

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 219.175 du 4 mai 2012

G./A.204.396/VI-19.559

En cause : **1. la société anonyme ECOTERRES,**
2. la société anonyme MOURIK,
3. la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF
AERTSSEN,
ayant formé une société momentanée
ECOTERRES-MOURIK-AERTSSEN,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

la société anonyme SPAQUE,

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

Demanderesse en intervention :

la société anonyme SITA REMEDIATION,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Valentine de FRANCQUEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une demande introduite le 10 avril 2012, la société anonyme ECOTERRES, la société anonyme MOURIK et la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN, ayant formé une société momentanée ECOTERRES-MOURIK-AERTSSEN, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise le 21 mars 2012 par le Conseil d'administration de la SPAQuE de ne pas retenir leur offre et d'attribuer à la

SA SITA REMEDIATION le marché de «Réhabilitation du site «Carcoke» à Tertre – étape 4 – Traitement des pollution de surface», pour un montant de 22.464.750 EUR HTVA.".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 11 avril 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 avril 2012 à 10 heures 30.

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

Par une requête introduite le 23 avril 2012, la société anonyme SITA REMEDIATION demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me André DELVAUX, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me Séverine HOSTIER, loco Me Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Patrick THIEL et Valentine DE FRANQUEN, avocats, comparaissant pour la demanderesse en intervention, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être brièvement décrits comme suit :

III. 1. Par un avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 16 décembre 2011 et au supplément au Journal officiel de l'Union européenne du 20 décembre 2011, la SPAQUE a lancé un marché de services par appel d'offres général pour la "réhabilitation du site «Carcoke» – étape 4 – traitement des pollutions de surface".

La réhabilitation du site Carcoke comporte, en effet, plusieurs étapes dont les trois premières visaient :

- 1) le démantèlement des bâtiments et structures de l'ancienne usine (2004);
- 2) la prise en charge des terres cyanurées présentes au Nord-Est du site (2008);
- 3) l'élimination des noyaux profonds en composés organiques volatils (2009 à 2011).

III. 2. Selon l'article 1.1. du cahier spécial des charges applicable au présent marché, qui constitue la quatrième étape de l'opération de réhabilitation, les prestations "consistent principalement :

- au débroussaillage, au déboisement et au dessouchage de l'ensemble du site;
- en la prise en charge des lots de terres issus des talutages de l'étape précédente et identifiés comme contaminés;
- à la finalisation des excavations, du traitement et du remblayage des noyaux en hydrocarbures volatils; certaines mailles, identifiées en cours de chantier, n'ayant pas été totalement prises en charge lors de l'étape de travaux précédente;
- au démantèlement de la cellule de confinement provisoire, mise en place lors de la déconstruction des bâtiments pour recevoir les gravats contaminés et les déchets amiantés : décapage et mise à part des terres de surface, prise en charge des géotextiles et géosynthétiques, évacuation des déchets amiantés, tri/concassage/évacuation des gravats contaminés, ...
- en l'excavation, le traitement sur site et/ou l'évacuation et l'élimination contrôlée (vers des centres de traitement ou d'élimination agréés) des terres polluées en cyanures, en goudrons, en HAM et en HAP présentes dans les tranches de surface.

Ces excavations devront être réalisées avec soin et de manière parcimonieuse pour isoler à la source les matériaux contenant de fortes teneurs en cyanures, en hydrocarbures mobiles ou en goudrons des terres moins polluées, ne présentant que des contaminations en métaux lourds ou en HAP peu mobiles.

Une excavation distincte des 50 premiers cm d'épaisseur est notamment exigée pour isoler les terres de surface, présentant souvent des contaminations différentes (et plus complexes) que les terres profondes.

- en la réalisation d'analyses, en fin d'excavation, de la qualité des sols en fond de fouille et en parois;
- en l'élimination hors site (vers des centres de traitement agréés) des produits purs et des terres saturées en phases libres;

- en le remblayage de toutes les zones ayant fait l'objet d'excavations, soit au moyen des terres traitées sur site (en prenant soin de placer en profondeur les terres restant polluées en HAP peu mobiles), soit au moyen de terres d'apport;
- en le recouvrement des sols pollués en surface uniquement par des HAP peu mobiles, au moyen d'une couche de terres de couverture de 1 m d'épaisseur;
- au pompage des eaux de la nappe, au suivi analytique et au traitement éventuel de ces eaux en cours de chantier;
- en le réaménagement paysager homogène de l'ensemble du site à l'issue du chantier".

III. 3. Les critères d'attribution sont définis à l'article 1.12.1 du cahier spécial des charges :

1. valeur technique de l'offre :	50 points;
2. coût d'exécution des prestations :	45 points;
3. délai d'exécution des prestations :	5 points.

Les modalités d'application des critères d'attribution sont précisément et longuement déterminées par l'article 1.12.2 du cahier spécial des charges.

III. 4. L'article 1.15 du cahier spécial des charges, fixait la séance d'ouverture des offres au 10 février 2012 à 10 heures au siège de la SPAQUE.

Selon la partie adverse, vingt-et-une sociétés se sont manifestées pour l'acquisition du cahier spécial des charges.

III. 5. Le 17 janvier 2012, la société anonyme ENVISAN INTERNATIONAL adresse un courrier à la SPAQUE pour solliciter un report de la date de remise des offres.

III. 6. Suite à la visite du site fixée par l'article 1.9 du cahier spécial des charges au 20 janvier 2012, la SPAQUE a adressé aux différentes entreprises ayant manifesté un intérêt, le 24 janvier 2012, un courrier qui répond aux différentes remarques formulées quant aux déchets amiantés.

Il ressort de ce courrier que la SPAQUE décide expressément d'adapter l'inventaire des prestations quant au poste 9.2 – Evacuation hors site des déchets amiantés. Elle apporte en outre certaines précisions quant aux quantités d'amiante

libre et d'amiante liée indiquées à l'inventaire des prestations, quant à la nature de l'amiante présente dans la cellule de confinement provisoire, quant au sort à réserver aux terres amiantées présentes dans la cellule de confinement provisoire, et quant aux éléments qui doivent être repris dans le prix déposé par les soumissionnaires.

III. 7. Le 25 janvier 2012, la société anonyme ECOTERRES adresse un courrier à la SPAQUE pour solliciter un report de la date de remise des offres.

III. 8. Le 31 janvier 2012, la société anonyme ENVISAN INTERNATIONAL adresse un courrier à la SPAQUE concernant la modification apportée par cette dernière au poste 9.2 – Evacuation hors site des déchets amiantés et sur la manière dont il conviendra de distinguer les matériaux contenant de l'amiante libre de ceux contenant de l'amiante liée.

III. 9. Le 1^{er} février 2012, la société anonyme ECOTERRES adresse un nouveau courrier à la SPAQUE sollicitant des précisions sur la nature des gravats contaminés et autres matériaux mis en stock dans la cellule de confinement provisoire, notamment quant à leur composition et leur granulométrie, dont le pourcentage de fines.

III. 10. Le 3 février 2012, la société anonyme ECOTERRES adresse encore courrier à la SPAQUE pour solliciter des précisions sur les andains historiques (nature, type et degré de contamination).

III. 11. Le 6 février 2012, la SPAQUE adresse un courrier aux différentes entreprises ayant manifesté leur intérêt afin de répondre aux demandes de précisions.

S'agissant des postes relatifs à l'amiante présente dans la cellule de confinement, la SPAQUE reconnaît que la modification des quantités d'amiante libre renseignées dans le nouvel inventaire des prestations aura une incidence sur le coût du marché mais qu'il lui avait paru judicieux de modifier son inventaire car cela lui permettra de mieux comparer les offres et d'éviter les spéculations.

S'agissant de la nature des gravats contaminés présents dans la cellule de confinement provisoire, la SPAQUE rappelle les termes du cahier spécial des charges qui définit leur composition et contient les résultats de la campagne d'analyses réalisée en 2011 sur septante-deux échantillons. Elle précise, par ailleurs, ne disposer d'aucune analyse quant à la composition granulométrique des matériaux, mais que les analyses effectuées sur les échantillons permettent néanmoins de fournir une indication quant aux teneurs en argile rencontrées. Elle rappelle en outre que, conformément au cahier

spécial des charges, les soumissionnaires sont autorisés, s'ils le souhaitent, à procéder à toutes investigations complémentaires qu'ils jugeraient utiles.

En ce qui concerne les andains historiques, la SPAQUE rappelle une nouvelle fois les termes du cahier spécial des charges qui en fournit l'origine. Elle précise ne pas disposer d'analyses spécifiques les concernant mais que leur composition est vraisemblablement similaire à celle des terres de surface se trouvant au droit des mailles dont sont issus les andains. Elle précise que ces andains ne seront traités au titre du poste 11.2. que si, après analyse, il apparaît qu'ils sont, dans leur ensemble, de composition similaire à la qualité des terres polluées en hydrocarbures volatils, excavées dans le cadre du présent marché et que dans la négative, leur traitement se fera en régie, à un prix convenu en cours de marché.

Enfin, s'agissant du traitement des terres excavées dans le cadre des pollutions de surface, la SPAQUE apporte une modification au libellé d'une phrase de l'article 2.4.11.2 du cahier spécial des charges et présente un organigramme des deux modes de gestion prévus par le cahier spécial des charges selon que les terres sont polluées uniquement en polluants non mobiles ou polluées en polluants mobiles.

III. 12. Le 6 février 2012, la société MOURIK adresse un courrier à la SPAQUE pour obtenir des précisions sur :

- les concentrations/pollutions rencontrées dans les cellules P28 et K29;
- l'origine de la quantité de 110.000 tonnes de gravats repris dans le mètre;
- la localisation de l'endroit où ont été prélevés les échantillons avec codes Gxx (x) et Sxx;
- l'existence d'un levé topographique du terrain après l'étape précédente des travaux.

La société MOURIK sollicite en outre un report de délai pour la remise des offres.

III. 13. Le 7 février 2012, la SPAQUE adresse un nouveau courrier aux entreprises ayant manifesté leur intérêt.

Elle y constate que la plupart des analyses relatives aux mailles K29 et P28 ne se trouvaient pas dans le fichier excel "analyses sols" joint au cahier spécial des charges, et communique dès lors ces analyses. Elle relève, par ailleurs, que la localisation des points de prélèvement des échantillons avec codes Gxx et Sxx est indiquée, lorsqu'elle est disponible, dans les lignes intitulées "coordonnées X-Y" du fichier excel "analyses sols", ainsi que dans l'annexe 2 du cahier spécial des charges. Elle apporte ensuite une modification à l'article 2.4.9 du cahier spécial des charges et

maintient que la quantité présumée de gravats est bel et bien de 110.000 tonnes. La SPAQUE rappelle enfin que la totalité des informations nécessaires pour estimer le volume des andains historiques, des andains déjà traités et des andains encore à traiter est reprise au cahier spécial des charges et dans ses annexes.

III. 14. Le même jour, soit le 7 février 2012, la société ECOTERRES accuse réception des courriers des 6 et 7 février 2012 de la SPAQUE et l'interpelle sur la demande de report du délai de remise des offres, qu'elle sollicitait le 25 janvier 2012.

III. 15. Toujours à la même date, la société MOURIK sollicite que les informations fournies par la SPAQUE lui soient transmises par mail également, ainsi qu'une réponse quant à l'existence d'un éventuel plan topographique du terrain après l'étape 3. Elle souhaite, par ailleurs, que le délai pour remettre offre soit reporté de dix jours.

III. 16. Le 8 février 2012, la SPAQUE informe les différentes sociétés qu'en raison des informations complémentaires jointes à son courrier du 7 février 2012, elle accepte de reporter la date d'ouverture des offres du 10 au 17 février 2012.

III. 17. Le 13 février 2012, la société ECOTERRES adresse un courrier à la SPAQUE dans lequel elle accuse réception du courrier du 8 février 2012 relatif au report de la date d'ouverture des offres et dénonce une "disproportion inexplicable" dans les quantités des postes 11.1 et 11.2 telles qu'elles sont présumées dans l'inventaire des prestations et telles qu'elles sont analysées par ECOTERRES.

III. 18. Le 17 février 2012 se tient la séance d'ouverture des offres. Cinq offres sont finalement déposées par :

- la société anonyme Sita Remédiation
- la société momentanée Ecoterres – Mourik – Aertssen
- la société momentanée Galère – Wanty – Bioterra
- la société momentanée Envisan international – Envisan – Jan de Nul – Aclagro
- la société momentanée Franki – Ballast Nedam – Ballast Nedam environnemental engineering.

III. 19. Le 21 mars 2012, la SPAQUE décide d'attribuer le marché litigieux à la société anonyme SITA REMEDIATION et, par voie de conséquence, de ne pas retenir les autres offres.

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est communiquée par fax et par recommandé du 23 mars 2012 aux soumissionnaires évincés, dont les parties requérantes.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 23 avril 2012, la société anonyme SITA REMEDIATION demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En vertu de l'article 10, § 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, qui rend applicable l'article 3, 4^o, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, à la requête en intervention introduite par une personne morale dans le cadre d'une procédure en référé, la demanderesse en intervention doit joindre à sa requête une copie des statuts en vigueur et de l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice.

En l'espèce, l'inventaire des pièces jointes à la requête en intervention contient la référence à deux pièces 18 et 19, désignées comme suit :

- " 18. Décision d'agir de Sita Remediation
- 19. Moniteur belge comportant les statuts de Sita Remediation".

Il s'impose toutefois de relever, à la lecture de ces pièces, que celle qui est identifiée sous le numéro 19 est une délégation de pouvoirs consentie par le conseil d'administration de la demanderesse en intervention, en date du 19 juillet 2010, cet acte étant publié aux annexes du Moniteur belge du 30 septembre 2010. Les statuts de la demanderesse en intervention ne sont, en revanche et contrairement à ce que laisse entendre l'inventaire, pas produits à l'appui de la requête.

Outre que ce défaut de production des statuts en vigueur constitue une méconnaissance de l'article 10, § 3, alinéa 1^{er}, précité, il fait obstacle à ce que le Conseil d'Etat vérifie que la décision d'ester en justice a bien été prise par l'organe habilité à cette fin. Il ne lui est, en effet, pas possible, dans ces conditions, de s'assurer de la conformité de la décision d'agir prise par le conseil d'administration le 16 avril 2012, aux statuts de la demanderesse en intervention. Pour le surplus, la référence que contient la délégation de pouvoirs susmentionnée, à l'article 23 des statuts, laquelle disposition paraît régir les pouvoirs de représentation, ne saurait, en toute hypothèse, suppléer le défaut de production de l'intégralité de ces statuts, la portée exacte de cette seule disposition ne pouvant être appréciée isolément des autres clauses statutaires.

Il s'ensuit que la demande d'intervention doit être déclarée irrecevable.

V. CARACTERE CONFIDENTIEL DE CERTAINES PIECES DEPOSEES DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE D'EXTREME URGENCE

Les requérantes entendent se prévaloir du secret des affaires à l'égard du soumissionnaire retenu s'il faisait intervention, pour s'opposer à la communication de leur offre ou, à tout le moins, des prix unitaires qu'elle a proposés.

La partie adverse souhaite garder la confidentialité, au nom du même secret des affaires, des pièces identifiées sous les numéros 17 à 23 du dossier administratif.

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de rendre accessibles totalement ou partiellement des documents dont la confidentialité est demandée par les parties, chacune pour ce qui la concerne, il convient à ce stade, de les soustraire à leur consultation afin de préserver le secret des affaires dès lors que certains éléments pourraient, *prima facie*, présenter un caractère confidentiel.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

Les requérantes soulèvent un premier moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux, de l'article 96 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, 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 catégories et sous-catégories relativement à l'agrément des entrepreneurs, du Règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 modifiant le Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV

et de la circulaire du premier ministre du 27 août 2008 relative à l'application d'une nouvelle classification CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics) à partir du 15 septembre 2008 et du devoir de minutie et du principe de bonne administration qui imposait d'en tenir compte, 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.

Elles exposent ce moyen comme suit :

" En ce que

22. Le cahier spécial des charges (p. 7) qualifie le marché de marché de services et non de marché de travaux et ne soumet pas ledit marché aux règles spécifiques régissant l'attribution des marchés publics de travaux et notamment l'art. 96 de l'A.R. du 8 janvier 1996 et aux règles spécifiques régissant leur exécution, en particulier l'art. 42 constituant l'annexe à l'A.R. du 26 septembre 1996 contenant les règles générales d'exécution des marchés.

Alors que

23. a) La notion de «marché de travaux» est définie par l'art. 1 § 2 b 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.

Les activités sont réparties selon les codes CPV et NACE.

Des adaptations importantes à la classification CPV ont été adoptées par le Règlement (CE) n°213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007. Aussi, de nombreuses modifications ont été apportées aux numéros de référence CPV dans les annexes de la directive 2004/17/CE consacrés à la liste des activités de travaux et des services des catégories A et B.

Ces nouveaux numéros de référence en tant qu'ils résultent d'un règlement sont directement applicables. Le premier ministre a, par circulaire du 27 août 2008 (M.B. 2.09.2008, p.45.854), invité les pouvoirs adjudicateurs à les mentionner pour les marchés publiés à partir du 17 septembre 2008.

24. b) Les codes CPV, ainsi modifiés, prévoient notamment :

- une division 45: construction numérotation 45000000

Cette division comprend la construction de bâtiments et d'ouvrages neufs, la restauration et les réparations courantes –.

avec code CPV 45110000 – Démolition et terrassement :

Cette classe comprend

- La démolition d'immeubles et d'autres constructions

- Le déblayage des chantiers

- Les travaux de terrassement : creusement, comblement, nivellement de chantier de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif, etc.

- La préparation de sites pour l'exploitation minière : enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers.

Cette classe comprend également :

- Le drainage des chantiers de construction

- Le drainage de terrains agricoles et sylvicoles

avec un code CPV 45112340 – Travaux de décontamination du sol

Dans cette liste, l'assainissement de sol est repris dans la liste de « travaux divers » tels que démolition, terrassement...

- une division 90 : service d'évacuation des eaux usées et d'élimination des déchets, service d'hygiénisation et service relatif à l'environnement :

Cette division comprend, entre autre, toute sorte de services liés au ramassage (le transport, l'évacuation) et le traitement de déchets (ordures ménagères, cendres, boues, papiers, déchets radioactifs, ...).

Dans cet esprit, sont repris dans la liste les services concernant les sols contaminés (CPV 90, 52, 20, 00) qui comprennent entre autres le «service de traitement de sols contaminés» : CPV 90522300.

Ainsi, il apparaît très clairement qu'il s'agit, dans tous les cas, d'évacuation, de ramassage et de transport vers un centre de traitement où les déchets/matériaux sont traités, mis en décharge et recyclés.

Ceci est confirmé par la dénomination sous le listing CPC (voir annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics) dans lesquels ces services ressortent de la catégorie 16 «service de voiries et d'enlèvement des ordures; service d'assainissement et service analogue».

25. c) L'avis de marché qualifie le marché litigieux comme suit :

- Services, catégorie de services n° 27
- Code CPV 90522300.

La catégorie de services 27 «autres services» reprend tous les services non repris dans les 26 autres catégories.

Le code CPV 90522300 correspond à des «services de traitement de sols contaminés».

26. d) Or, en l'espèce, ce traitement n'est qu'une partie des prestations à réaliser, l'autre se composant de travaux d'excavation, de mouvements de terre, de mise en andains, de tamisage, de travaux de remblaiement, de travaux de rabattement, de mesures de stabilité qui sont tous des travaux repris sous l'annexe 1, groupe 45.11 «Démolition et terrassement» de la loi du 24 décembre 1993.

Ces prestations relèvent de la division 45 «construction» du code CPV et plus précisément du code CPV45112340 «Travaux de décontamination du sol».

Cela étant, le cahier spécial des charges (p.34) laisse le choix aux soumissionnaires de prévoir l'évacuation des sols contaminés vers un centre de traitement ou de traiter les sols contaminés sur le site même.

27. e) La décision d'attribution, en page 11/19, sous le titre «Sous-critère 1» mentionne :

«Sur l'ensemble des terres/gravats issus du chantier, la société SITA REMEDIATION en traite 97,98 % sur site et en évacue 2,02 % par barge.
Aucune évacuation n'est prévue par rail et par camion...»

En conséquence, les actions de traitement de sols contaminés sur site relèvent, à concurrence de 97,98 %, du code CPV 45112340.

Les soumissionnaires ont prévu de traiter sur site respectivement 97,98 %, 95 %, 72,60 %, 34,14 % et 90 %.

Aussi, au vu de la décision motivée (p. 11/19), il résulte de la réalité de l'objet du marché que celui-ci devait être qualifié de marché de travaux.

C'est ainsi que le marché relatif à l'étape 3 précédente, qui avait pour objet les mêmes prestations (voir avis de marché et extrait du cahier spécial des charges y relatif), avait été qualifié de marché de travaux.

28. f) Cette qualification a pour conséquence

- d'une part que l'agrément exigible était déterminée par le montant de la soumission en cause, en ce qui concerne la classe selon l'article 3 § 4 de l'A.R. du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi sur l'agrément, et par la partie de l'ouvrage exécuté dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché selon l'art. 5 § 7 du même arrêté – soit en l'espèce la classe 8 en catégorie G.

Or, la société SITA Remédiation ne dispose que de l'agrément en catégorie G, classe 6. (cela explique pourquoi pour l'étape précédente ayant le même objet, elle a déposé une offre en société momentanée, de manière à disposer de l'agrément prescrite pour ce marché de travaux).

29. - d'autre part que le cahier des charges devait explicitement prévoir que l'attribution du marché serait régie notamment par l'art. 96 § 4 de l'A.R. du 8 janvier 1996 exigeant la remise de prix correspondants à la valeur relative du poste concerné en ce compris les frais généraux et bénéfices – ce qui réduit substantiellement la possibilité de spéculation tirée du fait que la quantité de tel poste pourrait baisser et celle de tel autre pourrait augmenter.

Dans le même cadre, le cahier des charges devait prévoir explicitement que le marché serait régi par les dispositions du cahier général des charges applicables aux marchés de travaux, et notamment l'art. 42 qui règle l'incidence d'une modification significative des quantités présumées en dehors de tout ordre modificatif. Ce faisant, il aurait réduit à due concurrence l'intérêt de toute spéculation.

30. Dès lors que le cahier spécial des charges a exclu ces dispositions, il échet de constater qu'il ne respecte pas les dispositions régissant le type de marché en cause. Ces irrégularités ont renforcé le caractère spéculatif des prix demandés. Aussi, ce cahier des charges a-t-il compromis la mise en concurrence, de sorte que la décision attaquée est viciée.

Le moyen doit être considéré comme sérieux."

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute ce moyen comme suit :

" [...]

2.- Comme il a été exposé précédemment, l'une des missions d'intérêt général confiées par la Région wallonne à la SPAQuE est de procéder à l'assainissement et à la réhabilitation d'anciens sites industriels désaffectés et lourdement pollués.

La SPAQuE, qui ne dispose pas de moyens propres pour réaliser ces missions, a donc nécessairement recours aux marchés publics dès qu'elle souhaite réhabiliter un site.

Tel fut le cas, notamment, en 2009 lorsqu'elle a décidé de procéder à la réhabilitation du site dit «UCB» à Le Roeulx – Mons.

Ce marché avait pour objet des travaux de décontamination du sol et était 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 de fouille;
- 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 zones C4 et C5 par des terres de remblais;
- en l'installation 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

3) ...

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

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 ou traitement sur site) 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

3) ...

4) Indications quant à une autre durée du marché : 100 jours» (cf. Pièce 25).

Force est de constater que l'objet de ce marché de 2009 est en tous points similaire à celui du marché litigieux, ce qui s'explique par le fait qu'il s'agit de la même opération : réhabiliter un site pollué.

Ce marché de 2009, tout comme le marché qui a fait l'objet de l'étape 3 de la réhabilitation du site «Carcoke», avait été qualifié de marché de travaux par la SPAQuE.

La décision d'attribution du 17 décembre 2009 relatif à la réhabilitation du site «UCB» a fait l'objet d'un recours devant Votre Conseil qui a abouti à l'arrêt n° 216.387 du 22 novembre 2011.

Compte tenu de l'analogie évidente qui existe entre le marché de 2009 et le marché litigieux, la SPAQuE ne peut que reprendre les développements de Monsieur le Premier Auditeur THIBAUT qui avaient amené Votre Conseil à considérer qu'un marché ayant un tel objet doit être qualifié de marché de services et non de marché de travaux [...].

La partie adverse cite ensuite le rapport établi par Monsieur le Premier auditeur THIBAUT, dont elle reproduit les principaux développements pertinents, et fait sienne la conclusion de Monsieur le Premier Auditeur suivant laquelle un marché public dont l'objet est la réhabilitation d'un site industriel est un marché de services. Elle rappelle que cette conclusion a été validée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt n° 216.387, précité, du 22 novembre 2011.

Elle poursuit son argumentation dans les termes suivants :

- " 3.- C'est précisément en application de cette jurisprudence que la SPAQuE a donc qualifié le marché présentement litigieux de marché de services, ce que l'acte attaqué rappelle d'ailleurs expressément.

Il ne peut donc être soutenu par les requérantes que le marché litigieux serait un marché de travaux dès lors qu'il vise la réhabilitation d'un site industriel pollué et que les «travaux» ne constituent, en tout état de cause, que 33 % du montant total du marché.

Le fait que le traitement des terres se fasse sur le site ou hors site est par ailleurs irrelevant dès lors que, dans les deux hypothèses, il s'agit bel et bien d'un traitement de terres polluées qui relève de la classe 90522300-5 : Services de traitement de sols contaminés (soit la classe reprise dans l'avis de marché) et constitue donc bel et bien une activité de services et non des travaux.

Dès lors que le marché litigieux est un marché de services, le moyen qui critique la violation des dispositions applicables en matière d'agrégation des entrepreneurs et la violation de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui est une disposition spécifique aux marchés de travaux, manque manifestement en droit et n'est pas sérieux."

VI. 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.

Il convient certes de relever, à la suite des requérantes, que des prestations de décontamination de sols peuvent, au titre du code C.P.V. 45112340 "Travaux de décontamination du sol", être qualifiées de travaux et, partant, faire l'objet de marchés publics de travaux, conformément à l'annexe I du règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics et à l'annexe I de la loi du 24 décembre 1993.

En l'espèce, toutefois, aucun élément n'autorise *prima facie* à requalifier le marché litigieux en marché public de travaux.

D'une part, en effet, les requérantes ne peuvent être suivies en ce qu'elles soutiennent que les prestations relèvent de la catégorie des travaux lorsque le traitement des sols contaminés est effectué sur le site même, tandis qu'elles devraient être qualifiées de services lorsque les sols contaminés sont évacués vers un centre de traitement. Un tel critère de distinction ne paraît, en effet, trouver quelque point d'ancrage dans la nomenclature C.P.V..

D'autre part, la qualification de marché public de travaux ne pourrait être imposée par le seul fait que, dans la nomenclature C.P.V., le code 45112340 "Travaux de décontamination du sol" occupe une place antérieure à celle qui est réservée au code 90522300-5 "Services de traitement de sols contaminés". Cette nomenclature, qui est essentiellement conçue suivant le modèle d'une arborescence et non celui d'un classement révélant un ordre de priorités, s'accommoderait difficilement d'un tel raisonnement. Celui-ci risquerait, en outre, d'imposer systématiquement la qualification de marché public de travaux et, en conséquence, de priver de sens et d'utilité la distinction que les auteurs de la nomenclature C.P.V. ont entendu ménager entre travaux et services, s'agissant de prestations ayant pour objet la décontamination de sols.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que, dès lors qu'il repose sur la conception suivant laquelle le marché litigieux aurait dû être qualifié de marché public de travaux, le moyen ne peut être considéré comme sérieux.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen, pris de la violation des articles 1, 16, 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, du "principe de concurrence et de ses corollaires, les principes d'égalité entre soumissionnaires et de transparence à défaut de motivation adéquate et pertinente, du principe de bonne administration et du principe de proportionnalité ainsi que de l'erreur manifeste dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation". Elles exposent ce moyen comme suit :

" première branche

En ce que

31. Le marché litigieux a été mis en concurrence sans livrer à tous les soumissionnaires potentiels l'ensemble des données indispensables pour apprécier l'importance et l'ampleur des prestations à accomplir pour les différents postes du métré.

Il en est ainsi , notamment, des données suivantes :

- un relevé topographique exhaustif du site en fin de travaux de l'étape 3,
- des fiches de suivi des travaux en cours exécutés dans le cadre du marché précédant constituant l'étape 3,
- le fichier Excel «Excavations profondes non terminées lors du chantier précédent» repris dans les annexes du cahier spécial des charges, mais incomplet,

le tout sans donner un délai raisonnable suffisant pour la rédaction des offres pour tenter de compenser l'avantage ainsi concédé,

la clause selon laquelle : «L'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait que les renseignements mentionnés dans le cahier spécial des charges sont fournis pour information et qu'il appartient au soumissionnaire de faire exécuter, à ses frais, les investigations et analyses complémentaires qu'il jugerait utiles afin d'établir ses prix. En cours de chantier, le prestataire ne peut invoquer l'insuffisance de données ou autres pour demander un supplément de prix.» (cahier spécial des charges, article 0 alinéa 5, p. 5), constitue assurément une clause de style sans pertinence et sans objet.

De ce fait, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés dans le présent moyen, et en particulier, le principe d'égalité entre soumissionnaires, en ne s'attachant pas à gommer l'avantage concurrentiel déterminant de l'adjudicataire du marché relatif à la 3^{ème} étape de la réhabilitation du site Carcoke qui, confronté antérieurement à l'arrêt abrupt des travaux de l'étape 3, a bénéficié seul d'informations déterminantes, telles l'état des prestations accomplies par lui, pour cerner l'ampleur des prestations à accomplir, qui pouvaient et dès lors devaient être mises à disposition de tous les soumissionnaires potentiels.

Alors que

32. a) Le marché litigieux a notamment pour objet la poursuite de l'exécution des prestations comprises dans l'étape 3.

Ainsi, l'art. 2.3 «Descriptions actuelles du site» (p. 28 du cahier spécial des charges) énonce en son alinéa 1 :

«Aujourd'hui, le site se présente comme une vaste friche industrielle aux reliefs relativement homogènes, parsemée de nombreux lots de terres excavées lors de l'étape de chantier précédente mais non remblayées vu que les deux premiers mètres de fouilles devaient demeurer ouverts.

Certains de ces lots sont déjà traités et ont été validés pour être réutilisés comme remblais propres.

Ces lots validés présentent un volume individuel de 500 m³.

D'autres issus des talutages n'ont pu être pris en charge par faute de moyens budgétaires.

Souvent de plus petite taille, ils correspondent aux terres excavées en dehors des noyaux en hydrocarbure volatile mais qui se sont révélés de mauvaise qualité à l'analyse...».

b) Ainsi, il est expressément énoncé que des lots de terres excavées à traiter relevaient du marché de l'étape 3 qui n'ont pu être repris et exécutés dans le cadre de celle-ci «faute de moyens budgétaires».

c) L'adjudicataire du marché précédant constituant l'étape 3 de la réhabilitation disposait donc au terme de l'exécution de celle-ci d'une connaissance tout à fait particulière et précise de la topographie du terrain et, ainsi, d'un élément important pour apprécier la réalité et l'importance des prestations à accomplir.

d) Si cette «connaissance des lieux» conférait inévitablement un atout à cet adjudicataire pour remettre offre dans le cadre du marché litigieux, il s'imposait que la partie adverse s'attache à mettre à disposition de tous les soumissionnaires potentiels un cahier de charges complété par toutes les informations donnant une description la plus précise des lieux avec une topographie en fin de travaux de l'étape 3, sous peine de ne pas les mettre pour le marché litigieux sur un pied d'égalité avec ledit adjudicataire.

e) Le manquement et la violation des dispositions visées au moyen sont d'autant plus patents que la partie adverse a été saisie à deux reprises d'une demande officielle de communication de ce relevé topographique (voir lettre des 06.02 et 07.02.2012 de la société MOURIK n.v. (pièces n° 4 et 5).

33. Cette atteinte à l'égalité se trouve également confirmée par le fait que de nombreuses annexes au cahier spécial des charges étaient à la disposition du futur adjudicataire avant même l'appel à la concurrence, dès lors qu'elles avaient été établies par lui dans le cadre de l'exécution de l'étape 3 :

Cela peut être constaté à l'examen des plans : localisation et cubature des andains historiques, plan des andains mis en stock à l'issue de l'étape de travaux précédentes ou dans le cadre du suivi des travaux réalisés par lui dans le cadre de l'association momentanée AM SITA REMEDIATION – DE COCK dans la période 2008-2011 (voir les documents annexés à l'extrait du cahier spécial des charges joint au dossier des requérantes :

- Localisation et cubature des andains historiques
- Plan des andains mis en stock à l'issue de l'étape de travaux précédentes
- Analyses sur les andains non traités, issus des talutages et décapages (TNP-TT-RT)
- Analyses sur les andains traités (certains andains sont encore en stock sur chantier)
- Calcul des cubatures des andains non traités, issus des talutages et décapages (TNP-TT-RT)
- Coordonnées Lambert des andains
- Excavations profondes non terminées lors du chantier précédent
- Plan 07 - plan des excavations de surface).

34. Il en est ainsi notamment des fichiers de suivi de travaux en cours de l'étape 3 : de nombreux fichiers mentionnent le numéro de projet interne de la société SITA : SP8060, analyse de fond de fouille et de parois d'excavations en cours, date de la période où l'étape 3 était en cours).

Ces fichiers non clôturés «faute de moyens budgétaires» ont exigé des soumissionnaires non impliqués dans les travaux de l'étape 3 un travail particulièrement fastidieux pour distinguer les données n'ayant plus d'importance (andains déjà traités ou remblayés) des autres – ce qui a constitué en soi une atteinte supplémentaire à l'égalité entre soumissionnaires.

35. En outre, le fichier Excel «Excavations profondes non terminées lors du chantier précédent» repris dans les annexes du cahier spécial des charges est incomplet.

Les données nécessaires pour évaluer le type de traitement appliqué pour les terres polluées excavées à la hauteur des mailles K29 et P28 sont manquantes.

Or, ces mailles représentent à elles seules environ 20.000 m³ de terres polluées.

36. Non seulement, les données précitées ont fait défaut, mais en outre d'autres données n'ont été communiquées que par lettre du 7 février 2012 de la SPAQuE (voir pièce 6).

Si l'adjudicataire du marché de l'étape 3 disposait «légitimement» de ces données dans le cadre de l'exécution de ce marché, il importait que la partie adverse s'attache à les mettre à disposition de tous les soumissionnaires pour rétablir l'égalité entre tout soumissionnaire potentiel et accorde un délai suffisant pour étudier les données transmises.

Il devait en être d'autant plus ainsi que les données communiquées le 7 février 2012 résultent de tableaux d'analyses établies sur la base d'échantillons pris le 19 janvier 2009 et étaient bien connus de l'adjudicataire du marché de l'étape 3, ainsi que l'identification des mailles excavées sur le plan 07 – plan des excavations en surface.

(voir dans ce sens le codage couleur des mailles P28 et K29 sur les plans «plan 7 – plan des excavations de surface» et «localisation et cubatures des andains historiques» (voir pièce O et P).

Pourtant, ce n'est qu'après les demandes de la s.a. ECOTERRES des 25 janvier 2012 et 7 février 2012 et une nouvelle demande de report de la date du dépôt des offres (courrier recommandé de la société MOURIK n.v. du 7 février 2012 (pièce 5) que la partie adverse a accepté de reporter la date de réouverture des offres de seulement 7 jours calendrier, soit au 17 février – et ce suite à un envoi par fax du 8 février à 15 h 32 (voir lettre de la SPAQuE du 8 février 2012), l'envoi par recommandé étant reçu le 10 février.

deuxième branche

En ce que

37. La partie adverse a donné un délai fort court pour la rédaction de l'offre entre la date de publication de l'avis et la date du dépôt des offres le 10 février 2012 et ce, en fournissant des données incomplètes ou d'autres mêlées à des données n'ayant plus d'importance (andains déjà traités ou remblayés) à charge pour les soumissionnaires d'identifier les données incomplètes ou n'ayant plus d'importance pendant le délai serré d'établissement de l'offre.

Alors que

38. Le délai imparti pour les soumissionnaires non seulement n'a pas rétabli l'égalité entre eux, mais a même aggravé l'inégalité entre eux dès lors que

- les avis de marché ont été publiés les 16 et 20 décembre 2011, soit juste avant la période légale de congés compensatoires;

- le délai disponible pour la rédaction de l'offre était assurément insuffisant pour procéder aux «investigations et analyses complémentaires» qui seraient jugées utiles pour établir, dont question à l'article 0 alinéa 5, p. 5 du cahier spécial des charges.

Ce délai était à l'évidence trop court et manifestement sans proportion avec le délai nécessaire compte tenu du délai dont a disposé la partie adverse pour l'établissement du cahier spécial des charges en concluant elle-même au «caractère

incertain des prestations» (p. 5 article 0 alinéa 1, ligne 1) à réaliser, au caractère purement indicatif des quantités présumées indiquées et du fait que l'adjudicataire du marché constituant l'étape précédente, soumissionnaire potentiel disposait de données indispensables pour apprécier l'ampleur des prestations à accomplir et dès lors remettre prix.

- le report de la date de dépôt des offres du 10 au 17 février fondé sur la communication de données en possession de la partie adverse depuis janvier 2009 n'a été que de 7 jours calendrier ou de 5 jours ouvrables.

L'adjudicataire du marché de l'étape 3 disposait de ces données dans le cadre de ce marché.

La partie adverse ne s'est, cependant, pas attachée à assurer l'égalité entre soumissionnaires non seulement en donnant toutes les données disponibles, comme développé ci-avant, mais également en donnant aux autres soumissionnaires un délai raisonnable et proportionné.

Or, la brièveté des délais impartis aux soumissionnaires était d'autant plus inadaptée et non proportionnée que la partie adverse leur a demandé de s'engager pour un délai de validité d'offre de 360 jours calendrier (voir p. 17 du cahier spécial des charges, art. 1.16).

Ce faisant, la partie adverse a, en définitive, imposé un délai pour l'établissement de l'offre constituant assurément une erreur manifeste d'appréciation n'assurant et ne rétablissant en aucun cas l'égalité entre soumissionnaires en violation des dispositions et principes visés au présent moyen.

En synthèse

39. Dans ces conditions, il échet de constater qu'en ne donnant pas à tous les soumissionnaires les informations indispensables à définir l'objet du marché litigieux et l'importance relative des prestations visées par les différents postes du marché et un délai suffisant pour assimiler les données complémentaires fournies le 7 février, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au présent moyen, d'autant qu'elle ne pouvait ignorer que ces données étaient en possession de l'adjudicataire du marché constituant l'étape 3 de la réhabilitation du site en cause.

En effet, ce faisant, elle a adopté un comportement constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation, d'un manquement au principe de proportionnalité, rien ne justifiant qu'elle méconnaisse ces dispositions et principes fondamentaux et constitutif d'une violation directe de l'égalité entre soumissionnaires.

Ainsi, elle n'a pu prendre une décision motivée de manière pertinente et adéquate. Ce moyen doit, dès lors, être déclaré sérieux."

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute ce moyen comme suit :

" [...]

a) Première branche

1.- La SPAQuE ne peut en aucun cas souscrire aux propos teintés de diffamation que tiennent les requérantes dans leur recours.

La SPAQuE met en effet un point d'honneur, pour chaque marché, dans son propre intérêt d'ailleurs, à mettre les soumissionnaires dans une parfaite situation de concurrence et, partant, de communiquer à tous les soumissionnaires toutes les informations qui sont en sa possession. La remise en cause de ce principe constitue donc pour la SPAQuE une mise en doute de son intégrité, ce qu'elle ne peut tolérer.

Il en est d'autant plus ainsi dans le cadre du présent marché dès lors que la précision des informations données aux soumissionnaires a atteint un niveau rarement égalé dans le domaine de l'assainissement des sols.

Les données mises à la disposition des soumissionnaires étaient en effet particulièrement conséquentes et étoffées puisqu'elles comportaient, entre autres :

- 1.800 analyses de sols correspondant à un maillage systématique des 35 hectares de terrain en mailles de 25 x 30 mètres et un échantillonnage de chaque maille au travers d'un forage sur, en moyenne, 4 mètres de profondeur;
- 30 analyses d'eau;
- 550 analyses sur les andains de terre traités lors de la précédente étape de réhabilitation;
- plus de 200 logs de forage permettant de connaître la nature des sols en profondeur;
- 6 tests de lixiviation;
- 40 mesures des gaz du sol;
- 70 analyses sur les gravats et les concassés présents dans la cellule de confinement provisoire;
- 15 plans dont :
 - le levé topographique de la cellule de confinement provisoire à démanteler dans le cadre du présent chantier;
 - le levé topographique complet avant les travaux de l'étape précédente;
 - le levé des andains mis en stock à l'issue de l'étape précédente;
 - le plan des isopaques des remblais, permettant de connaître l'épaisseur des sols habituellement les plus pollués à traiter...

Par ailleurs, la totalité des résultats précités était transmise sous format informatique (excel), ce qui en permettait une manipulation pratique, notamment en procédant à des tris, requêtes, classements, etc., permettant de dresser le plus aisément possible une image fiable et précise de la qualité des matériaux à traiter.

2.- La circonstance que la S.A. Sita Remédiation a emporté le marché précédent et que le cahier spécial des charges du marché litigieux présente beaucoup de similitudes avec celui du précédent, n'empêche évidemment pas la S.A. Sita Remédiation de faire à nouveau offre dans le cadre du marché litigieux.

Dès lors que tous les éléments en possession de la SPAQuE, en ce compris les outils qui ont été réalisés par la S.A. Sita Remédiation, ont été communiqués à tous les soumissionnaires, il ne saurait évidemment être question d'un avantage dans le chef de la S.A. Sita Remédiation qui s'était vue attribuer le marché relatif à l'étape 3.

La SPAQuE ne peut par ailleurs s'empêcher de souligner que les S.A. Ecoterres et N.V. Mourik ont travaillé sur le site «Carcoke» lors de l'étape 2 relative à la prise en charge des terres cyanurées et qu'elles bénéficiaient dès lors, elles aussi, d'une parfaite connaissance préalable du site. On notera qu'elles se gardent bien de le préciser dans leur recours ! A suivre leur interprétation, elles ont donc elles aussi bénéficié d'un avantage, et ce d'autant plus qu'une partie du marché litigieux est consacré à l'excavation et au traitement des terres cyanurées présentes sur la partie Nord du site.

La SPAQuE n'a jamais cherché à favoriser l'entrepreneur en charge de l'étape précédente des travaux. Le principe d'une parfaite mise en concurrence a été strictement respecté. Tous les résultats, plans ou détails d'exécution provenant de l'étape précédente ont été communiqués à l'ensemble des soumissionnaires. Il ne peut donc en aucun cas être question de documents «cachés» qui ne seraient connus que de la S.A. Sita Remédiation du fait de l'exécution de l'étape précédente.

3.1.- Plus précisément, la SPAQuE tient à préciser que si elle n'a pas répondu à la demande de la N.V. Mourik quant à la communication d'un relevé topographique réalisé après l'exécution de l'étape 3, c'est tout simplement parce que ce relevé topographique n'existe pas.

Un tel relevé topographique n'était par ailleurs pas indispensable à la compréhension du chantier dès lors que figurait dans les documents fournis par la SPAQuE un relevé topographique avant les travaux de l'étape précédente qui est toujours d'actualité en dehors des 26 mailles terrassées lors de cette étape précédente (mailles elles-mêmes identifiées sur un plan spécifique repris en annexe du cahier spécial des charges et toutes remblayées de manière homogène jusqu'à – 2 mètres). Le relevé topographique transmis restait donc valable sur plus de 90 % de la superficie du site.

Force est d'ailleurs de constater que sur les 21 soumissionnaires potentiels, seule la N.V. Mourik a réclamé un levé topographique actuel du site. L'absence d'un tel relevé topographique ne présentait donc aucune difficulté pour les autres soumissionnaires.

L'absence d'un tel relevé ne pourrait par ailleurs être source d'une rupture d'égalité entre les soumissionnaires puisqu'il n'existait pour personne, pas même pour la S.A. Sita Remédiation.

3.2.- En ce qui concerne les «fiches de suivi des travaux en cours exécutés dans le cadre du marché précédent constituant l'étape 3», l'affirmation des requérants suivant laquelle "ces fichiers non clôturés ont exigé des soumissionnaires non impliqués dans les travaux de l'étape 3, un travail particulièrement fastidieux pour distinguer les données n'ayant plus d'importance (andains déjà traités ou remblayés) des autres", ce qui constituerait une atteinte à l'égalité entre soumissionnaires, manque totalement en fait.

La SPAQuE tient tout d'abord à souligner que seule la S.A. Ecoterres a soulevé certaines interrogations concernant les andains et que ces interrogations ne concernaient du reste que les andains historiques et non les andains déjà traités et les andains encore à traiter.

Dans ces conditions, il ne peut évidemment être permis d'affirmer que tous les soumissionnaires auraient éprouvé des difficultés quant à l'analyse des données relatives aux andains déjà traités et aux andains encore à traiter puisque même la S.A. Ecoterres n'a pas soulevé ce problème.

La SPAQuE rappelle en outre qu'elle a abordé la question des andains dans les différents courriers en réponse aux questions des soumissionnaires qu'elle leur a adressés.

Dans son courrier du 6 février 2012, la SPAQuE précisait ainsi :

«En ce qui concerne les andains historiques présents sur le site :
Ces andains sont mentionnés à la fin de l'article 2.4.8.4. du cahier des charges.
Il s'agit des stocks de terres hors sol qui se trouveraient encore, à la fin du chantier de traitement des pollutions de surface, épars sur la surface du site. Leur volume a été estimé à 25.000 m³.
Le cahier des charges précise qu'à la demande expresse du pouvoir adjudicateur, ils peuvent faire l'objet du mode de gestion suivant : regroupement par lot de 500 m³, analyse, conditionnement pour les lots identifiés comme non contaminés, traitement pour les lots contaminés.
Ces tas de terres hors sol sont issus principalement des tranchées d'investigation menées à diverses reprises sur le site, en particulier sur la zone centrale du site (zone A1 – zone de transformation des sous-produits). Leur composition est donc vraisemblablement similaire à celles des terres de surface se trouvant au droit de ces mailles.
Cependant, vu l'absence d'analyses spécifiques les concernant, il est précisé que leur traitement ne sera réalisé au prix du poste 11.2 de l'inventaire des prestations que si, après analyse, il apparaît qu'elles sont, dans leur ensemble, de composition similaire à la qualité des terres polluées en hydrocarbures volatils, excavées dans le cadre du présent marché.
Dans la pratique, le prix du poste 11.2 ne sera dès lors d'application les concernant que si ces andains historiques peuvent être traités en faisant appel (dans les mêmes proportions) aux filières de traitement déjà utilisées pour les autres terres polluées visées par le même poste.
Dans la négative, si ces andains historiques présentent un niveau de contamination plus élevé, nécessitant de faire appel (en de plus fortes proportions) à des techniques plus coûteuses, leur traitement éventuel se fera en régie, à un prix convenu en cours de marché» (Pièce 10).

Dans son courrier du 7 février 2012, la SPAQuE précise encore :

«Volume des andains historiques, des andains déjà traités, des andains encore à traiter, ...
La totalité des informations nécessaires pour estimer le volume des andains historiques, des andains déjà traités et des andains encore à traiter est reprise au cahier des charges et dans ses annexes.
Ainsi, page 28, le cahier des charges précise que les andains déjà traités ont tous un volume individuel de 500 m³. Leur nombre, analyse et localisation peuvent être trouvés sur les documents intitulés respectivement "plan des andains mis en stock à l'issue de l'étape précédente" et "analyses sur les andains traités" se trouvant à l'onglet "analyse andains résiduels", repris sur le Cdrom annexé au cahier des charges.
Ces andains déjà traités sont à réutiliser lors des opérations de remblayage, décrites à l'article 2.4.14 du cahier spécial des charges (ils entrent dans la catégorie des matériaux issus du (des) traitement(s) "on site").
Les informations relatives aux andains encore à traiter peuvent être trouvées sur les documents intitulés "plan des andains mis en stock à l'issue de l'étape précédente", "calcul des cubatures des andains non traités" et "analyse sur les andains non traités" se trouvant à l'onglet "analyse andains résiduels", repris sur le Cdrom annexé au cahier des charges.
Ces andains sont à traiter dans le cadre des opérations décrites à l'article 2.4.7 du cahier spécial des charges.
A noter que le géotextile présent sous ces deux premiers types d'andains est à évacuer à prix coutant, majoré de 10 % pour frais généraux et bénéfice.
Les informations relatives aux andains historiques peuvent être trouvées sur le document intitulé "localisation et cubature des andains historiques" se trouvant à l'onglet "andains historiques", repris sur le Cdrom annexé au cahier des charges.

Comme précisé dans un précédent courrier, ces andains historiques n'ont à ce stade fait l'objet d'aucune analyse. Leur mode de gestion éventuel est décrit à l'article 2.4.8.4 du cahier des charges" (Pièce 12).

Il ne peut donc être contesté que toutes les informations relatives aux andains étaient, dès le départ, à disposition de tous les soumissionnaires, aucun document ne manquant.

Toujours dans un souci de permettre aux soumissionnaires de procéder à une analyse aisée des données fournies avec le cahier spécial des charges, la SPAQuE a même fourni le détail très précis des documents sur lesquels les informations utiles pouvaient être trouvées, alors pourtant qu'elle n'y était pas obligée.

D'ailleurs, après ces deux courriers de la SPAQuE, plus aucune question ne sera posée sur les andains, preuve que la situation était (ou était devenue pour la S.A. Ecoterres) parfaitement claire pour tous les soumissionnaires.

3.3.- Enfin, la SPAQuE admet que le fichier excel «Excavations profondes non terminées lors du chantier précédent» était incomplet.

Cela étant, cette circonstance ne permet pas de conclure au fondement du moyen.

Le caractère incomplet du fichier dont question est tout d'abord très relatif. Seules manquaient en effet les analyses relatives aux mailles K29 et P28, soit une dizaine d'analyses sur les 1.800 réalisées sur le site.

Contrairement à ce que semblent soutenir les requérantes, l'absence de ces analyses ne traduit pas dans le chef de la SPAQuE une volonté de cacher des informations aux soumissionnaires, mais un simple oubli.

Par ailleurs, dès que cet oubli a été soulevé par la N.V. Mourik dans un courrier du 6 février 2012, la SPAQuE y a remédié dans les meilleurs délais puisque, par courrier du 7 février 2012, elle transmettait lesdites analyses manquantes à tous les soumissionnaires.

Les quelques données manquantes ont donc été fournies avant le dépôt des offres et de la même manière à tous les soumissionnaires de sorte qu'il n'y a pas eu de rupture d'égalité entre eux.

4.- En conclusion, à l'exception des analyses relatives aux mailles K29 et P28, le cahier spécial des charges était parfaitement complet et permettait aux soumissionnaires d'établir leur offre aisément, notamment grâce à une utilisation des données informatiques fournies en annexe du cahier spécial des charges.

Les analyses relatives aux mailles K29 et P28 ont par ailleurs été directement fournies aux soumissionnaires dès que leur absence a été portée à la connaissance des soumissionnaires.

Enfin, la communication de ces analyses en cours d'élaboration des offres ne peut permettre aux requérants de conclure que le délai dont elles disposaient pour remettre offre n'aurait pas été adéquat.

La SPAQuE rappelle en effet que, dans le souci perpétuel de maintenir l'équité entre les soumissionnaires et alors qu'elle n'y était pas obligée, elle a adressé aux soumissionnaires, le 8 février 2012, le courrier suivant :

«Suite à l'envoi des informations complémentaires reprises dans notre courrier du 7 février 2012 et afin de permettre à tous de les intégrer dans sa remise de prix, nous avons pris la décision de reporter l'ouverture des offres du marché relatif au traitement des pollutions de surface sur le site de Carcoke à Tertre.

La nouvelle date d'ouverture des offres est donc le 17 février 2012 à 10h, dans les bureaux de SPAQuE, 38 Boulevard d'Avroy – 4000 Liège» (Pièce 15).

Suite à la communication des analyses des mailles K29 et P28, qui constituent les seules informations complémentaires et qui représentent 0,6 % de données à analyser, la SPAQuE a donc octroyé, de plein gré et non «forcée et contrainte», une prolongation de délai de 7 jours, soit une augmentation de délai de 12 %. Cette prolongation de délai était donc largement suffisante pour que les soumissionnaires puissent analyser les données manquantes qui leur avaient été communiquées la veille.

Le deuxième moyen, en sa première branche, n'est donc pas sérieux.

b) Seconde branche

1.- Entre la publication de l'avis de marché et la date initiale de dépôt des offres (10 février 2012), un délai de 59 jours s'est écoulé.

Le fait que l'avis de marché ait été publié avant «la période légale de congés compensatoires» est irrelevante. Outre que seuls quatre jours de congés compensatoires sont intervenus durant le délai de 59 jours (27 et 28 décembre 2011 ainsi que 5 et 6 janvier 2012), ces jours de congés compensatoires ne sont applicables qu'aux ouvriers qui ne sont évidemment pas les rédacteurs des offres, mais bien le personnel administratif.

En outre, force est de constater que les requérantes ne précisent pas quel aurait été le délai raisonnable qui, selon elles, aurait dû être déterminé pour la rédaction des offres.

Enfin et surtout, l'analyse des courriers échangés durant le délai de 59 jours initial démontre que ce délai était suffisant.

En effet, seules la S.A. Envisan International, la S.A. Ecoterres et, plus tardivement, la N.V. Mourik ont sollicité un report de la date d'ouverture des offres. La SPAQuE, qui n'a pas l'obligation de répondre à toutes les demandes qui lui sont faites, a donc pu raisonnablement juger que le délai prévu par le cahier spécial des charges était suffisant puisque seules 3 sociétés sur les 21 qui s'étaient manifestées ont jugé le délai trop court.

2.- Par ailleurs, lorsque, suite à la communication, le 7 février 2012, des analyses relatives aux mailles K29 et P28, la SPAQuE a décidé de reporter la date d'ouverture des offres de 7 jours calendrier, plus aucune demande de report de cette date n'a été formulée en temps utiles. Si, par la suite, la S.A. Ecoterres a adressé une nouvelle demande de report de la date d'ouverture des offres, elle ne l'a fait que par courrier du 13 février 2012, soit 5 jours après le courrier de la SPAQuE du 8 février 2012 relatif au report de la date d'ouverture des offres et 4 jours avant la date d'ouverture des offres modifiée. A nouveau, compte tenu du fait qu'aucun autre soumissionnaire potentiel ne s'est manifesté, la SPAQuE a raisonnablement pu en conclure que le délai était suffisant.

On constate d'ailleurs que si 5 offres ont finalement été déposées, elles l'ont été, notamment, par différentes sociétés momentanées. Ces 5 offres regroupent ainsi 11 des 21 sociétés qui s'étaient manifestées suite à la publication de l'avis de marché. Or, aujourd'hui, seules 3 de ces 11 sociétés se plaignent du délai trop court dont elles ont disposé pour rédiger leur offre, ces 3 sociétés agissant en une seule et même société momentanée. Ce constat conforte l'idée que le délai qui avait été déterminé par le cahier spécial des charges était un délai tout à fait raisonnable.

3.1.- Il y a lieu de souligner qu'il est intrinsèque à une opération de réhabilitation de présenter des incertitudes quant aux quantités des prestations à réaliser. Malgré les

nombreuses analyses effectuées, chaque centimètre carré n'a pas été passé au crible et il est difficile de prévoir toutes les migrations de pollution qui ont pu s'opérer depuis ces analyses. La nature des pollutions rencontrées et, par conséquent, l'ampleur des prestations à réaliser ne peut donc, in fine, être véritablement déterminés qu'en cours d'exécution du chantier.

Cette incertitude existe pour tous les soumissionnaires, en ce compris l'adjudicataire du marché, quoi qu'en disent les requérantes. L'exécution de l'étape 3 n'a en effet finalement porté que sur 26 mailles, soit 10 % de la superficie totale du site. Les connaissances qu'aurait éventuellement acquises l'adjudicataire au cours de l'exécution de cette étape 3 ne lui ont donc certainement pas permis de bénéficier d'un avantage démesuré sur les autres soumissionnaires quant aux 90 % restant.

La SPAQuE rappelle en outre que la S.A. Ecoterres et la N.V. Mourik ont participé à l'étape 2 et que, à les suivre, elles auraient donc également bénéficié d'un avantage sur les autres soumissionnaires. La SPAQuE trouve pour le moins symptomatique que les requérantes n'aient pas fait état de cette circonstance dans leur requête...

3.2.- Cela étant, les incertitudes que peut présenter un tel chantier ont largement été limitées en l'espèce dès lors que le site «Carcoke» a fait l'objet d'analyses et d'études conséquentes qui ont toutes été fournies aux différents soumissionnaires.

Dans une optique de rendre la lecture et la manipulation de ces données plus aisée, la SPAQuE a annexé au cahier spécial des charges un CD-rom reprenant l'intégralité des données en sa possession sous des formats usuels et pratiques.

La qualité de présentation des données sur ce CD-rom permettait ainsi de réduire le temps à passer dans le tri des informations utiles pour l'établissement des offres de sorte que le délai de 59 jours prévu par le cahier spécial des charges pour le dépôt des offres était manifestement raisonnable, ce qui a d'ailleurs été démontré par la suite, comme il a été exposé précédemment.

Le deuxième moyen, dans sa deuxième branche, n'est pas sérieux."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'est pas contesté qu'à raison de l'expérience qu'elle avait acquise en exécutant le marché correspondant à la précédente phase de réhabilitation du site concerné, la société SITA REMEDIATION occupait une situation de fait plus confortable que celle des autres soumissionnaires dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux. Face à une telle inégalité de fait qui ne pouvait être totalement annihilée, la partie adverse se devait, à tout le moins, d'organiser la procédure d'attribution du marché dans des conditions telles que les entreprises intéressées puissent déposer utilement une offre. Ainsi, était-elle notamment tenue de communiquer à ces entreprises les informations dont elle disposait et à l'égard desquelles la société SITA REMEDIATION pouvait être avantagée, et de leur laisser un délai suffisant pour leur permettre de rédiger et déposer leurs offres.

A l'exception des données relatives aux mailles K29 et P28, il n'est pas établi que la partie adverse se serait abstenue de communiquer aux entreprises intéressées des informations dont elle disposait.

S'agissant du fichier excel "Excavations profondes non terminées lors du chantier précédent", la partie adverse a reconnu qu'il était incomplet pour ce qui concernait les mailles K29 et P28. Cette omission a toutefois été réparée et la partie adverse a assorti la communication de ces informations de l'octroi d'un délai supplémentaire de sept jours pour permettre aux entreprises de tenir compte de ces informations nouvelles. Les parties requérantes restent en défaut de démontrer concrètement en quoi ce délai supplémentaire n'était pas suffisant et en quoi cette communication tardive leur a fait grief.

S'agissant des critiques formulées au titre de la seconde branche du moyen et relatives au caractère insuffisant du délai accordé aux entreprises pour établir et déposer leurs offres dans des conditions telles que l'égalité entre les soumissionnaires soit rétablie nonobstant l'avantage dont bénéficiait la société SITA REMEDIATION, les requérantes soutiennent que ce délai est sans proportion avec celui dont a disposé la partie adverse pour établir le cahier spécial des charges, ou au regard du délai de validité des offres. Elles restent toutefois en défaut de démontrer concrètement en quoi, au-delà de cette brièveté relative, le délai imparti aux entreprises est intrinsèquement insuffisant. Ainsi, n'indiquent-elles notamment pas pour quelles démarches complémentaires, qu'elles estimaient devoir accomplir, elles n'ont pas disposé du temps suffisant. On aperçoit d'autant moins ce caractère insuffisant que cinq offres, toutes déclarées régulières, ont pu être déposées dans ce délai.

Enfin, dès lors que deux autres soumissionnaires placés dans la même situation que les requérantes pour établir leurs offres ont déposé une offre régulière et jugée plus intéressante, les requérantes ne paraissent avoir intérêt au moyen, en aucune de ses branches.

Il suit de ces considérations que le moyen n'est pas sérieux.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

Les requérantes soulèvent un troisième moyen, pris de la violation des articles 1, 16 et 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et "relative à la procédure d'appel d'offres, du principe de concurrence et de ses corollaires, le principe d'égalité et de transparence, du principe de bonne administration", de l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, "du droit à l'équilibre financier de tout marché public, des articles 16 et 75 du cahier général des charges ainsi que de l'erreur manifeste dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation". Elles exposent ce moyen comme suit :

" 1° branche : demande de prix à caractère spéculatif

En ce que

40. Le cahier des charges a fourni aux soumissionnaires des données incomplètes ou parcellaires comme observé ci-avant et a invité les soumissionnaires à remettre prix sur la base de quantités présumées données «à titre indicatif (voir cahier spécial des charges p. 5 article 0, alinéa 1), non vérifiables et, au contraire, démenties par les documents joints au cahier spécial des charges contraignant lesdits soumissionnaires à spéculer sur les quantités à réaliser effectivement.

La SPAQuE n'a pris aucune mesure pour réduire ce caractère spéculatif dont elle était consciente, ainsi qu'elle l'a écrit dans sa lettre du 6 février 2012 (pièce 4) et malgré l'interpellation expresse qui lui a été adressée par lettre du 13 février 2012 de la s.a. ECOTERRES (pièce 8).

Alors que

41. L'objet principal du marché est visé par les postes 11.1 relatif à la gestion des terres contaminées en polluants non mobiles et 11.2 relatif à la gestion des terres contaminées en polluants mobiles.

La distinction entre les deux postes est d'autant plus importante que

a) La gestion des terres contaminées en polluants non mobiles demande essentiellement l'exécution de prestations de génie civil tels que tamisage et remblaiement en profondeur (au-delà de 1 m); Elle concerne, en effet, les terres qui, à l'issue des analyses de contrôle réalisées sur les andains excavés, répondent aux objectifs d'assainissement à respecter pour les opérations de remblayage à des profondeurs au-delà de 1 m.

b) La gestion des terres contaminées en polluants mobiles couvre le traitement des terres polluées par des polluants mobiles provenant :

- des périmètres des noyaux de contamination, suivant les mailles et les profondeurs d'excavation mentionnées dans le cahier spécial des charges (p. 54)

- d'en dehors du périmètre des noyaux de contamination, suivant l'appréciation du pouvoir adjudicateur
- des tranches de surface suivant les mailles et les profondeurs mentionnées dans le cahier spécial des charges (p. 68)
- des andains historiques (p. 59 du csc)
- du décapage de la couche d'argile inférieure de la cellule de confinement
- du décapage du sable et du gravier drainant de la cellule de confinement.

42. L'inventaire indique comme quantités présumées «à titre indicatif» (p. 5 du cahier spécial des charges alinéa 1 in fine) :

Poste 11.1 gestion des terres contaminées en polluants non mobiles : 100.000 t

Poste 11.2 gestion des terres contaminées en polluants mobiles : 680.000 t

Or, sur la base des analyses des terres contaminées à excaver jointes au cahier spécial des charges et complétées par les informations transmises par courrier du 7 février 2012, comparées aux objectifs d'assainissement à respecter pour les opérations de remblayage, seulement environ 300.000 tonnes de terres ne répondraient pas directement aux objectifs mentionnés et devraient réellement être traitées.

Aussi, ne devrait être portée en compte pour l'exécution du poste 11.2 qu'une quantité de 300.000 tonnes alors que

- l'inventaire indique une quantité de 680.000 tonnes.

- en conséquence, la quantité présumée du poste 11.1 va augmenter à due concurrence.

Interpellée de manière expresse par la société ECOTERRES par lettre du 13 février 2012, la partie adverse n'a adressé aux soumissionnaires aucun démenti.

43. Dans ces conditions, les soumissionnaires étaient dans l'impossibilité de prendre en compte des quantités raisonnables relevant de l'un ou l'autre des postes précités pour déterminer le calcul du prix unitaire de traitement des terres contaminées.

En effet, ledit traitement inclus dans le poste 11.2 suppose évidemment des coûts très nettement supérieurs à celui du poste 11.1 :

- il exige un traitement spécifique sur site ou hors site pour diminuer les concentrations en polluants mobiles présents dans les terres,
- les prestations visées par le poste 11.1 ne couvrant que des actions simples de type génie civil sans traitement spécifique dès lors que ces terres pouvaient être remblayées à des profondeurs supérieures à un mètre sans traitement spécifique préalable.

A défaut pour la partie adverse d'avoir expliqué la différence entre les deux données, les soumissionnaires ne pouvaient présenter un prix que purement spéculatif, d'autant plus que toute révision de prix était exclue en cas de variation importante des quantités en dehors de tout ordre modificatif et que des amendes importantes seraient d'application, comme développé ci-après.

44. Selon la décision d'attribution (p. 12/19), le prix pour le traitement des terres contaminées en polluant mobile est pour l'adjudicataire retenu de 13 EUR, alors que la moyenne des prix est de 22,80 EUR (calculée sur base des 5 prix remis variant de 13 à 39,45 EUR).

Une différence substantielle s'impose entre le prix unitaire du poste 11.1 et le prix unitaire du poste 11.2.

Cette différence se justifie assurément dès lors que

- l'enfouissement de terres à plus d'1m de profondeur (terres relevant du poste 11.1) est une opération simple, peu technique, impliquant uniquement des analyses, du criblage et des opérations de terrassements – ce qui ne peut justifier qu'un prix inférieur à 10 EUR la tonne

- en revanche, la gestion de terres contenant des polluants mobiles nécessitant un vrai traitement implique la mise en œuvre de procédés techniques sur site ou hors site permettant de traiter la pollution.

A titre d'exemple, les pollutions les plus simples qui peuvent être traitées par voie biologique ont un prix de l'ordre de 15 à 25 EUR la tonne (prix du marché). Les pollutions plus complexes nécessitent un traitement de l'ordre de 40 EUR à 250 EUR la tonne (prix du marché en fonction des polluants et concentrations et de la texture des terres)

En l'espèce, il s'agit d'une cokerie.

Toute cokerie est réputée pour l'importance de la pollution qu'elle génère.

Il y a sans nul doute de lourdes pollutions nécessitant un traitement à coût élevé.

Le prix du poste 11.2 comme prix moyen de traitement incluant le traitement de pollutions fortes et de pollutions légères ne peut en aucun cas être inférieur au prix le plus bas de marché, à savoir 15 à 25 EUR la tonne.

A défaut, les prix respectifs ne correspondraient pas à la valeur relative des postes et s'avèreraient hautement spéculatifs exposant la partie adverse tenue par son cahier des charges à payer les prestations réalisées sur la base des prix unitaire offerts, sans pouvoir les réviser – ce qui s'avèrerait gravement préjudiciable sur le plan budgétaire.

Or, pour le poste 11.1, la quantité est appelée à augmenter considérablement puisque, selon les données jointes au cahier spécial des charges, les quantités du poste 11.2 vont passer de 680.000 à maximum 300.000 t, de sorte que les quantités du poste 11.1 vont passer de 100.000 à 480.000 t.

Si le prix unitaire du poste 11.1 de l'adjudicataire n'est pas nettement inférieur à son prix pour le poste 11.2, il bénéficiera pleinement de sa «spéculation» en étant payé au prix fort pour un poste dont la quantité augmentera considérablement.

45. Pour autant que de besoin, les requérantes produisent en annexe un calcul plus précis des quantités en cause. Son analyse sort certes des limites de l'examen auquel le Conseil d'Etat peut se livrer dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, mais elle confirme pourtant le caractère inexact des quantités communiquées aux soumissionnaires sur la base desquelles ils ont été invité à remettre offre et dès lors à spéculer contrairement à l'intérêt de la partie adverse et à une mise en concurrence effective selon les dispositions et principes visés dans le présent moyen.

46. Le caractère hautement spéculatif des prix «demandés» est explicité par les exemples suivants :

I. Calcul suivant les Quantités Présumées mentionnées dans le CSC

	Quantités suivant métré	Prix unitaires moyens de la soumission	Montant total	Quantités suivant métré	Prix soumission spéculés	Montant total	Marge réalisée (P.U./Tonne)	Marge totale
Poste 11.1	100.000 t	10,00 €/t	1.000.000	100.000 t	25,00 €/t	2.500.000	15,00 €/t	1.500.000
Poste 11.2	680.000 t	22,08 €/t	15.014.400	680.000 t	13,00 €/t	8.840.000	- 9,08 €/t	- 6.174.400
			16.014.400			11.340.000		- 4.674.400

II. Calcul suivant les Quantités à réellement exécuter

	Quantités à réellement exécuter	Prix unitaires moyens de la soumission	Montant total	Quantités à réellement exécuter	Prix soumission spéculés	Montant total	Marge réalisée (P.U./Tonne)	Marge totale
Poste 11.1	480.000 t	10,00 €/t	4.800.000	480.000 t	25,00 €/t	12.000.000	15,00 €/t	7.200.000,00

47. Pour identifier le caractère hautement spéculatif du prix remis par le soumissionnaire retenu, il importe que soit vérifié le prix unitaire porté en compte par le soumissionnaire.

S'il ne comporte pas pour le poste 1.11 une diminution substantielle par rapport au prix unitaire de 13 EUR présenté pour le poste 11.2., le caractère hautement spéculatif se révélerait dans toute sa réalité.

Suite à l'introduction du présent recours, le soumissionnaire retenu fera sans doute état d'un secret des affaires pour s'opposer à la communication aux requérantes du montant de son prix unitaire du poste 11.1, comme celles-ci s'en prévalent à l'égard du soumissionnaire retenu, s'il faisait intervention.

En revanche, ce prix unitaire sera porté à la connaissance de l'auditorat et du Conseil d'Etat par le dépôt de l'offre en cause.

Il leur sera alors loisible de vérifier le prix remis pour le poste 11.1.

48. L'exemple ci-dessus peut être répété à l'infini en jouant sur : les quantités supposées «réelles» des postes 11.1 et 11.2, sur les prix de vente dits «normaux» et sur la marge que l'entreprise souhaite obtenir in fine. L'étalement des offres de 22 millions à 42 millions reflète vraisemblablement la «spéculation» à laquelle chaque soumissionnaire a dû se prêter, au détriment d'une saine mise en concurrence sur la base des données disponibles avec le bénéfice des règles usuelles régissant l'exécution des travaux à appliquer mutis mutandis en l'espèce.

Par contre, le soumissionnaire qui a eu l'opportunité de travailler au préalable sur le site connaît de manière plus précise les quantités à réaliser, de sorte qu'il diminue d'autant son risque.

49. Le caractère spéculatif des prix demandés a été renforcé par la pondération du sous-critère 1.3 prise de risque sur le traitement des terres contaminées = 6 points, par rapport au critère 2 : coût d'exécution des prestations= 45 points.

En effet, la différence est telle que la pondération limitée de ce sous-critère ne permet pas de rattraper une nette différence de points quant au critère 2. En effet, selon le libellé de ce sous-critère, il faut une baisse de 10 % du prix par rapport au prix moyen pour perdre 1 point, alors que cette baisse fait gagner des points par rapport au critère 2. Aussi, le soumissionnaire, comme les requérantes, qui a remis un prix moyen raisonnable reste pénalisé par rapport au critère 2.

Ainsi,

si le prix du poste 11,2 (sous critère 3) est diminué de 2,21 €/tonne par rapport au prix moyen, le soumissionnaire perd 1 point pour le sous-critère 3 mais en gagne 3,36 pour le critère 2.

Ceci vient du fait que le prix total du projet est déterminé pour environ 50 % (moyenne des soumissionnaires 47 %) par le montant du poste 11,2 (dont la QP est de plus erronée !).

Ces critères combinés avec les quantités présumées erronées du poste 11,2 incitent donc à la spéculation.

50. Or, comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 152.843 du 16 décembre 2005

«qu'enfin, le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à l'égard du caractère normal ou non des prix d'une soumission a essentiellement pour objet de permettre de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges tant au point de vue qualité technique qu'au point de vue délai et exclut toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des budgets publics; que c'est dans ce sens que le rapport au Roi précédant l'arrêté royal d'exécution de la loi sur les marchés publics du 14 octobre 1964, devenu par la suite l'arrêté royal d'exécution du 22 avril 1977, dont les dispositions sur le contrôle des prix anormaux d'une soumission se retrouvent aujourd'hui à l'article 110 de l'arrêté royal d'exécution du 8 janvier 1996, précisait qu'une nullité relative affectait les soumissions dont les éléments ne concordent pas avec la réalité, et ce afin de permettre au maître de l'ouvrage d'écarter des prix fantaisistes qui ... pourraient avoir des répercussions fâcheuses sur l'exécution de l'entreprise ou permettraient de réaliser des spéculations abusives»;

Pour autant que de besoin, les requérantes précisent que cet enseignement est d'application aux marchés de services, ainsi qu'il résulte de l'arrêt n° 194.415 du 19 juin 2009 concernant un marché de services traitant de la modification par le pouvoir adjudicateur des dispositions du C.G.Ch pour enrayer la spéculation sur les prix opérée par les soumissionnaires :

«que si le souci de la partie adverse de contrer, au regard des offres déposées, une possible spéculation dans le chef des soumissionnaires paraît légitime, il ne lui appartenait pas pour ce faire de changer les règles du jeu en cours de procédure de passation de marché; qu'elle pouvait remédier à une telle situation soit en recommençant la procédure sur la base d'un nouveau système de notation de ce critère soit en écartant, après vérification, les offres comportant des prix anormaux; que le moyen unique est fondé».

51. Ainsi, la SPAQuE a soumis l'attribution du marché litigieux à un cahier des charges qui ne lui permettait pas de disposer des éléments suffisants pour évaluer de manière objective la valeur réelle de chacune des offres. Les critères et sous-critères d'évaluation sont certes énoncés, pondérés et explicités.

Par contre, dès lors que le prix global a une valeur prépondérante sur la comparaison des offres et que les postes 11.1 et 11.2 contribuent fortement au prix global, le «jeu» sur leur prix de vente unitaire fausse totalement la comparaison des offres.

Le cahier des charges régissant le marché litigieux, et en particulier les critères et sous-critères et leur pondération ainsi que le caractère purement indicatif des quantités indiquées au mètre avec exclusion de toute révision de prix et sanction renforcée en cas de retard d'exécution constituant un risque d'autant plus aigu que les quantités réelles étaient incertaines et son application pour la comparaison des offres ont constitué une violation des dispositions et principes visés dans le présent moyen.

Le présent moyen en sa première branche doit être considéré comme sérieux.

2° branche : demande de prix spéculatif renforcée par des dérogations irrégulières au cahier général des charges en tant que marché de travaux en ses articles 16, 42 et 48 et en tant que marché de services en ses articles 16 et 75 et au principe du droit à l'équilibre financier de tout marché public

En ce que

52. Le cahier spécial des charges a renforcé le caractère hautement spéculatif des prix à remettre sans limite de quantités et sans pouvoir disposer de données

précises permettant d'évaluer l'importance des prestations à accomplir, en dérogeant au cahier général des charges en présentant des quantités présumées à titre purement indicatif et en excluant toute révision des prix unitaires en raison du caractère incertain des prestations décrites et en imposant des pénalités particulièrement élevées en cas de retard en raison de prétendus impératifs de délais de réalisation des prestations à respecter sous peine de perdre le bénéfice de certains financements disponibles.

Le cahier spécial des charges dispose en effet que :

«0 Du fait du caractère incertain des prestations décrites au présent cahier spécial des charges, les quantités présumées relatives aux postes suivants de l'inventaire des prestations ne peuvent être indiquées qu'à titre indicatif...

...
Dès lors, aucune révision des prix unitaires ne sera acceptée pour ces postes. Cette dérogation est d'application quel que soit le poste considéré. L'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait que les renseignements mentionnés dans le cahier spécial des charges sont fournis pour information et qu'il appartient aux soumissionnaires de faire exécuter, à ses frais, les investigations et analyses complémentaires qu'ils jugeraient utiles afin d'établir ses prix. En cours de chantier, le prestataire ne peut invoquer l'insuffisance de données ou autres pour demander un supplément de prix.»

«0 Par dérogation à l'art. 75 du cahier général des charges, tout retard dans l'exécution donne lieu, de plein droit, à l'application d'une pénalité spéciale par jour calendrier de retard. Cette dérogation est motivée notamment par les impératifs de délais de réalisation des prestations respectées sous peine de voir perdre le bénéfice de certains financements disponibles pour la réalisation desdites prestations.

Etant donné l'importance cruciale que revêt le respect du délai dans l'exécution des différentes prestations prévues au présent cahier spécial des charges, cette pénalité est calculée de façon progressive sur les modalités suivantes (de 1 à plus de 22 jours calendrier de retard : 500 à 2.000 EUR par jour calendrier de retard supplémentaire.

Cette pénalité spéciale s'applique également lors de tout retard dans la remise des analyses prévues au cahier spécial des charges.

En ce cas, une pénalité est appliquée par analyse et par jour calendrier de retard...».

Ces dispositions dérogeant au cahier général des charges et aux principes généraux régissant l'exécution de tout marché public ont renforcé le caractère spéculatif des prix à remettre en violation des dispositions et principes visés dans le second moyen.

Alors que

53. Le caractère incertain des prestations décrites ne peut être considéré comme une circonstance propre au marché considéré justifiant une dérogation dans le respect de l'article 3 de l'A.R. du 26 septembre 1996 énonçant les règles générales d'exécution d'un marché public.

En effet,

a) le caractère incertain des prestations décrites est en soi inhérent à toute quantité présumée.

b) Il résulte en l'espèce de la discordance entre les quantités indiquées dans l'inventaire et les données fournies en annexe au cahier spécial des charges.

Comme observé dans la lettre de la société ECOTERRES du 13 février 2012 (pièce 8), les données annexes au cahier des charges permettaient d'identifier les quantités pour le poste 11.2, soit 300.000 tonnes.
Rien ne justifiait que l'inventaire porte la quantité à 680.000 tonnes.

c) Il n'est nullement propre au marché en cause que les quantités à réaliser s'avèrent incertaines.

Tel est usuellement le cas pour tous les marchés de terrassement, de travail sous eau (déroctage, enlèvement de vases, ...).

d) C'est précisément pourquoi le cahier général des charges depuis des dizaines d'années prévoit, pour les marchés de travaux, d'une part que tout soumissionnaire est tenu par le prix unitaire qu'il indique pour un poste à quantités présumées avec les limites fixées par l'art. 42, à savoir une diminution en moins de maximum 50 % et une majoration en plus de maximum 200 %, au-delà desquelles le prix fait l'objet d'une révision.

En effet, l'augmentation ou la diminution des quantités peut entraîner une augmentation ou une diminution des coûts qui doit être prise en compte en vertu du principe de l'équilibre financier du marché régissant tout marché public (M.A. FLAMME, Traité des marchés publics, tome II, n° 688, p. 207 et n° 964, p. 680).

e) Dans tout marché ayant pour objet des prestations pour des quantités qui ne peuvent être déterminées a priori avec certitude, il appartient à tout pouvoir adjudicateur normalement prudent et diligent dans le respect des principes de bonne administration, des principes de précaution, de proportionnalité et du droit à l'équilibre financier de tout marché public, de prévoir des postes distinguant les hypothèses des prestations à accomplir.

Ainsi, pour les terrassements, il convient de prévoir un poste pour terrassement en terrain dur, en terrain rocheux, en terrain tout venant, etc, de manière à payer in fine les coûts correspondants à la réalité des prestations accomplies et à prévenir toute discussion en cours d'exécution du marché et toute difficulté de relations entre parties confrontées à la réalité des prestations à accomplir qui ne peut être cernée qu'au moment de l'exécution.

Telle est d'ailleurs la pratique usuelle des entités adjudicatrices poursuivant le même objet que la partie adverse.

Les entités prévoient dans leur cahier des charges des postes distinguant bien les prestations selon la nature de celles-ci.

Cela permet à l'entité adjudicatrice de payer la réalité du coût de chaque prestation en fonction de leurs difficultés et contraintes et d'exclure ainsi le paiement de prix moyens qui peuvent au total s'avérer plus élevés qu'un prix normal pour chaque prestation considérée individuellement et excluant, en tout cas, tout prix spéculatif.

Il en était assurément ainsi en l'espèce.

54. La dérogation à l'art. 75 du cahier général des charges, par la fixation de pénalités particulièrement élevées, ne peut être considérée comme justifiée par les circonstances propres du marché considéré.

Il n'est nullement établi qu'en soi le marché litigieux constitue un marché se distinguant de tout autre quant aux impératifs de financements possibles.

En outre, l'existence de pareil financement n'est nullement établie, pas davantage que ses conditions.

Enfin, et en toute hypothèse, non seulement le délai de réalisation du plan global d'assainissement du site mis en œuvre depuis 2003 établit par lui-même qu'il n'y a aucune échéance particulière notamment en matière de financement et la suspension des prestations de l'étape n° 3 (voir cahier spécial des charges, p. 28), mais surtout le délai de validité des offres porté à 360 jours calendriers par l'article 1.16 du cahier spécial des charges (p.17), exclut toute contrainte liée à la subordination telle que vantée par le cahier spécial des charges, qui, au surplus, serait propre au marché considéré.

55. Ces dérogations au droit à la révision des prix en cas de modification substantielle des quantités présumées et à la sanction d'un retard d'exécution ont directement renforcé le caractère hautement spéculatif des conditions de remise de prix.

Ainsi, pour le prix du poste 11.2, alors que les analyses jointes au cahier spécial des charges établissaient que la quantité à traiter s'élèverait à 300.000 tonnes au lieu des 680.000 tonnes indiquées, les requérantes ont dû établir leur prix en tenant compte, en outre,

- a) de l'exclusion de toute révision de prix au cas où la quantité à réaliser serait substantiellement inférieure à la quantité indiquée à l'inventaire – ce qui rend en soi impossible l'établissement d'un prix sérieux excluant toute spéculation –
- b) et de la lourdeur de la sanction financière en cas de non-respect des délais, d'autant plus malaisé à prévenir que les quantités étaient appelées à varier considérablement dans des proportions incertaines selon la partie adverse elle-même (voir page 5 du cahier spécial des charges article 0 alinéa 1).

La partie adverse a donc violé les dispositions et principes visés dans ce troisième moyen. Elle a commis une erreur manifeste dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation lors de la rédaction du cahier spécial des charges. Elle a en conséquence pris une décision au surplus qui n'est pas motivée de manière adéquate et pertinente.

En conclusion, le moyen doit être considéré comme sérieux."

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute ce moyen comme suit :

" [...]

c) Première branche

1.- La SPAQuE tient tout d'abord à rectifier la présentation des faits volontairement alambiquée des requérantes.

La SPAQuE ne peut en effet marquer son accord sur l'affirmation suivant laquelle : «la SPAQuE n'a pris aucune mesure pour réduire ce caractère spéculatif dont elle était consciente, ainsi qu'elle l'a écrit dans sa lettre du 6 février 2012».

Il est du propre de tout marché dans lequel sont en jeu des quantités présumées (ce qui représente une très grande majorité des cas), qu'une certaine spéculation existe dans le chef de tous les soumissionnaires.

En l'espèce, les requérantes pointent une prétendue spéculation relative aux postes 11.1 – Gestion des terres uniquement contaminées en polluants non mobiles et 11.2 – Gestion des terres contaminées en polluants mobiles.

Tel n'était cependant pas l'objet du courrier de la SPAQuE du 6 février 2012. L'objet de ce courrier était en effet le poste 9.2 – Evacuation hors site des déchets amiantés pour lequel, à défaut d'analyses suffisamment concrètes et précises, une réelle possibilité de spéculation existait. Il avait été mis fin à cette possible spéculation par la SPAQuE dans son courrier du 24 janvier 2012 dans lequel elle impose une différence entre l'amiante libre et l'amiante liée.

2.- Un même risque de spéculation n'existe cependant pas pour les postes 11.1 et 11.2.

La SPAQuE tient à souligner qu'il est particulièrement éclairant que les requérants s'évertuent à dénoncer une prétendue spéculation possible pour ces deux postes, mais sans jamais démontrer concrètement leur affirmation.

Les requérantes n'apportent en effet aucune preuve de leur allégation ni ne présentent aucun justificatif qui permettrait de fonder leurs dires.

La SPAQuE tient à rappeler que son estimation des quantités présumées des postes 11.1 et 11.2 repose, elle, sur plus de 1.800 analyses sur les sols à traiter. La SPAQuE agissant en qualité d'expert de l'assainissement des sols et étant en charge du dossier «Carcoke» depuis de très nombreuses années, rien ne permet de démontrer que l'estimation des quantités qu'elle a réalisée ne l'aurait pas été avec tout le sérieux et l'exactitude requis.

On peut s'étonner par ailleurs que cette prétendue inexactitude des quantités présumées des postes 11.1 et 11.2, qui semble flagrante à lire les requérantes, n'ait pas été dénoncée plus tôt, conformément à l'article 98 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Cette disposition prévoit en effet que : «Si un soumissionnaire découvre dans le cahier spécial des charges ou dans les documents complémentaires du marché, des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou inopérante la comparaison des offres, il le signale immédiatement par écrit au pouvoir adjudicateur. Celui-ci doit être prévenu dix jours au moins avant la date d'ouverture des offres, sauf si la réduction par le pouvoir adjudicateur du délai de dépôt des offres ne permet pas au soumissionnaire de respecter cette condition. Le pouvoir adjudicateur apprécie si l'importance des erreurs ou des omissions relevées justifie la remise de la séance d'ouverture des offres à une date ultérieure et la publication d'un avis rectificatif».

Ce n'est pourtant que par courrier du 13 février 2012, soit 4 jours avant la date de dépôt des offres et 63 jours après la publication de l'avis de marché, que la S.A. Ecoterres a interpellé la SPAQuE sur les quantités présumées reprises aux postes 11.1 et 11.2. Ce courrier était donc tardif, outre qu'il ne comportait aucun élément concret qui aurait pu convaincre la SPAQuE qu'une erreur existerait effectivement dans l'estimation des quantités présumées des postes 11.1 et 11.2.

Enfin, on constatera une nouvelle fois que seule une des 21 sociétés qui se sont manifestées (dont pas moins de 14 sociétés spécialisées dans le traitement des terres polluées), a cru déceler un problème de quantités présumées pour les postes 11.1 et 11.2, toutes les autres sociétés ayant donc considéré, à la lecture des données fournies par la SPAQuE dans son cahier spécial des charges, que l'évaluation de ces quantités présumées était correcte.

La SPAQuE n'ayant été interpellée par aucun de ces autres soumissionnaires, elle a donc raisonnablement pu considérer que son travail précis d'estimation des quantités présumées des postes 11.1 et 11.2 n'était pas à remettre en cause par le

courrier pour le moins imprécis de la S.A. Ecoterres adressé à la SPAQuE 4 jours avant la date d'ouverture des offres.

Ce travail d'estimation n'est par ailleurs pas plus à remettre en cause par les termes de la requête qui sont tout aussi dénués de caractère concret.

3.- Il y a à nouveau lieu de souligner qu'il est intrinsèque à une opération de réhabilitation de présenter des incertitudes quant aux quantités des prestations à réaliser. Malgré les nombreuses analyses effectuées, chaque centimètre carré n'a pas été passé au crible et il est difficile de prévoir toutes les migrations de pollution qui ont pu s'opérer depuis ces analyses. La nature des pollutions rencontrées et, par conséquent, l'ampleur des prestations à réaliser ne peuvent donc, in fine, être véritablement déterminées qu'en cours d'exécution du chantier.

C'est précisément compte tenu de ces incertitudes que la SPAQuE a recouru au mécanisme des quantités présumées qui est un mécanisme des plus fréquents en matière de marchés publics.

Cela étant, les incertitudes que peut présenter un tel chantier ont largement été limitées en l'espèce dès lors que le site «Carcoke» a fait l'objet d'analyses et d'études conséquentes qui ont toutes été fournies aux différents soumissionnaires.

Ces analyses et études ont ainsi permis à la SPAQuE de procéder à une évaluation concrète et précise des quantités qui ne peuvent demeurer que présumées des postes 11.1 et 11.2 à défaut d'un calcul possible à la tonne près.

Ces analyses et études ont par ailleurs été fournies, sous des formats usuels et pratiques, à tous les soumissionnaires, sur le CD-rom annexé au cahier spécial des charges.

Tous les soumissionnaires étaient donc en mesure de procéder à une vérification des estimations réalisées par la SPAQuE et, hormis la S.A. Ecoterres, aucun des soumissionnaires n'a considéré ces estimations incorrectes.

On ne peut donc que conclure que l'estimation des quantités présumées des postes 11.1 et 11.2 était adéquate ou, à tout le moins, que leur inexactitude soit disant manifeste dénoncée par les requérantes n'est absolument pas démontrée.

4.- Quant au prix qu'il y aurait lieu d'appliquer à l'un et l'autre des postes 11.1 et 11.2, les requérantes ne justifient en rien les chiffres qu'elles présentent au point 44 de leur requête, ces prix semblant par ailleurs surfaits et sans concordance avec la réalité du marché.

La comparaison des offres démontre par ailleurs que les soumissionnaires ne s'en sont pas tenus au prix du marché, comme le leur permet la législation applicable en matière de marchés publics de services.

Il est en effet important de rappeler, conformément à la conclusion de l'examen du premier moyen, que le marché litigieux est bel et bien un marché de services.

Dès lors, l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui prévoit que «tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, doivent être répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci», ne trouve pas à s'appliquer puisqu'il a trait aux marchés publics de travaux.

En matière de marchés public de services, l'article 97 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne prévoit pas une telle obligation pour le soumissionnaire de ventiler sa marge bénéficiaire de manière homogène.

Les soumissionnaires étaient donc tout à fait en droit de répartir leur marge bénéficiaire de manière différenciée entre les différents postes de l'inventaire des prestations.

C'est cette possibilité offerte par la législation applicable aux marchés publics de services qui explique que les prix unitaires remis par les 5 soumissionnaires pour les postes 11.1 et 11.2 présentent des différences aussi importantes.

Les requérantes semblent en être parfaitement conscientes puisqu'à l'occasion du premier moyen, elles visaient, notamment, l'application de l'article 96, § 4, de l'arrêté du 8 janvier 1996...

Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler ici que, compte tenu de la différence de prix existant entre l'offre de l'adjudicataire et les autres offres, notamment quant aux postes 11.1 et 11.2, la SPAQuE a sollicité de la S.A. Sita Remédiation qu'elle justifie ses prix apparemment anormalement bas.

La S.A. Sita Remédiation a adressé à la SPAQuE un justificatif extrêmement détaillé, comportant plus d'une centaine de pages de calculs, annexes et offres de sous-traitants (Pièce 23). L'ensemble de ces documents a été analysé et vérifié par la SPAQuE, et il est apparu que tous les coûts unitaires étaient parfaitement justifiés et qu'aucun poste n'était exécuté à perte.

En ce qui concerne les postes 11.1 et 11.2, il apparaît clairement que c'est par une ventilation très différente de sa marge bénéficiaire entre le poste 11.1 et le poste 11.2 que l'adjudicataire aboutit aux prix unitaires qu'il a soumis (cf. Annexe 1 de la Pièce 23).

Ce n'est donc pas parce qu'il existe une différence de prix entre l'adjudicataire et les autres soumissionnaires que cette différence de prix traduirait nécessairement une spéculation dans le chef de l'adjudicataire, et encore moins que celle-ci aurait été induite ou favorisée par des données inexactes du cahier spécial des charges.

Afin de vérifier qu'une telle spéculation n'a pas eu lieu, la SPAQuE a expressément requis de l'adjudicataire qu'il justifie ses prix, ce qu'il a indéniablement fait de manière précise et détaillée. La SPAQuE était donc en droit de considérer que les prix soumis par l'adjudicataire n'étaient pas entachés de spéculation.

La SPAQuE se permet par ailleurs de souligner que si l'on compare le prix total que représentent les postes 11.1 et 11.2, les prix remis par d'autres soumissionnaires ne sont pas très éloignés du prix remis par l'adjudicataire et qu'outre l'adjudicataire, deux autres soumissionnaires ont remis des prix plus intéressants que les requérantes.

Cette constatation permet de s'interroger sur l'intérêt au moyen des requérantes. La différence de prix existant entre l'adjudicataire et les requérantes pour les postes 11.1 et 11.2 ne permet pas d'expliquer, à elle seule, la différence de prix de l'ensemble de la soumission qui existe entre l'adjudicataire et les requérantes.

On rappellera qu'en terme de prix global de la soumission, les requérantes sont classées quatrième, avec un prix 159 % plus élevé que celui remis par l'adjudicataire. La différence de prix relative aux postes 11.1 et 11.2 ne représente cependant qu'une différence de 23 % par rapport au prix de la soumission globale, les 36 % restant de différence trouvant leur origine dans les autres postes de l'inventaire des prestations. A considérer donc que les requérantes seraient 136 % plus chères que l'adjudicataire, elles demeureraient classées en quatrième position.

En clair, à supposer même que les requérantes aient remis, pour les postes 11.1 et 11.2 à propos desquels elles estiment avoir été désavantagées par des informations prétendument insuffisantes et/ou incorrectes qui auraient permis à l'adjudicataire

de spéculer, des prix unitaires strictement identiques à ceux de l'adjudicataire Sita Remédiation, le classement de leur offre ne leur aurait toujours pas permis de prétendre à l'attribution du marché litigieux.

Elles n'ont pas intérêt au moyen qu'elles soulèvent.

5.- L'annexe dont question au point 45 de la requête n'a pas été soumise à la SPAQuE avant le dépôt des offres et constitue donc une justification a posteriori qui ne peut être retenue.

En tout état de cause, cette annexe ne constitue que l'avis d'une personne confronté à celui de la SPAQuE qui a une connaissance plus importante des centaines d'analyses et d'études qui lui ont permis de fixer ses quantités présumées.

6.- Le tableau présenté au point 46 de la requête ne repose sur aucun élément concret et est tout à fait hypothétique, sans aucune concordance avec les prix remis par les soumissionnaires.

Les conclusions que tirent les requérantes de ce tableau ne sont donc d'aucune pertinence.

7.- Les développements des requérantes quant à la mise en parallèle du sous-critère 1.3 avec le critère 2 est pour le moins surprenant.

La SPAQuE est un pouvoir adjudicateur qui réalise ses missions au moyen de deniers publics. Dans ces conditions, on ne peut évidemment lui reprocher de faire du prix un des critères les plus importants de la soumission.

Cela étant, si le prix était coté pour 45 points sur 100, la qualité technique de l'offre était, elle, cotée pour 50 points sur 100. La SPAQuE considère en effet qu'il vaut mieux s'assurer que le travail demandé, relatif à une pollution du sol importante, soit bien réalisé, quitte à ce que cela coûte un peu plus cher.

Le but du sous-critère 1.3 est précisément de sanctionner celui des soumissionnaires qui prend trop de risques et qui pourrait donc présenter une carence d'efficacité au bénéfice de la rentabilité. C'est ainsi que l'adjudicataire s'est vu attribuer la note de 2/6 tandis que les requérantes se sont vues attribuer la note de 6/6. Ce critère vise donc précisément à limiter le risque de spéculation débridée.

Outre que la quantité présumée du poste 11.2 n'est pas erronée, il est faux de soutenir que le montant de ce poste représenterait 50 % du montant total de la soumission. Le poste 11.2 représente en effet entre 39 et 63 % de l'offre, si l'on compare les différentes soumissions. Ce déséquilibre s'explique une fois encore par une répartition très différente de la marge bénéficiaire entre les différents postes de l'inventaire des prestations, certains soumissionnaires ayant pratiqué une marge faible sur le poste 11.2 et une marge plus importante sur les autres postes, et inversement.

8.1.- Dans l'arrêt n° 152.843 du 16 décembre 2005, le pouvoir adjudicateur s'était retrouvé confronté à un soumissionnaire dont les prix étaient beaucoup plus bas que les autres soumissionnaires et avait donc requis qu'il justifie ce prix anormalement bas. Suite aux explications fournies par le soumissionnaire en question, le pouvoir adjudicateur avait considéré que ces justifications étaient plausibles et que le prix anormalement bas était donc justifié.

Dans cet arrêt, Votre Conseil rappelle tout d'abord que «le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation des justifications fournies par un soumissionnaire, dans le cadre de la procédure de contrôle du caractère apparemment anormal des prix d'une soumission» de sorte que Votre Conseil ne pourrait censurer qu'une appréciation manifestement déraisonnable.

Votre Conseil explique ensuite que «le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à l'égard du caractère normal ou non des prix d'une soumission a essentiellement pour objet de permettre de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges tant au point de vue qualité technique qu'au point de vue délai et exclut toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des budgets publics».

Dans la présente affaire, la SPAQuE a également sollicité de la S.A. Sita Remédiation qu'elle justifie ses prix anormalement bas, en ce compris pour les postes 11.1 et 11.2. Le justificatif fourni par la S.A. Sita Remédiation était particulièrement fouillé et a fourni tous les éléments nécessaires permettant à la SPAQuE de vérifier qu'il n'y avait effectivement eu aucune spéculation, comme il a été exposé ci-avant.

Votre Conseil constatera, à la lecture de ce justificatif déposé sous le bénéfice du secret des affaires, que l'appréciation portée par la SPAQuE n'était pas manifestement déraisonnable.

8.2.- L'arrêt n° 194.415 du 19 juin 2009 n'est quant à lui pas pertinent dès lors qu'il a trait à une hypothèse où le pouvoir adjudicateur avait modifié la méthode de pondération des cotes au moment où il a adopté sa décision d'attribution, car il craignait une spéculation.

La présente affaire est toute différente. La SPAQuE n'a jamais craint une quelconque spéculation dès lors que rien ne suggérait qu'il existerait un problème d'évaluation des quantités présumées et qu'elle s'était assurée de la normalité des prix de la S.A. Sita Remédiation en exigeant une justification de ceux-ci, et n'a en aucun cas apporté de modification à la méthode de pondération des cotes qui sont inscrites au cahier spécial des charges.

Le troisième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

d) Seconde branche

1.- Les requérantes postulent la violation des articles 16, 42 et 48 du Cahier général des charges tel qu'applicables aux marchés de travaux.

Compte tenu des développements repris à l'occasion de l'examen du premier moyen, il est établi que le présent marché est un marché de services de sorte que le deuxième moyen, dans sa deuxième branche, en ce qu'il vise la violation des articles 16, 42 et 48 du Cahier général des charges tels qu'applicables aux marchés de travaux, manque en droit.

2.- Les requérantes postulent également la violation des articles 16 et 75 du Cahier général des charges tels qu'applicables aux marchés de services.

2.1.- S'agissant de la dérogation à l'article 16 du Cahier général des charges, les requérantes considèrent que «le caractère incertain des prestations décrites ne peut être considéré comme une circonstance propre au marché considéré justifiant une dérogation dans le respect de l'article 3 de l'A.R. du 26 septembre 1996».

Ce faisant, les requérantes procèdent d'une lecture fort raccourcie de la portée de la dérogation.

La SPAQuE rappelle qu'il est intrinsèque à une opération de réhabilitation de présenter des incertitudes quant aux quantités des prestations à réaliser. Malgré les nombreuses analyses effectuées, chaque centimètre carré n'a pas été passé au crible et il est difficile de prévoir toutes les migrations de pollution qui ont pu s'opérer depuis ces analyses. La nature des pollutions rencontrées et, par conséquent,

l'ampleur des prestations à réaliser ne peuvent donc, in fine, être véritablement déterminées qu'en cours d'exécution du chantier.

Les incertitudes d'un marché de réhabilitation sont donc plus importantes qu'un marché de terrassement usuel, pour reprendre les termes des requérantes, puisque, indépendamment des incertitudes géologiques liées à la nature du terrain se trouve celle de la pollution qui peut présenter un caractère migrant.

Ainsi, malgré une estimation réalisée sur base de multiples analyses et études, il se peut que certains postes connaissent des variations de quantités par le transfert d'un poste vers un autre.

Cela étant, la dérogation telle que prévue au cahier spécial des charges ne vise pas cette variation des quantités présumées puisqu'une telle variation est propre au mécanisme des quantités présumées.

La variation que vise la dérogation est en effet celle des prix unitaires appliqués à certains postes.

La SPAQuE, comme toute personne qui agit avec les deniers publics, ne peut en effet se permettre une variation de budget telle que celle qu'engendrerait une variation des prix.

On rappellera que les prix fixés par les soumissionnaires dans le cadre d'un marché de services ne doivent pas répartir leur marge bénéficiaire de manière homogène entre les différents postes de l'inventaire des prestations de sorte que si l'adjudicataire venait à modifier son prix unitaire de tel poste pour y appliquer une marge bénéficiaire plus importante en réduisant la marge d'un autre poste, l'augmentation du coût pourrait s'avérer plus importante.

Interdire une modification du prix unitaire permet aussi de s'assurer que les prix remis par les soumissionnaires, sur base des offres qu'ils ont eux-mêmes reçues de leurs fournisseurs ou sous-traitants, demeureront inchangés quelles que soient les bonnes ou mauvaises surprises qui pourraient éventuellement intervenir, malgré les analyses et études détaillées qui ont permis l'élaboration du cahier spécial des charges.

Dès lors, en justifiant le recours à la dérogation par le caractère incertain des prestations décrites au cahier des charges, l'acte attaqué a dûment procédé à une dérogation dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché considéré.

La SPAQuE ajoute encore :

- qu'il n'est pas avéré et qu'il est formellement contesté qu'il existerait un problème d'estimation des quantités présumées des postes 11.1 et 11.2,
- que l'article 42 du Cahier général des charges est relatif aux marchés de travaux alors que le présent marché est un marché de services,
- et que rien ne lui interdit de travailler avec des prix moyens pour les terres à traiter.

A cet égard, le cahier spécial des charges énonce que : «Le pouvoir adjudicateur tient à préciser que, sauf exception décrite au présent cahier spécial des charges, il n'est pas soumis au RW99» de sorte que les soumissionnaires savaient que le marché ne se référait pas aux postes normalisés repris dans cette nomenclature.

2.2.- S'agissant de la dérogation à l'article 75 du Cahier général des charges, la SPAQuE tient à souligner que, plus que sur n'importe quel autre chantier, il convient que le planning des prestations soit scrupuleusement respecté.

Il est en effet inimaginable que le chantier soit suspendu, par exemple, au cours des prestations d'excavation. En effet, les terres qui ne seraient pas encore excavées auraient alors été remuées et présenteraient un risque considérable de migration de la pollution, notamment par l'avènement de pluie directement sur les noyaux de pollution (formation de marres propices au déplacement des polluants). On rappellera en outre que, suivant la pollution rencontrée, les terres polluées peuvent présenter une odeur particulièrement désagréable qui s'échapperait ainsi librement.

Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que le chantier en cause relève du financement alternatif tel que régi par le fond Marshall 2.vert et que ce fond impose que les dépenses soient engagées pour fin décembre 2012.

Les requérantes semblent cependant confondre urgence et financement. La réhabilitation du site «Carcoke» est une entreprise de longue haleine, débutée en 2003. Si, en soi, la réhabilitation du site ne présente effectivement aucune urgence, l'inscription de budgets spécifiques pour la poursuite de cette réhabilitation impose à la SPAQuE de tout mettre en œuvre afin que les crédits qui lui sont accordés soient ainsi utilisés, faute de quoi elle pourrait ne pas bénéficier d'un même financement ultérieurement.

Au contraire de ce que soutiennent les requérantes, l'étape 3 en est le meilleur exemple. L'étape 3 n'a pas été «suspendue», elle a dû être purement et simplement arrêtée faute de moyens budgétaires. La SPAQuE ne dispose en effet pas de moyens propres suffisants pour mener la campagne de réhabilitation et dépend donc nécessairement des allocations publiques. Or, une fois encore, l'arrêt d'un chantier en cours de réalisation représente un risque de voir la pollution se répandre, même si les mesures sont prises pour limiter cette propagation.

C'est donc bien en raison de circonstances propres au marché considéré que la SPAQuE, par l'édition d'amendes de retard strictes, a entendu imposer à l'adjudicataire un respect strict de son planning.

3.- Les dérogations aux articles 16 et 75 du Cahier général des charges sont donc dûment motivées par le cahier spécial des charges, et cette dérogation ne saurait en rien renforcer une quelconque spéculation qui n'existe pas, comme exposé précédemment.

Il faut en effet souligner que la deuxième branche du troisième moyen des requérantes reposent sur le postulat erroné et non autrement étayé que les quantités présumées des postes 11.1 et 11.2 ne correspondraient pas à la réalité. Tel n'est cependant pas le cas.

Dès lors, il ne peut exister de renforcement d'une quelconque spéculation par les dérogations faites aux articles 16 et 75 du Cahier général des charges, qui sont par ailleurs suffisamment et adéquatement motivées.

Le troisième moyen, en sa seconde branche, n'est dès lors pas sérieux."

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen repose, en ses deux branches, sur le postulat selon lequel les conditions d'attribution et d'exécution du marché seraient de nature à inciter les soumissionnaires à remettre des prix révélant un caractère spéculatif.

Il s'impose, avant tout, de relever que les incertitudes réelles dont se trouve naturellement entouré le marché litigieux, particulièrement à l'égard de certaines des quantités présumées pour lesquelles des prix unitaires sont demandés, ne suffisent pas, à elles seules, à établir que les conditions d'attribution et d'exécution de ce marché sont de nature à favoriser des pratiques de spéculation au détriment des intérêts du pouvoir adjudicateur et des budgets publics.

Il y a lieu, ensuite, de constater que l'intention d'encourager la spéculation n'est nullement établie dans le chef de la partie adverse.

Enfin, si le caractère spéculatif de la demande de prix doit, comme le soutiennent les requérantes, être déduit de ce que l'estimation des quantités présumées des postes 11.1 et 11.2 est entachée d'une erreur grossière, celle-ci est démentie par la partie adverse et n'est pas démontrée à suffisance par les requérantes. Dès lors qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat, et plus encore dans le cadre d'un examen en extrême urgence, de dire quelles quantités présumées auraient dû être annoncées par la partie adverse, l'erreur dénoncée comme révélatrice du caractère spéculatif de la demande de prix n'est pas établie.

Pour ces raisons, le moyen ne peut, en aucune de ses branches, être considéré comme sérieux en tant qu'il critique le cahier spécial des charges et ses annexes.

S'agissant, pour le surplus, des doutes exprimés par les requérantes à l'égard des prix, ou de certains d'entre eux, proposés par la société SITA REMEDIATION, ils ne permettent pas, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, d'examiner si le contrôle exercé sur ces prix a pu raisonnablement autoriser la partie adverse à considérer qu'ils étaient réguliers. Les développements et simulations que contient le moyen sont proposés au soutien de la thèse selon laquelle l'offre de tels prix pourrait être révélatrice d'une pratique de spéculation à raison des conditions particulières du marché, telles que les ont définies le cahier spécial des charges et ses annexes. Dans cette mesure, le moyen critique essentiellement ces documents et ne peut, pour les raisons précédemment exposées, être déclaré sérieux.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme SITA REMEDIATION dans la procédure en référé d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'offre déposée par les parties requérantes et les pièces 17 à 23 du dossier administratif sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 4.

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 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 650 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune, et à la charge de la demanderesse en intervention, à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatre mai deux mille douze par :

M. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.