

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.337 du 11 juillet 2013

G./A. 209.212/VI-19.994

En cause : **1. la société anonyme SITA WALLONIE,**
2. la société anonyme CIMENTERIES C.B.R.,

ayant élu domicile chez
Mes Philippe COENRAETS et
Yves SCHNEIDER, avocats,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles,

contre :

la société publique de gestion de l'eau, en abrégé S.P.G.E.,

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

Partie intervenante :

la société anonyme SHANKS Liège-Luxembourg,

ayant élu domicile chez
Mes Michel DELNOY et Alexandre PIRSON, avocats,
rue Simonon, n° 13,
4000 Liège.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête du 19 juin 2013, la société anonyme SITA WALLONIE et la société anonyme CIMENTERIES C.B.R. sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " la décision du 5 juin 2013 par laquelle le Comité de direction de la partie adverse a décidé d'attribuer le «lot n° 5» relatif au «marché groupé pour le transport et l'élimination ou la valorisation non-agricole des boues produites dans les stations d'épuration publiques en Wallonie» à l'un de ses concurrents, à savoir à la société SHANKS-LIEGE-LUXEMBOURG".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Par une requête introduite le 5 juillet 2013, la société anonyme SHANKS Liège-Luxembourg demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 20 juin 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 8 juillet 2013 à 10 heures 30.

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

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

Me Yves SCHNEIDER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me Virginie DOR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Michel DELNOY et Alexandre PIRSON, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

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

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

III. EXPOSE DES FAITS

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

En février 2013, la partie adverse a initié une procédure de passation, par adjudication publique, d'un marché public de services d'une durée de quatre ans relatif à la location de conteneurs, le transport et l'élimination ou la valorisation non-agricole des boues produites dans les stations d'épuration publiques en Wallonie.

Le lot 5 de ce marché public, dont l'attribution est contestée par le présent recours, portait sur la mise à la disposition de conteneurs et de bennes de semi-remorque spécifiques, l'enlèvement, le transport et l'élimination des boues déshydratées de toutes les stations d'épuration de l'AIDE dont les boues ne sont pas valorisées en agriculture.

Les requérantes et l'intervenante ont déposé, le 18 avril 2013, une offre concernant ce lot 5.

Dans le cadre de la sélection qualitative des soumissionnaires, la partie adverse a demandé à la partie intervenante, le 8 mai 2013, de lui communiquer la preuve d'accès dans les centres de traitement proposés dans son offre, à savoir les centres SOTRAEX et RWE Power. Le cahier spécial des charges prévoyait en effet que, pour démontrer leur capacité technique, les soumissionnaires devaient "fournir les preuves d'accès aux centres de traitement proposés en spécifiant les capacités d'accueil disponibles pour les boues du présent marché".

Le 17 mai 2013, la partie intervenante a transmis à la partie adverse un courrier de la société SOTRAEX du 13 mai 2013 dont il ressort qu'elle traitera, dans le cadre du marché public en cause, les boues livrées par la partie intervenante. La partie intervenante a également communiqué une lettre de la société RWE Power du 14 mai 2013 faisant état de sa prise en charge des boues livrées par la société SHANKS Liège-Luxembourg.

Le 5 juin 2013, la partie adverse a attribué le lot 5 à la partie intervenante. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié aux parties requérantes le même jour.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 5 juillet 2013, la société anonyme SHANKS Liège-Luxembourg demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DU RECOURS

V. 1. Arguments de la partie intervenante

La partie intervenante fait valoir que :

- " L'offre déposée par les requérantes a été transmise à titre confidentiel au Conseil d'Etat.

La requérante en intervention a sollicité des requérantes qu'elles lui transmettent copie de cette offre, ne serait-ce que dans un support adapté qui permette de ne pas porter atteinte à la protection du secret des affaires, pour ce qui concerne les éléments de l'offre qui justifient impérieusement que les données ne soit pas transmises aux concurrents (pièce 16).

Cette demande a fait l'objet d'un refus pur et simple des requérantes (pièce 17).

Dans ce cadre, il n'a pas été possible à la requérante en intervention de vérifier la régularité de l'offre des requérantes. Cet examen est cependant déterminant, puisque pour pouvoir avoir intérêt au recours, les requérantes sont tenues de démontrer, dans le cadre d'une adjudication publique, d'une part, que l'offre en cause était irrégulière et devait être écartée et, d'autre part, qu'elles ont elles-mêmes déposé une offre régulière, par ailleurs la plus basse.

Par conséquent, la requérante en intervention sollicite de pouvoir examiner l'offre des requérantes, ne serait-ce qu'un support adapté à la protection du secret des affaires, et ce, afin de pouvoir vérifier la régularité de l'offre des requérantes et, incidemment, son intérêt à agir.

Subsidiairement, la requérante en intervention invite votre Conseil à procéder à un examen minutieux de la régularité de l'offre des requérantes, afin de s'assurer que celles-ci disposent bien d'un intérêt suffisant à introduire le recours en objet".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a jugé régulière l'offre des requérantes et le Conseil d'Etat n'est pas compétent, dans le cadre du présent recours, pour réformer cette décision de la partie adverse. Le Conseil d'Etat ne peut donc substituer à cette décision de la partie adverse une autre par laquelle il déclarerait l'offre des requérantes irrégulière. Par ailleurs, même si le Conseil d'Etat écartait, en raison de son illégalité, l'application de la décision par laquelle la partie adverse a déclaré régulière l'offre des requérantes, cet écartement n'impliquerait pas qu'une décision décrétant l'irrégularité de cette offre serait substituée à celle écartée.

En conséquence, il n'est pas nécessaire de permettre à la partie intervenante de consulter l'offre des requérantes. En effet, à supposer même qu'elle y détecterait une cause d'irrégularité, il n'appartiendrait pas au Conseil d'Etat de déclarer en lieu et place de la partie adverse cette offre irrégulière.

Dès lors que l'offre des requérantes a été déclarée régulière par la partie adverse et que le Conseil d'Etat ne peut réformer cette décision, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

La requête est donc recevable.

VI. MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

Les requérantes soulèvent un moyen pris "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes de concurrence, de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, des principes de bonne administration et de

non-discrimination, de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, de la violation des articles 69 à 73ter et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics, et plus particulièrement de son article 72, de la violation des articles I.1.3 [et] I.5. du cahier spécial des charges, ainsi que de ses annexes, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elles soutiennent que :

" 11. L'article 72 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, dispose comme suit : «dans les limites des articles 69 à 73ter, le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter».

Sauf dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur limite lui-même sa liberté d'action, par exemple en insérant dans son cahier spécial des charges la mention «sous peine de nullité», le pouvoir adjudicateur peut donc librement inviter les soumissionnaires à préciser et/ou à compléter les pièces justificatives jointes à leurs offres respectives.

Pour la clarté des débats, soulignons d'emblée que les requérantes n'élèvent aucune contestation sur ce point.

Par contre, le pouvoir adjudicateur ne peut pas, par le biais de cette disposition, autoriser un soumissionnaire (i) à compléter son offre en y ajoutant l'engagement d'un ou plusieurs organismes économiques et/ou sous-traitants indispensables à l'exécution du marché en cause ou (ii) à modifier le contenu même de son offre.

S'il le fait, le pouvoir adjudicateur viole en effet les principes et dispositions visées au moyen.

12. En l'espèce, la partie adverse a invité SHANKS à préciser les références qu'elle a invoquées dans son offre pour justifier de sa capacité technique à exécuter le présent marché.

Ces références ayant été mentionnées dans l'offre (a priori), et celles-ci étant relatives à des données objectives et préexistantes au dépôt des offres, il convient d'en déduire que la partie adverse pouvait, sur ce point, inviter SHANKS à préciser ses documents.

13. Il en est toutefois autrement en ce qui concerne «les preuves d'accès aux centres de traitement proposés». Pour rappel, le présent marché a pour objet le transport ainsi que l'élimination ou la valorisation de boues produites dans les stations d'épuration en Wallonie.

[...]

Le présent marché ne porte donc pas uniquement sur la collecte et le transport de déchets, lesquelles sont deux activités qui peuvent être menées par SITA et SHANKS, seuls.

Une partie essentielle du marché porte, en effet, sur l'élimination et la valorisation des déchets collectés :

[...]

Il en résulte que les soumissionnaires étaient non seulement tenus de mentionner et de décrire, dans leur offre, les filières d'élimination et de valorisation auxquels ils ont recours, mais aussi de prouver que ces filières mettraient bien à la disposition du soumissionnaire les moyens et compétences qui sont les leurs en cas d'attribution du marché.

14. A cet égard, relevons que le cahier spécial des charges n'imposait pas aux soumissionnaires de s'associer à une ou plusieurs filières d'élimination.

Le cahier spécial des charges ne requérait pas des soumissionnaires, en effet, qu'ils créent une association momentanée lorsqu'ils ne disposent pas, eux-mêmes, de la compétence et des moyens nécessaires pour éliminer et valoriser les boues collectées et transportées.

Toutefois, les soumissionnaires étaient alors tenus, et c'est le strict minimum, de joindre à leurs offres respectives la preuve de l'engagement de ces filières.

Pour le dire autrement, chaque soumissionnaire était tenu de démontrer au pouvoir adjudicateur que «ses» filières d'élimination mettraient bien à sa disposition les compétences, capacités et moyens requis en cas d'attribution :

[...]

15. En l'espèce, votre Conseil notera que la S.A. SITA WALLONIE ne dispose pas, elle-même, des filières d'élimination et de valorisation requises par le pouvoir adjudicateur.

La S.A. SITA WALLONIE a donc fait le choix de s'associer à la société CBR qui, elle, dispose de ces moyens et compétences.

16. Qu'en est-il, toutefois, de la S.A. SHANKS ?

Il ressort de la décision d'attribution de marché que la société SHANKS ne s'est pas associée, pour le dépôt de son offre, à une ou plusieurs filières d'élimination ou de valorisation.

Il ressort également de cette décision que la société SHANKS n'a joint, à son offre, aucune «preuves d'accès» aux filières d'élimination et de valorisation.

En effet, le pouvoir adjudicateur précise lui-même, dans sa décision d'attribution de marché, que les «preuves d'accès» n'ont pas été jointes à son offre.

Dès l'ouverture des offres, la partie adverse aurait donc dû constater que le soumissionnaire SHANKS ne disposait pas, seul, des compétences et des moyens suffisants que pour pouvoir éliminer et valoriser les boues préalablement collectées et transportées.

[...]

La décision d'attribution de marché ne précise toutefois pas que SHANKS ferait appel à des filières d'élimination en sous-traitance, ni même, le cas échéant, que l'offre de celle-ci contiendrait une preuve d'engagement émanant de ses sous-traitants.

A défaut pour SHANKS d'avoir fourni les «preuves d'accès» demandées, ce soumissionnaire n'a donc produit aucun engagement émanant des filières auxquelles il entend pourtant faire appel.

Dans ces circonstances, le pouvoir adjudicateur aurait dû déclarer, d'emblée, l'offre de SHANKS irrégulière.

La partie adverse ne pouvait pas, en effet, demander à SHANKS de compléter le contenu de son offre en y ajoutant, a posteriori, l'engagement de ces dites filières d'élimination.

17. Pour rappel, la Cour de Justice de l'Union européenne a déjà jugé ce qui suit :

«26. Il résulte tant de l'objet que du libellé de ces dispositions qu'une personne ne peut être écartée d'une procédure de passation d'un marché public de services au seul motif qu'elle entend mettre en œuvre, pour exécuter le marché, des moyens qu'elle ne détient pas en propre mais qui appartiennent à une ou plusieurs entités autres qu'elle-même (voir, dans le même sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt Ballast Nedam Groep I, précité, point 15).

27. Il est donc loisible à un prestataire qui ne remplit pas à lui seul les conditions minimales exigées pour participer à la procédure d'adjudication d'un marché de services de faire valoir auprès du pouvoir adjudicateur les capacités de tiers auxquels il compte faire appel si le marché lui est adjugé.

28. Toutefois, un tel recours à des références extérieures ne peut être admis sans conditions. Il appartient en effet au pouvoir adjudicateur, ainsi que le précise l'article 23 de la directive 92/50, de procéder à la vérification de l'aptitude des prestataires de services conformément aux critères énumérés. Cette vérification a notamment pour objet de donner au pouvoir adjudicateur l'assurance que le soumissionnaire aura effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché.

29. Ainsi, lorsque, pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects, de quelque nature juridique qu'ils soient, il lui appartient d'établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché (voir, en ce sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt Ballast Nedam Groep I, précité, point 17).

30. Il appartient au juge national d'apprécier la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet. Dans le cadre de ce contrôle, la directive 92/50 ne permet ni d'exclure a priori certains modes de preuve ni de présumer que le prestataire dispose des moyens de tiers en se fondant sur la seule circonstance qu'il appartient à un même groupement d'entreprises.

31. Il y a donc lieu de répondre à la question préjudicielle que la directive 92/50 doit être interprétée en ce sens qu'elle permet à un prestataire, pour établir qu'il satisfait aux conditions économiques, financières et techniques de participation à une procédure d'appel d'offres en vue de conclure un marché public de services, de faire état des capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qu'il entretient avec elles, à condition qu'il soit en mesure de prouver qu'il a effectivement la disposition des moyens de ces entités nécessaires à l'exécution du marché. Il appartient au juge national d'apprécier si une telle justification est apportée dans l'espèce au principal.»

(C.J.C.E., 2 décembre 1999C-176/98, Holst Italia SpA/Comune di Cagliari).

La Cour de Justice de l'Union européenne admet donc, pour les marchés de services, qu'un prestataire qui ne remplit pas à lui seul les conditions minimales exigées pour participer à la procédure d'adjudication d'un marché de services puisse faire valoir, auprès du pouvoir adjudicateur, les capacités de tiers auxquels il

compte faire appel si le marché lui est adjudgé (considérant n° 27) pour autant, toutefois, qu'il établisse avoir effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché.

Cette condition fait toutefois défaut dans l'offre de SHANKS.

18. Il faut ajouter, à cet égard, que l'absence d'engagement des personnes censées disposer des compétences non présentes parmi celles ayant signé la soumission ne peut pas, bien entendu, être couverte a posteriori.

Le Conseil d'Etat a en effet jugé ce qui suit :

«L'article 72, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics est libellé comme suit :

'Dans les limites des articles 69 à 73ter, le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter.'

L'usage de la faculté laissée au pouvoir adjudicateur, par l'article 72, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, d'inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter, dans le cadre de la sélection qualitative des soumissionnaires, ne peut l'amener à assouplir les critères de sélection qualitative énoncés dans le cahier spécial des charges, ni permettre aux soumissionnaires concernés de modifier le contenu de leur offre.»

(C.E., 16 mai 2012, S.C.R.L. Quadra Architecture & Management, n° 219.396);

[...]

Le moyen est donc sérieux.

19. En tout état de cause, il faut noter que les «preuves d'accès» exigées par le cahier spécial des charges ont pu librement être obtenues par SHANKS bien après le dépôt de son offre.

Or, le pouvoir adjudicateur ne peut pas, en usant de la faculté qui lui est donnée à l'article 72 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, autoriser un soumissionnaire à produire des documents ou des pièces justificatives qui sont relatives à des faits ou des éléments qui sont postérieurs à la date limite de dépôt des offres.

A défaut, il rompt l'égalité entre les soumissionnaires et fausse la concurrence.

Rien ne permet de s'assurer, en effet, que SHANKS n'a pas obtenu les preuves d'accès aux filières d'élimination et de valorisation mentionnées dans son offre après l'ouverture des offres.

Ceci démontre, une nouvelle fois, que l'irrégularité mise en exergue dans le cadre du présent recours est loin d'être anodine et qu'en invitant SHANKS à compléter son offre sur ce point, le pouvoir adjudicateur a en réalité permis à ce soumissionnaire de modifier le contenu même de son offre.

Votre Conseil ne manquera pas, à cet égard, de suivre l'enseignement tiré de son arrêt en cause de la S.A. CFE, n° 209.782, du 16 décembre 2010, censurant une décision de l'autorité administrative ayant permis à un soumissionnaire de compléter son offre, après l'ouverture de celle-ci, par la production de garanties

bancaires qui n'y figuraient pas initialement et qui, ainsi, avaient pu être obtenues par la suite :

«De verwerende partij was er aldus van op de hoogte dat de tussenkomende partij niet tijdig de vereiste bankwaarborgverbintenis had kunnen krijgen. Doordat zij de tussenkomende partij desondanks heeft toegelaten om alsnog een bankwaarborgverbintenis bij haar offerte te voegen, die pas werd verleend op 1 april 2003, dus bijna twee weken ná de opening van de offertes op 18 maart 2003, heeft de verwerende partij de gelijkheid tussen de inschrijvers miskend.

De tussenkomende partij heeft hierdoor immers de gelegenheid gehad om na de opening van de offertes met financiële instellingen te onderhandelen over het verlenen van deze waarborg. Zoals de verzoekende partij terecht aanvoert, kon de tussenkomende partij deze onderhandelingen voeren vanuit een betere onderhandelingspositie dan de andere kandidaten. Deze laatsten hebben immers hun bankwaarborgen moeten verkrijgen vóór de opening van de offertes, zonder kennis te hebben van de al dan niet gunstige positie van hun offerte ten aanzien van de andere ingediende offertes, en dus zonder een inschatting te kunnen maken van de kans op het daadwerkelijk verwerven van de opdracht. De tussenkomende partij kon daarentegen wel een inschatting maken van de kans dat de opdracht aan haar zou worden toegewezen, welke kans minstens substantieel was te noemen, gelet op het feit dat zij het hoogste bod had uitgebracht voor de aankoop van het gebouw. De verwerende partij heeft dan ook met miskenning van het gelijkheidsbeginsel aan de tussenkomende partij gevraagd om de ontbrekende bankwaarborgverbintenis alsnog voor te leggen. Deze schending van het gelijkheidsbeginsel heeft tot gevolg dat de verwerende partij met toepassing van artikel 14 van het bestek ertoe gehouden was de offerte van de tussenkomende partij uit te sluiten » [...]

On ne saurait mieux dire...

Le moyen unique est sérieux."

Après avoir consulté l'offre de la partie intervenante, les parties requérantes soutiennent qu'elle comporte des informations inexactes. Elles font valoir que la société SOTRAEX n'est pas une filière d'élimination ou de valorisation comme la présente la partie intervenante au point 3.16 de son offre.

Elles ajoutent que : "les documents joints en annexe au point 3.16 de l'offre de SHANKS, et sur lesquels figure la mention inexacte suivante «description filière Sotraex», sont tous relatifs à des installations de valorisation qui appartiennent au groupe HEIDELBERG CEMENT, lequel est actionnaire de la S.A. CIMENTERIES C.B.R. Le four devant servir à l'élimination et à la valorisation des boues appartient en effet à CBR (!!).

Ces documents joints à l'offre de SHANKS, et sur lesquels figure d'ailleurs le nom de leur propriétaire (!!), ont donc été utilisés de manière frauduleuse par SHANKS.

En effet, ni SHANKS ni SOTRAEX ne sont propriétaires des installations décrites dans l'offre de SHANKS et, par ailleurs, ni HEIDELBERG

CEMENT ni la S.A. CIMENTERIES C.B.R. n'ont mis à disposition de SHANKS ou de SOTRAEX l'une ou l'autre de ses installations d'élimination et de valorisation pour le marché en cause et repris sous rubrique.

Nous ne pouvons comprendre, à cet égard, les motifs pour lesquels la SPGE, à la seule vue de ces documents, n'a pas demandé à SHANKS les explications qui s'imposaient. En effet, l'offre de SHANKS ne contient aucun engagement émanant de notre part; et un tel engagement n'existe pas. SHANKS ou SOTRAEX ne pourront donc pas mettre à la disposition de la SPGE nos installations en cas d'attribution du marché à SHANKS."

La partie adverse répond que :

" 1. Éléments de fait

9. Le cahier spécial des charges mentionnait en termes d'exigences de capacité technique ce qui suit :

« Une note d'organisation du déroulement du marché prenant en compte les éléments repris dans l'Annexe III, précisant notamment la logistique d'évacuation des boues mise en place, les moyens mis en œuvre pour respecter les clauses du cahier spécial des charges ainsi que les modalités mises en place pour assurer la traçabilité complète de la filière proposée.

Dans ce cadre, il est notamment demandé aux soumissionnaires de fournir les preuves d'accès aux centres de traitement proposés en spécifiant les capacités d'accueil disponibles pour les boues du présent marché».

Le soumissionnaire Shanks avait fourni la note d'organisation du déroulement de la logistique d'évacuation et avait décrit les centres de traitement qui seraient en charge de l'élimination des boues ainsi que la capacité exprimée en tonnage de chacun d'entre eux. L'offre décrivait (point 3.16) à cet égard le traitement dans les deux centres suivants :

Les filières d'élimination du lot 5 sont celles des lots 3 et 4.

Pour le lot 3, les capacités des centres sont les suivantes :

- Sotraex : 27.000 tonnes
- RWE Power : 75.000 tonnes par site

Pour le lot 4, les capacités des centres sont les suivantes :

- RWE Power : 75.000 tonnes par site

Il n'avait pas fourni de document ad hoc constituant des preuves d'accès à ces centres. Cet élément n'était cependant pas prescrit à peine de nullité ou d'irrégularité de l'offre.

Le soumissionnaire a été interrogé à ce sujet par courrier du 8 mai 2013.

Il a fourni les documents de preuve par courrier du 17 mai 2013.

Il convient de relever que ces documents, émanant des centres en question, correspondent aux centres mentionnés dans l'offre et ne permettent donc pas de modifier celle-ci.

De plus, la capacité de traitement proposée par Shanks était suffisante par rapport au tonnage annuel du lot 5, soit 40.817 de tonnes de matières brutes (TMB).

Dans les faits, le soumissionnaire Shanks a donc la capacité technique pour répondre au marché.

2. Il ne s'agit pas d'une question de régularité mais bien d'une question de sélection qualitative.

10. Les parties requérantes déduisent du fait que le cahier spécial des charges demandait les preuves d'accès à ces filières, le fait que les soumissionnaires étaient obligés de fournir un engagement des filières de traitement, sous peine d'irrégularité de l'offre.

Observons d'emblée que cette demande de preuve était formulée sous le titre sélection qualitative, s'agissant de la capacité technique des soumissionnaires, et n'avait donc pas trait à la régularité de l'offre, et ce d'autant plus que le pouvoir adjudicateur n'avait pas prescrit cette demande à peine d'irrégularité.

Par ailleurs, les filières de traitement ne devaient pas obligatoirement figurer en tant que sous-traitant de l'offre du soumissionnaire. Il s'agit d'un moyen d'exécution, par ailleurs imposé par le cahier spécial des charges. Ces filières devaient être mentionnées dans l'offre et elle l'étaient. S'agissant de la preuve de l'accès à ces filières, il s'agit d'un document demandé dans le cadre de l'appréciation de la capacité technique des soumissionnaires.

C'est donc sous l'angle de la sélection qualitative qu'il convient d'appréhender la question.

La méconnaissance de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est donc invoquée à tort.

3. La possibilité d'inviter des soumissionnaires à compléter leur offre du point de vue des exigences de sélection qualitative.

11. La question de savoir s'il est permis d'inviter un soumissionnaire à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative doit être analysée à la lumière de l'article 72, § 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

L'article 72, § 4, dispose que : «Dans les limites des articles 69 à 73ter, le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter».

La circulaire ministérielle du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative stipule quant à elle en son point 3.6 ce qui suit :

«Il arrive que des candidats ou soumissionnaires ne remettent pas certains, voire même aucun des documents et preuves requis par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier leurs aptitudes. En l'absence de tout document et preuve ou en l'absence d'un grand nombre d'entre eux, le pouvoir adjudicateur peut conclure à l'irrecevabilité des candidatures ou à l'irrégularité des offres ainsi présentées.

Il est cependant plus fréquent que seul tel ou tel document et preuve ne soient pas remis ou soient ambigus ou incomplets. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre attitude en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité. Ce faisant il s'imposera :

(...)

pour ce qui concerne les causes d'exclusion et la capacité économique, financière et technique, d'examiner si les documents déjà remis permettent de porter une première appréciation positive des candidats ou soumissionnaires. Si c'est le cas, le pouvoir adjudicateur pourrait, en vue de renforcer la concurrence, mais sans pouvoir fixer des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues, demander les documents et preuves non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession. Il s'agit d'une possibilité offerte au pouvoir adjudicateur, dont l'utilisation est laissée à sa discrétion, pour autant qu'il respecte le principe d'égalité. Le recours à cette faculté ne donne donc pas un droit à un candidat ou soumissionnaire n'ayant pas correctement prouvé qu'il satisfait aux exigences fixées pour le marché, d'être invité à corriger ses oublis.»

Le pouvoir adjudicateur est donc autorisé à inviter un soumissionnaire à compléter son offre par rapport à la sélection qualitative s'agissant d'un document non remis.

Selon Madame Willemart, dans le respect de certaines limites (cfr. infra), il est permis de compléter des documents de sélection qualitative (même avec des documents non initialement transmis):

«Il me semble qu'une interprétation plus souple (permettre de compléter les documents relatifs à la sélection qualitative) est pourtant compatible avec la lettre de l'article 72, §4, et – surtout – conforme au but de la sélection qualitative et à l'intérêt du pouvoir adjudicateur de disposer de suffisamment d'offres à analyser».

L'Auditeur souligne que ceci est spécialement le cas :

«lorsque, comme en l'espèce, une seule offre paraît complète du point de vue de la sélection qualitative».

Ce raisonnement est encore confirmé par les documents préparatoires qui ont précédé l'adoption du nouvel arrêté royal en matière de passation de marchés publics. On peut en effet y lire, dans le cadre du commentaire de l'article 59 de cet arrêté (qui correspond à l'article 72, §4, actuel pour les marchés de services):

«Il arrive par ailleurs que des candidats ou soumissionnaires ne remettent pas certains, voire aucun, des renseignements ou documents requis par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier leur capacité. En l'absence de tout renseignement ou document ou en l'absence de certains d'entre eux, le pouvoir adjudicateur peut conclure à la non-sélection des candidats ou soumissionnaires. Il est cependant plus fréquent que seul tel ou tel renseignement ou document ne soit pas remis ou soit ambigu ou incomplet. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre attitude en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur :

- devra, pour ce qui concerne la capacité financière et économique, vérifier si le candidat ou le soumissionnaire a justifié qu'il n'était pas en mesure de présenter les références demandées pour prouver sa capacité et s'il demande de pouvoir prouver celle-ci par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur;

- pourra, pour ce qui concerne les causes d'exclusion et les capacités financière, économique, technique et professionnelle, demander les renseignements ou documents non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession, en vue d'élargir la concurrence. Une telle demande ou invitation aura nécessairement lieu à l'égard de tous les candidats ou soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire et, en procédure ouverte, ne porte en aucun cas atteinte au caractère intangible des

offres. En outre, des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues ne pourront pas être fixées».

12. Par conséquent, il est possible (et compatible avec la position de la Cour des comptes) d'inviter les différents soumissionnaires qui n'ont pas remis l'ensemble des documents relatifs à la sélection qualitative à apporter ces documents ultérieurement. Il convient cependant dans ce cadre d'avoir égard aux limites suivantes :

- le pouvoir adjudicateur ne peut pas avoir limité son pouvoir d'appréciation en prescrivant dans le cahier spécial des charges que les différents documents demandés l'étaient à peine de nullité;
- l'invitation des soumissionnaires à déposer des documents complémentaires ne peut pas avoir pour effet de permettre l'assouplissement des critères de sélection qualitative prescrits par le cahier spécial des charges;
- il convient de respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires;
- les documents complémentaires transmis ne peuvent pas permettre au soumissionnaire de modifier le contenu de son offre.

En l'espèce:

- les preuves d'accès n'étaient pas prescrites à peine de nullité;
- l'invitation des soumissionnaires à déposer des documents complémentaires n'a pas eu pour effet de permettre l'assouplissement des critères de sélection qualitative prescrits par le cahier spécial des charges;
- l'égalité entre les soumissionnaires a été respectée;
- les documents complémentaires n'ont pas permis à l'adjudicataire de modifier le contenu de son offre puisque les centres étaient déjà prévus dans l'offre.

L'importance de prévenir une restriction de la concurrence est d'autant plus sensible en l'espèce que l'on se trouve en présence de deux soumissionnaires et que seule la société Sita Wallonie a remis une offre initiale complète dès le départ du point de vue de la sélection qualitative.

13. Les parties requérantes soulignent en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt C-176/98, du 2 décembre 1999) que si un soumissionnaire se fonde sur les références d'une société tierce, il doit être en mesure de prouver qu'il a effectivement la disposition des moyens de ces entités nécessaires à l'exécution du marché.

Ceci n'est pas contesté et a d'ailleurs depuis été intégré dans la législation belge à l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (pour les marchés de services).

La Cour de justice n'indique cependant pas qu'il serait interdit de fournir ces preuves dans le cadre d'un complément de l'offre.

14. L'arrêt du Conseil d'Etat cité par les parties requérantes (C.E., n° 219.396, du 16 mai 2012) ne permet pas non plus d'affirmer que des éléments de preuve de recours à des ressources ne peuvent pas être produits en complément de l'offre. L'arrêt cité par les parties requérantes rappelle les limites citées ci-dessus (interdiction d'assouplir les critères de sélection qualitative et interdiction de modifier le contenu de l'offre). En l'occurrence, celles-ci n'ont pas été franchies de sorte que cet arrêt ne permet pas de conclure au caractère sérieux du moyen.

15. En l'espèce, il est exact que les documents de preuves d'accès datent d'après la remise de l'offre. Ceci n'est cependant pas pertinent dans la mesure où les filières de traitement étaient expressément nommées dans l'offre.

On relèvera à cet égard que l'Auditeur Willemart souligne que la date de l'attestation transmise n'est pas pertinente («peu importe toutefois, à mon sens, la date de l'attestation»).

16. Il n'est par ailleurs pas exact de prétendre que l'offre du soumissionnaire a été modifiée.

Il s'agissait en l'occurrence d'une adjudication, seul le prix entrait en ligne de compte pour la comparaison et celui-ci n'a aucunement été modifié. Par ailleurs, le fait que le soumissionnaire allait utiliser ces centres de traitement-là dans le cadre du marché était déjà indiqué dans l'offre et était donc préexistant. Seule la preuve de ce fait faisait défaut et a été transmise ensuite.

17. L'arrêt du Conseil d'Etat du 16 décembre 2010 cité par les parties requérantes concerne encore un cas sensiblement différent. En effet, dans cette affaire, la partie adverse avait permis à un soumissionnaire de communiquer une garantie bancaire deux mois après le dépôt de son offre. Le Conseil d'Etat a jugé que ce soumissionnaire avait bénéficié d'un avantage car il avait été en meilleure posture que les autres pour négocier cette garantie bancaire. Dans cette affaire, le document communiqué postérieurement au dépôt de l'offre avait en soi un coût et a pu être négocié à un taux différent par le soumissionnaire l'ayant remis plus tard.

En l'occurrence, la preuve d'accès n'a pas en soi un coût. Les prix de ces centres de traitement-là avaient déjà été remis par Shanks dans son offre et ne sont pas modifiés. Les deux situations ne sont donc pas comparables.

18. En l'espèce, face à une offre qui présentait les filières de traitement sans apporter clairement, dans un document spécifique à cet égard, la preuve de l'accès à ces filières, le pouvoir adjudicateur se trouvait devant une alternative :

- soit supposer que, puisqu'un prix avait été remis et un descriptif des filières figurait dans l'offre, le soumissionnaire avait aussi effectivement l'accès à ces filières et, pour lever toute ambiguïté, interroger le soumissionnaire afin qu'il fournisse la preuve en question;
- soit, écarter purement et simplement l'offre en jugeant que malgré la description des filières, le soumissionnaire n'avait probablement pas accès à ces filières de traitement et en tout cas n'en apportait pas la preuve.

Il convient à cet égard de rappeler la ratio legis des documents demandés au stade de la sélection qualitative et en particulier, de la capacité technique. Ces documents doivent permettre d'apprécier si les soumissionnaires sont capables techniquement d'exécuter le marché.

Il importe de relever que la seconde solution de cette alternative aurait limité la concurrence. Ce qui n'est pas l'objectif des procédures de marchés publics.

En l'occurrence, les filières étaient décrites. Shanks est d'ailleurs l'actuel prestataire pour le site d'Oupeye. Les documents de preuve ne font que confirmer un fait établi. Ils ont été demandés pour lever toute ambiguïté.

A cet égard, on peut d'ailleurs imaginer que si le pouvoir adjudicateur n'avait pas interrogé Shanks et avait purement et simplement écarté l'offre du soumissionnaire, ce dernier aurait pu lui reprocher de ne pas avoir respecté le principe de proportionnalité et de bonne administration à son égard.

En effet, dans une affaire du 27 septembre 2002, il a déjà été jugé par le tribunal de première instance de l'Union européenne que :

«Dans le présent contexte, il convient également de rappeler que le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis et que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante (arrêt de la Cour du 5 mai 1998, National Farmers' Union e.a., C-157/96, Rec. p. I-2211, point 60).

(...)

Dans ces circonstances, le principe de bonne administration exigeait du comité d'évaluation qu'il lève l'ambiguïté en cause en demandant des précisions sur la période de validité de l'offre de la requérante.

De plus, pour ce qui concerne le principe de proportionnalité, il convient de constater que, dans la présente espèce, le comité d'évaluation, confronté à l'offre ambiguë de la requérante, avait le choix entre deux manières d'agir, l'une comme l'autre ayant assuré la sécurité juridique visée au point 34 ci-dessus, à savoir le rejet pur et simple de l'offre ou l'invitation de la requérante à fournir des précisions. Étant donné que, comme il a été indiqué au point 41 ci-dessus, il était vraisemblable que l'offre était effectivement destinée à rester valable pendant 90 jours à compter du 11 juin 2002 jusqu'au 9 septembre 2002 comme l'exigeait le point 8.1 des instructions aux soumissionnaires et que la requérante aurait été tenue de fournir, dans les 24 heures, toutes les précisions réclamées de manière que la procédure d'appel d'offres, prise dans son ensemble, ne subisse qu'une interruption et un retard minimes, il y a lieu de constater que la décision du comité d'évaluation de rejeter l'offre sans demander de précisions concernant la période de validité qu'elle était censée avoir est clairement disproportionnée et qu'elle est donc entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

(...)

Au vu de ce qui précède, il apparaît que le comité d'évaluation a commis une erreur manifeste d'appréciation en omettant d'exercer son pouvoir de demander à la requérante de fournir des précisions conformément au point 19.5 des instructions aux soumissionnaires».

Il eut en l'espèce très probablement été contraire aux principes de bonne administration et de proportionnalité d'écarter le soumissionnaire Shanks pour cause d'absence de preuve de l'accessibilité aux sites de traitement par ailleurs mentionnés dans son offre."

La partie intervenante rejoint l'argumentation de la partie adverse.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Le moyen contenu dans la requête

Le cahier spécial des charges prévoyait que, pour démontrer leur capacité technique, les soumissionnaires devaient "fournir les preuves d'accès aux centres de traitement proposés en spécifiant les capacités d'accueil disponibles pour les boues du présent marché".

La production de ces preuves n'était pas prescrite à peine de nullité de l'offre. La partie adverse n'était donc pas tenue, en application du cahier spécial des charges, d'écarter l'offre de la partie intervenante pour le seul motif que les preuves exigées n'étaient pas jointes à son offre.

Par ailleurs, la partie intervenante avait mentionné dans son offre les deux centres de traitement auxquels elle aurait recours pour l'exécution du marché. La partie adverse pouvait donc lui demander, en vertu de l'article 72 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, de produire la preuve de ce qu'elle avançait dans sa soumission.

En formulant une telle demande, la partie adverse n'a pas permis à la partie intervenante de modifier son offre, ni assoupli les critères de sélection qualitative.

En effet, en produisant cette preuve après le dépôt des offres, la partie intervenante n'a fait que confirmer en tous points son offre. Elle a établi qu'elle pourrait, comme elle le mentionnait dans sa soumission, éliminer les boues par le biais des sociétés SOTRAEX et RWE Power. En particulier, la production de cette preuve, après le dépôt des offres, n'a nullement influé, dans le cadre de la procédure d'adjudication concernée, sur le prix de l'offre.

Quant à l'arrêt n° 209.782, cité par les requérantes, il n'apparaît pas pertinent en l'espèce. Effectivement, contrairement aux circonstances de cette affaire, la partie adverse n'a pas discriminé les soumissionnaires en permettant à l'un d'eux de répondre postérieurement à l'ouverture des offres à l'une des conditions qui devaient être remplies au moment de celle-ci.

Présentement, la partie adverse a seulement permis à la partie intervenante de prouver postérieurement à l'ouverture des offres qu'elle satisfaisait, dès leur ouverture, à l'une des conditions requises. Or, en produisant les courriers des sociétés SOTRAEX et RWE Power, la partie intervenante a apporté cette preuve.

Le moyen n'est donc pas sérieux.

B. Les critiques nouvelles

Il ressort *prima facie* de l'offre de l'intervenante qu'elle livrera les boues à la société SOTRAEX pour assurer leur élimination et que celle-ci procèdera à cette élimination en recourant à des installations appartenant à la société HEIDELBERGCEMENT.

Certes, les requérantes soutiennent que la société HEIDELBERGCEMENT est actionnaire de la société CIMENTERIES C.B.R. Toutefois, elles ne démontrent nullement qu'en raison de ce lien d'actionnaire, la société HEIDELBERGCEMENT ne pourrait permettre l'utilisation de ces installations par la société SOTRAEX sans l'accord de la société CIMENTERIES C.B.R. De même, elles n'établissent pas que la société HEIDELBERGCEMENT aurait refusé que la société SOTRAEX traite des boues livrées par l'intervenante dans ces installations.

Enfin, les requérantes ne prouvent pas que les installations d'élimination des boues utilisées par la société SOTRAEX appartiendraient à la société CIMENTERIES C.B.R. et non à la société HEIDELBERGCEMENT.

Les requérantes n'établissent donc pas que l'intervenante aurait fait état de façon inexacte dans son offre de sa capacité à éliminer les boues en recourant à la société SOTRAEX qui les élimine en utilisant les installations de la société HEIDELBERGCEMENT. Elles ne démontrent pas davantage que la société SOTRAEX ne pourrait être qualifiée de filière d'élimination. En effet, elles ne prouvent pas que, contrairement à ce qui est exposé dans l'offre de l'intervenante, la société SOTRAEX n'est pas en mesure d'éliminer les boues en utilisant les installations de la société HEIDELBERGCEMENT.

A cet égard, au contraire de ce que les requérantes ont soutenu à l'audience, c'est à elles de démontrer l'exactitude de leurs affirmations et non à la partie intervenante d'établir leur inexactitude.

Les critiques nouvelles ne sont donc pas sérieuses.

VII. CONFIDENTIALITE

VII. 1. Arguments des parties

Les requérantes font valoir que : "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 (article 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993)".

La partie adverse indique que :

- " La partie adverse dépose une copie des offres des deux soumissionnaires à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 65/10 et 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à

l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Ces offres sont couvertes par le secret des affaires et leur confidentialité s'impose de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (article 65/26 précité) et à une concurrence loyale entre les entreprises (article 65/10).

En effet, à ce stade de la procédure, si Votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que la partie adverse devait, le cas échéant, recommencer une procédure d'attribution, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Il convient donc d'éviter que les offres des compétiteurs soient accessibles à chacun des soumissionnaires, ce qui aurait pour conséquence d'altérer la concurrence dans le cadre de ce marché et de futurs marchés dans ce secteur d'activités."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Pour les motifs exposés lors de l'examen de la recevabilité du recours, il ne se justifie pas de permettre à la partie intervenante de prendre connaissance de l'offre des requérantes. 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 porter les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, à la connaissance des parties, il convient d'office de les soustraire, à ce stade, à leur consultation afin de préserver le secret des affaires.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme SHANKS Liège-Luxembourg dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, sont soustraites, à ce stade de la procédure, à la connaissance 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 475 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 237,5 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le onze juillet deux mille treize par :

M. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^{me} Florence VAN HOVE, Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Florence VAN HOVE.

Yves HOUYET.