

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.388 du 11 février 2014

G./A.211.054/VI-20.104

En cause : **1. la société anonyme WATERLEAU GROUP,**
2. la société anonyme FRANKI,
ayant formé une société momentanée,

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

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée association
intercommunale de traitement des déchets liégeois, en abrégé
INTRADEL,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

Parties intervenantes:

1. la société anonyme STRABAG BELGIUM,
2. la société de droit allemand STRABAG
UMWELTANLAGEN,
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Mes Frank JUDO et Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 17 décembre 2013, la société anonyme WATERLEAU GROUP et la société anonyme FRANKI, ayant formé une société momentanée, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" la décision du 28 novembre 2013 prise par le Conseil d'administration de l'INTRADEL par laquelle il déclare irrégulière l'offre qu'elles ont déposée dans le cadre du marché public de travaux portant sur la conception et l'exécution de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et par laquelle il attribue le marché à un autre soumissionnaire.
Les motifs de l'irrégularité de leur offre ont été notifiés aux parties requérantes par pli recommandé et par courriel du 2 décembre 2013.
La décision du 28 décembre 2013, qui n'a pas été communiquée en tant que telle aux parties requérantes, forme l'acte attaqué".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 19 décembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 23 janvier 2014 à 10 heures 30.

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

La société anonyme STRABAB BELGIUM et la société de droit allemand STRABAG UMWELTANLAGEN, ayant formé une société momentanée, ont, par une requête introduite le 21 janvier 2014, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Mes André DELVAUX, Renaud SIMAR et Nathanaëlle MICHEL, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour la partie adverse et Mes Frank JUDO et Aurélien VANDBURIE, avocats, comparaisant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. RECEVABILITE

III. 1. Thèse des parties adverse et intervenantes

Les parties adverse et intervenantes soulèvent une exception d'irrecevabilité de la requête.

Elles soutiennent, en substance, que la décision attaquée concluant à l'irrégularité technique de l'offre des requérantes est fondée sur trois irrégularités substantielles et plusieurs irrégularités relatives faisant obstacle à la comparaison des offres, que l'extrait du rapport les contenant leur a été transmis le 2 décembre 2013 lorsque l'autorité adjudicatrice leur a communiqué les extraits pertinents de la décision motivée d'attribution, que "diverses irrégularités non substantielles" sont clairement identifiées à côté des trois irrégularités substantielles, que le rapport d'attribution indique en outre que l'addition de ces irrégularités non substantielles fait obstacle à la comparaison des offres et que ceci est conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Elles font valoir que la critique des requérantes est limitée aux seules irrégularités absolues au sens strict, qu'autrement dit, les requérantes ne contestent pas les irrégularités relatives épinglées dans le rapport d'attribution, ni le fait que celles-ci empêchent de comparer leur offre "aux autres à la fois pour l'option 1 et au niveau qualité des équipements pour reprendre les termes du rapport d'attribution", que les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat énoncent que les différents recours pouvant être introduits devant la section du contentieux administratif doivent l'être par une partie "justifiant d'une lésion ou d'un intérêt", que, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'intérêt d'un soumissionnaire évincé "à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même", que c'est en considération de cette jurisprudence constante que le Conseil d'Etat estime "qu'en principe, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière n'a pas intérêt à contester la légalité de la décision d'attribution du marché litigieux, sauf à démontrer, soit que sa soumission était régulière, soit que celle de l'adjudicataire était irrégulière", ou encore qu'aucun soumissionnaire n'aurait pu régulièrement se voir attribuer le marché, que si un tel requérant échoue dans l'une de ces démonstrations, son recours est déclaré irrecevable. Il s'ensuit, selon les parties adverse et intervenantes, que dès lors que les requérantes ne contestent pas toutes les irrégularités techniques dont sont entachées leur offre, elles n'ont aucun intérêt à contester seulement certaines d'entre elles, qu'en effet, à supposer que tous leurs griefs soient fondés, ils seraient impuissants à supprimer les irrégularité non contestées. Autrement dit, dans le cas d'espèce, les requérantes ne sont pas en mesure de "retrouver au moins une chance de se voir attribuer le marché" et que leur recours doit donc être rejeté pour défaut d'intérêt à agir.

III. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée est rédigée en ces termes pour ce qui concerne les parties requérantes :

" a) Régularité des offres, régularité des prix et sélection qualitative.
L'examen de l'acte d'engagement et de ses pièces annexes, ainsi que les réponses formulées par les soumissionnaires, conclut à la régularité administrative des quatre offres et à leur recevabilité sur base des critères de sélection qualitative.

b) Régularité technique des offres

i. Les offres de FAB, VINCI, et STRABAG sont jugées conformes techniquement.

ii. Concernant WATERLEAU :

La question n° 27 visait à justifier l'absence d'hygiénisation sur le digestat qui by-pass le sécheur (pas d'équipement d'hygiénisation sur le schéma de procédé et dans le descriptif).

Le CSC demande en 7^{ème} partie art.3.2 de la section 3 et en 9^{ème} partie art.4.2.2 c) la production d'un digestat hygiénisé satisfaisant les normes reprises au CSC. L'art.8 de la 11^{ème} partie du CSC demande de joindre dans l'offre un schéma de procédé de la déshydratation du digestat.

WATERLEAU joint à sa réponse un nouveau schéma de procédé D-5aP qui modifie et corrige de manière substantielle celui de l'offre initiale. En effet, le nouveau schéma D-5aP présente un échangeur à chaleur qui n'existe pas sur le schéma initial de l'offre.

Conclusion :

La question visait le respect d'un caractère fondamental de la prescription du CSC : l'hygiénisation du digestat sortant d'Herstal.

Il résulte de la réponse de WATERLEAU que l'hygiénisation du digestat by-passant le sécheur n'est pas prévue dans l'offre initiale, ni aucune autre méthode permettant d'atteindre les performances exigées par le CSC. Il s'agit d'une irrégularité substantielle qui ne peut être couverte à l'occasion d'une réponse à une demande de précision de la teneur de l'offre.

La question n° 10 visait à vérifier la présence d'une cuve de stockage de digestat avant le séchage.

Sur son nouveau schéma D-5aP, WATERLEAU représente le stockage tampon amont de digestat frais et précise également que ce stockage n'est plus de 100m³ comme repris dans son offre initiale mais passe à 30 m³.

Le stockage de 100 m³ permet une autonomie de stockage d'un jour et demi, légèrement inférieure à l'autonomie de 2 jours telle que demandée au CSC (cf.art.3.2 de la section 3 en 7^{ème} partie). Une réduction à 30m³ aggrave le déficit de performance.

Conclusion

La question visait à vérifier la présence d'une cuve de stockage de digestat, imposée par le CSC (stockage tampon en amont du sécheur pour 2 jours de production de digestat).

Il résulte dans la réponse que cette cuve n'était pas présente dans l'offre initiale et que pour pouvoir l'intégrer WATERLEAU a réduit la capacité et dès lors ne satisfait plus à la prescription du CSC. Il s'agit d'une irrégularité substantielle.

La question n° 28 visait à confirmer le mode et l'autonomie de stockage du digestat séché avant son transfert vers Jeneffe et de justifier la présence de la pelletiseuse sur le schéma D-5P.

Il s'agissait de lever la discordance entre le schéma de process (un seul conteneur et une pelletiseuse), le plan Lay out (2 conteneurs) et le descriptif de l'offre.

WATERLEAU répond qu'il y a erreur sur les schéma de process et dans l'offre. Le schéma révisé D-5aP supprime la pelletiseuse et corrige le stockage aval du digestat en ajoutant un transporteur réversible pouvant alimenter 2 conteneurs. La réponse précise que l'autonomie de stockage est de 7,4h/conteneur (= 12 tonnes de produit). Il en résulte qu'une autonomie de 2 jours est impossible même en présence de deux conteneurs.

Conclusion

La question visait à vérifier si l'autonomie de stockage de 2 jours pour le digestat séché était respectée (prescription du CSC de l'art.3.4 section 3 de la 7^{ème} P.)

Dans sa réponse, WATERLEAU démontre que son offre, annonçant une autonomie de stockage de 2 jours, est impossible. Il s'agit d'une irrégularité substantielle.

Outre ces irrégularité substantielles, nous relevons diverses irrégularités (non substantielles) dont notamment un manque de renseignements pour l'option 1 (pas de bilan masse, pas de bilan hydrique, pas de bilan énergétique, pas de capacité de traitement explicite) et des carences dans la description des équipements. L'addition de ces irrégularités ne permet pas de comparer l'offre aux autres à la fois pour l'option 1 et au niveau qualité des équipements.

Le pouvoir adjudicateur considère l'offre de WATERLEAU comme irrégulière d'un point de vue technique et ne sera pas cotée.

iii. En conclusion, les offres de FAB, VINCI et STRABAG sont jugées recevables, régulières et conformes et ont été analysées selon les critères d'attribution précisés dans le CSC."

Pour ce qui concerne, l'éventuelle irrégularité de l'offre retenue, l'arrêt n°226.387 de ce jour (affaire G./A. 211.042/VI.20.102) a rejeté la demande de suspension de l'exécution de la décision attribuant le marché litigieux.

Pour le reste, les parties requérantes ne contestent pas qu'ainsi qu'il est indiqué dans la décision attaquée, "l'addition de ces irrégularités ne permet pas de comparer (leur) offre aux autres à la fois pour l'option 1 et au niveau qualité des équipements". En outre, il apparaît d'un simple examen des documents, que les parties requérantes ont bien modifié leur offre, en tout cas, pour ce qui concerne les données volumétriques de la cuve tampon, à propos de laquelle elles ont été interrogées par la partie adverse (question n° 10).

Dans ces conditions, il y a lieu d'accueillir l'exception.

IV. CONFIDENTIALITE DES SOUMISSIONS

Les parties requérantes ne demandent pas le traitement confidentiel de leur soumission.

La partie adverse demande cependant le traitement confidentiel de certaines pièces du dossier administratif reprises à l'inventaire ainsi que de l'ensemble des soumissions déposées.

Les parties intervenantes demandent que leur soumission bénéficie de la confidentialité.

A ce stade de la procédure, il y a lieu de maintenir le caractère confidentiel des pièces citées et de l'ensemble des soumissions.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société STRABAG BELGIUM et la société de droit allemand STRABAG UMWELTANLAGEN, ayant formé une société momentanée, est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

A ce stade de la procédure, est maintenue la confidentialité des offres déposées par les parties ainsi que des pièces suivantes du dossier administratif

- fardes II "Correspondance échangée entre INTRADEL et les soumissionnaires potentiels (après le dépôt et l'ouverture des offres) pièces1), pièce 18) et pièce 65)
- farde III "Correspondance échangée entre INTRADEL et les soumissionnaires (après le dépôt et l'ouverture des offres).

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 600 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 300 euros chacune.

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

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.