement inférieur à l'estimation en raison du choix des techniques de traitement des sols envisagées par le soumissionnaire qui a mis en avant des techniques peu coûteuses, comme le criblage des terres contaminées et le traitement biologique de celles-ci, autres que celles visées au cahier spécial des charges, que la justification donnée par la partie adverse ne permet pas de juger de la valeur de ces solutions alternatives par rapport aux exigences du cahier spécial des charges, que la partie adverse n'a nullement vérifié si tel était le cas et que, si ces solutions devaient se révéler incompatibles avec le cahier spécial des charges, l'offre retenue serait irrégulière au sens de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

A propos des deuxième et troisième moyens, la partie adverse répond que l'examen du premier moyen a démontré que celui-ci n'était pas fondé, qu'il s'agit bien d'un appel d'offres régi par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, que, contrairement à l'article 110, § 4, du même arrêté royal qui impose un contrôle des prix, l'article 110, § 3 contraint le pouvoir adjudicateur à inviter le soumissionnaire à justifier ses prix avant d'écarter l'offre pour prix apparemment anormalement bas, que le pouvoir adjudicateur n'avait aucune obligation d'interroger la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM sur ses prix, que, même en procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur a toujours la possibilité de ne pas

interroger le soumissionnaire concerné s'il motive formellement le rejet du grief d'anormalité apparente du montant de l'offre, que le caractère bas des prix proposés par la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM n'ont pas échappé au pouvoir adjudicateur, que l'analyse des offres a mis en évidence une explication simple et rationnelle tenant dans les techniques de traitement des terres polluées, techniques envisagées par la seule société momentanée attributaire, et nettement moins coûteuses que celles proposées par les autres soumissionnaires, que la décision motivée d'attribution est formellement motivée à cet égard et contient les explications nécessaires, que, contrairement à ce que soutient la partie requérante, le pouvoir adjudicateur a vérifié la compatibilité des techniques proposées avec le cahier spécial des charges, que le traitement des terres constitue septante-cinq pour cent du coût total, que le choix de procédés moins coûteux pour le traitement de terres polluées a une répercussion très significative sur le coût total du marché, que le cahier spécial des charges laissait aux soumissionnaires la liberté du choix de la méthode de traitement des terres, qu'il n'y avait, extraits du cahier spécial des charges à l'appui, aucune incompatibilité entre la méthode de l'attributaire et les dispositions du cahier spécial des charges, que le traitement biologique est expressément visé à l'annexe 5 du cahier spécial des charges en cas de traitement sur site, que le métré récapitulatif comparatif montre bien que l'écart global entre les prix se situe au niveau des postes relatifs au traitement des terres contaminées, qu'elle ne peut produire ce métré récapitulatif sous peine de violation de la confidentialité des offres, que ses explications suffisent à démontrer la pertinence globale de la motivation reprise à la décision motivée pour justifier que l'offre de la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM n'a pas été écartée pour prix anormaux, que cette société momentanée n'a fait que choisir, privilégier et proposer certaines méthodes de traitement spécifiquement envisagées au cahier spécial des charges pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'avait aucun doute en raison de leur mise en œuvre sur d'autres chantiers d'assainissement, que c'est la requérante qui affirme que l'adjudicataire aurait pris un risque financier, que, dans la mesure où l'écart de prix s'explique par la méthode retenue, rien n'indique qu'il s'agisse d'un risque et que cette requérante est incapable d'en démontrer la réalité à supposer qu'elle existe.

La partie requérante réplique que l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est une disposition essentielle destinée à garantir une saine concurrence entre les entreprises et à prévenir les prix anormalement bas en obligeant le pouvoir adjudicateur à vérifier si les prix offerts permettent d'exécuter les obligations résultant du cahier spécial des charges afin d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts du pouvoir adjudicateur et des budgets publics, que cette disposition doit être appliquée avec rigueur, que le pouvoir adjudicateur n'a jamais invité l'attributaire à justifier ses prix et s'est contenté d'une note dans l'offre soumise, que les prix

étaient d'ailleurs inférieurs à ses propres prévisions, que la motivation tenant en ce que le risque est assumé par l'entrepreneur est totalement insuffisante et n'est qu'une clause de style qui ne garantit en rien que le risque pris ne portera pas préjudice à la bonne exécution du contrat, que le Conseil d'Etat n'admet pas l'argument tiré du risque entrepreneurial, que la motivation tenant en l'exécution satisfaisante d'autres réhabilitations utilisant le même processus est une motivation a posteriori et donc dépourvue de pertinence, non conforme à la loi du 29 juillet 1991 précitée et que l'article 110, § 4, n'a pas été respecté.

Dans son dernier mémoire, la requérante soutient qu'en utilisant la procédure d'adjudication déguisée en une procédure d'appel d'offres, la partie adverse a, en réalité, opéré un détournement de procédure et que, par ce déguisement, elle a pu tirer les avantages de chacune des deux procédures et en éviter les inconvénients. Elle ajoute qu'en accordant nonante points sur cent au critère "prix", la partie adverse s'assurait de sélectionner l'offre la moins chère - avantage de principe que procure l'adjudication - tout en évitant de devoir opérer le contrôle automatique des prix anormalement bas puisque ceci n'est exigé qu'en matière d'adjudication. Elle ajoute enfin qu'en tant qu'il invoque la violation du principe général d'interdiction du détournement de procédure, le moyen doit être déclaré recevable.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Si le moyen doit s'entendre en ce sens qu'il invoque la violation de l'article 110, § 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, la méconnaissance de cette disposition n'est pas établie. Ainsi qu'il ressort, en effet, de la réponse au premier moyen, la procédure d'attribution du marché litigieux est bien l'appel d'offres, et non l'adjudication, de sorte que l'article 110, § 4, précité n'est pas applicable en l'espèce.

Pour la même raison que la procédure d'attribution du marché litigieux ne constitue pas une adjudication déguisée en appel d'offres, le grief de détournement de procédure, du reste exprimé pour la première fois dans le dernier mémoire de la requérante, ne peut être retenu.

Si le moyen doit être compris comme visant l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, cette disposition n'apparaît pas davantage avoir été violée par la partie adverse. Celle-ci, après avoir constaté que l'offre de la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM était largement inférieure à l'estimation du coût du marché, a considéré que le prix proposé ne devait pas être tenu

pour anormalement bas, dès lors qu'il s'expliquait par le choix des techniques de traitement des sols envisagé par cette société.

Pour le surplus, en tant qu'il invoque la violation des autres dispositions et principes visés, sans toutefois exposer en quoi ils auraient été méconnus, le moyen est irrecevable.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un troisième moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée, de l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence effective, ainsi que des principes généraux de bonne administration, de prudence, de minutie, de diligence et de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle y expose en substance qu'en appel d'offres, en vertu des principes généraux de bonne administration, le pouvoir adjudicateur doit procéder à une vérification des prix proposés lorsque ceux-ci sont anormalement bas, que les prix offerts par la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM sont anormalement bas, que la partie adverse n'a procédé à aucune vérification de la réalité et de la normalité de ces prix, que, à supposer le deuxième moyen non fondé, l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité prévoit également la faculté de vérifier la réalité et la normalité des prix, qu'en vertu des principes généraux de prudence et de bonne administration, le pouvoir adjudicateur est tenu d'inviter les soumissionnaires ayant remis des prix très anormalement bas à les justifier et qu'en s'abstenant d'y procéder, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

La partie adverse a répondu à ce moyen en même temps qu'elle répondait au deuxième moyen.

La requérante réplique que l'action des pouvoirs adjudicateurs est encadrée par les principes généraux de prudence et de bonne administration qui imposent d'inviter les soumissionnaires qui ont remis des prix anormalement bas et nettement inférieurs aux prévisions du pouvoir adjudicateur à se justifier, que tel était le cas en l'espèce dès lors que les prix proposés par l'attributaire s'écartaient de trente-sept pour cent et de cinquante-cinq pour cent des prix présentés par les autres soumissionnaires et que ces principes généraux ont été violés.

Dans son dernier mémoire, la requérante insiste sur ce qu'en vertu des principes généraux de bonne administration et surtout d'égalité des soumissionnaires, il incombait à la partie adverse d'inviter le soumissionnaire retenu à justifier le caractère très anormalement bas du prix proposé dans son offre. Elle étaye notamment cet argument par la référence à un arrêt n° 198.368 du Conseil d'Etat de l'enseignement duquel il apparaîtrait que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires empêche de comparer une offre comportant un prix anormalement bas avec une offre régulière. Elle ajoute enfin que l'utilisation d'une méthode différente ne dispensait pas le pouvoir adjudicateur de questionner le soumissionnaire choisi sur le caractère extrêmement bas des prix proposés, et que ce pouvoir adjudicateur n'était pas davantage dispensé de cette formalité par une disposition du cahier spécial des charges ou de la législation applicable en l'espèce.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ainsi qu'il ressort d'une note au conseil d'administration du 17 décembre 2009, la partie adverse a considéré, à propos de l'estimation qu'elle avait faite du coût du marché, ce qui suit :

" On notera que, autant pour le Lot 1 que pour le Lot 2, l'offre par la S.M. SITA REMEDIATION – FABRICOM est largement inférieure à cette estimation. Ceci s'explique par le choix des techniques de traitement des sols envisagées par cet entrepreneur. Celui-ci, de par son expérience et ses propres investigations de terrain, a mis en avant dans son offre des techniques peu coûteuses, telle que le criblage des terres contaminées ou leur traitement par voie biologique. Le choix de ces techniques relève de la prise de risque de l'entrepreneur et est parfaitement décrit dans la note reprenant le détail du mode de calcul du prix unitaire du traitement des terres contaminées à la tonne, telle que remise par cet entrepreneur".

Il apparaît à la lecture de ces considérations que, contrairement à ce que soutient la requérante, la partie adverse a bien procédé à la vérification des prix offerts, singulièrement par la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM, et qu'à la faveur de cette vérification, elle a décidé que le prix offert par cette société ne devait pas être tenu pour anormalement bas. Par conséquent, elle ne devait pas inviter cette société à justifier davantage son prix, n'y étant contrainte ni par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ni par les principes visés, fût-ce dans la portée que la requérante entend leur attribuer. Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

VIII. QUATRIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un quatrième moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux, de l'article 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 précitée, de l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégorie et sous-catégories relativement à l'agrément des entrepreneurs, des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence effective, de prudence et de diligence ainsi que des principes généraux de bonne administration. En synthèse, elle expose que l'agrément requis par le cahier spécial des charges doit correspondre aux travaux à effectuer, que le cahier spécial des charges permet aux entreprises disposant d'une catégorie 8 E de se porter candidates au marché public querellé alors que les travaux repris dans la catégorie E sont sans rapport avec ceux du marché, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer à quelle catégorie les travaux visés au cahier spécial des charges doivent être rattachés, qu'il doit, à cette fin, se fonder sur des données objectives pour déterminer cette catégorie, compte tenu de l'importance des travaux envisagés, que l'article 1.10. des clauses administratives du cahier spécial des charges prévoit une agrément en catégorie G ou E, classe 8, que la société momentanée attributaire est classée, pour ce qui concerne SITA REMEDIATION, en catégorie G, classe 6, et, pour ce qui concerne FABRICOM, en catégorie E, classe 8, que seule l'agrément de cette dernière satisfait aux conditions du cahier spécial des charges, qu'elle dispose quant à elle, une agrément G 8, que cependant, l'agrément en catégorie E n'est pas pertinente pour le marché querellé, que l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 donne une définition des travaux de la catégorie E (entreprises générales de génie civil) sans grand rapport avec ceux visés par le marché qui semble plutôt ressortir à la catégorie G (entreprises générales de terrassement), que l'on n'aperçoit dès lors pas la pertinence d'accepter des soumissionnaires possédant seulement une agrément en catégorie E, qu'en ne possédant qu'une agrément utile en catégorie E, la société momentanée attributaire ne peut être présumée disposer des capacités techniques suffisantes pour accomplir le marché public querellé, que l'agrément en catégorie E entraîne celle en catégorie G mais avec une perte de trois classes et qu'en imposant l'agrément en catégorie E et en désignant la société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM comme adjudicataire, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

En synthèse, la partie adverse répond que l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 précitée dispose que la catégorie ou sous-catégorie de rangement d'un marché comprenant des travaux est celle dans laquelle rentre la partie de l'ouvrage à exécuter dont le montant représente le pourcentage le plus élevé, que cette disposition n'impose pas qu'une seule catégorie ou sous-catégorie soit admise pour un marché mixte mais empêche d'imposer une agrégation correspondant à des travaux ne représentant qu'un pourcentage marginal, que le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte objectivement la nature et l'importance des travaux envisagés, que le tableau qu'elle produit établit que le marché vise, pour plus de quatre-vingt pour cent de son coût total, des prestations environnementales et surtout le traitement des terres polluées, que les vingt pour cent restants se répartissent en travaux de terrassement (onze pour cent), en travaux de génie civil (cinq pour cent) et en autres prestations (quatre pour cent), qu'à l'égard de la globalité du marché, les travaux de terrassement sont tout aussi minoritaires que ceux de génie civil, qu'il est injustifié de soutenir que le marché ne pouvait être ouvert qu'aux soumissionnaires agréés en catégorie G et non en E, qu'à suivre l'argumentation de la requérante, l'agrégation en catégorie G n'aurait pas été plus indiquée que celle en catégorie E, qu'eu égard à la nature spécifique du marché et à la part prépondérante des prestations externes de traitement des déchets et d'analyses, elle a légitimement considéré que le marché était ouvert aux entreprises agréées en catégorie G et E, que, dans l'affaire en référé judiciaire, la requérante a produit un tableau qui ne correspond pas à un extrait du métré récapitulatif mais bien à un tableau établi par cette requérante, en y ajoutant six colonnes entre lesquelles elle opère une ventilation très personnelle, que la requérante rattache artificiellement le traitement des terres à la catégorie G, que cette opération ne correspond cependant à aucune des prestations requises dans la définition réglementaire des catégories G, G2 ou G3, qu'il n'y a aucune raison de rattacher ces prestations à la catégorie G, que, par exemple, la requérante rattache le traitement des eaux polluées de la nappe phréatique à une pseudo-catégorie "cleaning", qu'il n'y a cependant aucune raison de distinguer selon que les eaux sont pompées ou extraites, que de telles prestations ne sont, en aucun cas, des opérations de la catégorie G, que les cahiers spéciaux des charges produits par la partie adverse devant le juge des référés se rapportent principalement à des marchés de l'OVAM qui a peut-être posé un choix différent que le sien, qu'aucune traduction n'est disponible, que, pour ce qui concerne ses marchés récents de réhabilitation de sites, le marché "FERRAND n°1" était ouvert aux agrégations G et E, que le marché "BOMA" avait pour objet la déconstruction d'une ancienne station-service et de sa plate-forme ainsi que l'évacuation des cuves, que celui de l'"AMS Nord" avait pour objet la déconstruction de bâtiments anciens, l'enlèvement de structures anciennes à l'abandon, la récupération et l'évacuation de concassés pollués, que la réhabilitation de la Centrale

électrique de Marchienne-au-Pont avait aussi pour objet la déconstruction de quelques dernières infrastructures, l'évacuation de déchets abandonnés et l'excavation de terres contaminées, que, même à suivre l'argumentation de la requérante, l'illégalité ne lui aurait occasionné aucun dommage, que les travaux de terrassement n'étaient pas plus significatifs à l'échelle de l'ensemble du chantier que ceux de génie civil de sorte qu'imposer une agréation en catégorie G n'aurait pas été plus justifié qu'une agréation en catégorie E, que l'attributaire aurait pu aussi remettre offre de manière aussi valable que la requérante dont l'offre moins intéressante ne lui aurait pas permis d'obtenir le marché et que la requérante n'a pas intérêt au moyen.

La partie requérante réplique que, à part quelques postes pour lesquels elles ne s'entendent pas, les parties s'accordent à dire que la majeure partie des travaux consistent en la décontamination de terres polluées et donc en l'assainissement du sol, que le reste des travaux consiste en entreprises relevant de la catégorie G (onze pour cent), de la catégorie E (cinq pour cent) et de diverses prestations, que les parties ne s'accordent pas sur la question de savoir de quelle catégorie relèvent les travaux de décontamination des sols, que la partie adverse refuse de reconnaître l'appartenance de ces travaux à la catégorie G, que le pouvoir adjudicateur doit déterminer à quelle catégorie appartiennent les travaux commandés, même s'ils ne sont pas énumérés explicitement dans une catégorie, qu'il est en effet courant de faire appel à de nouvelles techniques qui n'existaient pas lors de la création des catégories d'agréation et qui ne sont dès lors pas citées dans l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 précité, qu'il paraît logique de rattacher les travaux de décontamination des sols à la catégorie G qui envisage déjà l'assainissement des sols par drainage, et non à la catégorie E qui concerne essentiellement la construction de bâtiments, que la compétence en matière de construction de bâtiments ne peut être utile à des travaux d'assainissement de sols, que de nombreux avis de marchés exigent une agréation en catégorie G, que les travaux de décontamination de terres polluées relèvent de la catégorie G, que la partie adverse a commis une illégalité en acceptant des soumissionnaires agréés en catégorie E, que le marché n'a pas été attribué légitimement et qu'elle a intérêt au moyen puisque l'attributaire n'est pas titulaire d'une agréation de catégorie G en classe 8.

Dans son dernier mémoire, la requérante soutient que s'il y avait lieu d'admettre que le marché litigieux n'est pas un marché de travaux, mais bien de services, comme l'indique l'auditeur rapporteur dans son rapport, et que, par conséquent, il ne convenait pas d'appliquer la loi du 20 mars 1991 précitée, le moyen apparaîtrait manifestement fondé. A son estime, dès lors que la partie adverse s'est considérée tenue par une loi qui, par hypothèse, n'était pas applicable au marché en cause, elle s'est fourvoyée sur l'exercice de sa compétence en opérant une fausse

application de la loi du 20 mars 1991 et en méconnaissant directement cette loi ainsi que l'étendue de ses propres pouvoirs. Elle considère qu'il s'agit là d'un vice des motifs qui relève de l'ordre public.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le coût estimé du marché litigieux dépasse les seuils fixés pour l'application de la directive 2004/18 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 sorte que celle-ci lui est applicable.

Conformément à l'annexe II A de cette directive, telle qu'applicable lors de l'adoption de l'acte attaqué, ainsi qu'à l'annexe 2 A de la loi du 24 décembre 1993, l'objet des prestations que la partie adverse tendait à attribuer dans le cadre du marché litigieux relève de la catégorie 16 "Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues", et plus particulièrement des services visés sous les numéros de la nomenclature C.P.V. suivants :

- " 90522000-2 : Services concernant les sols contaminés
- 90522100-3 : Enlèvement de sols contaminés
- 90522200-4 : Élimination de sols contaminés
- 90522300-5 : Services de traitement de sols contaminés
- 90522400-6 : Nettoyage et traitement du sol
- 90523000-9 : Services d'élimination de déchets toxiques, excepté déchets radioactifs et sols contaminés".

Au sens de cette directive et de la loi du 24 décembre 1993, le marché litigieux doit donc être qualifié de marché public de services. La circonstance que, comme en l'espèce, des prestations accessoires de travaux sont également confiées dans le cadre de ce marché ne peut justifier que celui-ci soit qualifié de marché public de travaux.

En vertu de l'article 3, §1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, les exigences édictées en matière d'agrément des entrepreneurs ne s'appliquent à l'égard de ceux-ci que lorsqu'ils prétendent à l'attribution de marchés publics de travaux.

De la qualification de marché public de services qui doit être retenue à l'égard du marché litigieux et de ce que, pour cette raison, la législation relative à l'agrément des entrepreneurs ne devait pas être appliquée en l'espèce, il se déduit qu'il est vain de critiquer longuement le choix des catégories d'agrément retenues par la partie adverse. En effet, même à défaut, pour cet entrepreneur, de bénéficier de la

moindre agréation accordée en vertu de la loi du 20 mars 1991 précitée ou de satisfaire aux conditions définies par ou en vertu de cette loi, l'accès au marché litigieux n'aurait pu être refusé à l'attributaire au motif qu'il ne satisfaisait pas aux exigences d'agréation. Il s'ensuit que la requérante n'a pas intérêt au moyen et que celui-ci, pour cette raison, doit être déclaré irrecevable.

Formulé pour la première fois dans le dernier mémoire de la requérante, le grief déduit du vice des motifs est tardif.

IX. CINQUIEME MOYEN

IX. 1. Thèse de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante soulève un cinquième moyen, pris de la violation de l'article 1^{er}, alinéa 2 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, des articles 1^{er} et 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 1^{er} à 26 et 53 à 81 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, du vice des motifs et de la violation directe de la base légale, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir. Elle y relève que le marché a été passé en application de la procédure relative aux marchés publics de travaux, alors qu'il aurait dû l'être par application de la réglementation relative aux marchés de services. Elle se réfère à deux arrêts du Conseil d'Etat qui l'amènent à soutenir qu'un moyen pris de la violation de dispositions de la législation relative aux marchés publics touche à l'ordre public et doit, dès lors, être soulevé d'office. Elle considère qu'en l'espèce, il y a une violation directe de la base légale et que la partie adverse a radicalement méconnu les dispositions de la réglementation en qualifiant de manière inexacte le marché dès son lancement. Elle conclut qu'un tel moyen touche l'ordre public et entache d'irrégularité l'entière du marché.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas que des prescriptions essentielles énoncées par les dispositions dont la violation est invoquée, prescriptions garanties, par ailleurs, par les articles appliqués par la partie adverse, aient été méconnues, de telle sorte que l'illégalité alléguée ne revêt pas, en l'espèce, un caractère d'ordre public.

Soulevé pour la première fois dans le dernier mémoire, alors que la requérante aurait pu exprimer les griefs qu'il contient dans sa requête, le moyen est tardif et doit, pour cette raison, être déclaré irrecevable.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par les sociétés anonymes SITA REMEDIATION et FABRICOM, ayant formé une société momentanée SITA REMEDIATION-FABRICOM est accueillie.

Le désistement des parties intervenantes est décrété.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 425 euros, sont mis à la charge de la partie requérante, à concurrence de 175 euros et à la charge des parties intervenantes, à concurrence de 125 euros chacune.

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

MM. Paul LEWALLE,
Yves HOUYET,
David DE ROY,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.