

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 231.122 du 5 mai 2015
A.212.456/XII-7660

En cause : la S.A. ACLAGRO,
assistée et représentée par
Mes Carlos De Wolf et Anthony Verheggen, avocats,
ayant leur cabinet à 9680 Maarkedal,
Etikhovestraat 6
où il est fait élection de domicile

contre :

la RÉGION FLAMANDE,
assistée et représentée par
Mes Karel Van Hoorebeke et Rebecca Denys, avocats,
ayant leur cabinet à 9000 Gand,
Coupure Rechts 162
où il est fait élection de domicile

I. Objet du recours

1. Le recours, introduit le 9 mai 2014, vise l'annulation de la décision de l'Agence des routes et de la circulation de Flandre orientale du 9 octobre 2013 attribuant le marché public de travaux « Erpe-Mere – N9 – Gentsesteenweg N46 – Oudenaardsesteenweg N442 – Leedsesteenweg (Vijfhuizen) » à la S.P.R.L. Norré-Behaegel ainsi que de la décision de refus implicite d'attribuer le marché à la S.A. Aclagro.

II. Déroulement de la procédure

2. La partie défenderesse a déposé un mémoire en réponse et la partie requérante a déposé un mémoire en réplique.

M. Jos Stevens, premier auditeur, a rédigé un rapport.

La partie requérante et la partie défenderesse ont déposé un dernier mémoire.

Les parties ont été convoquées à l'audience, qui s'est tenue le 28 avril 2015.

M. Pierre Barra, conseiller d'État, a fait rapport.

Me Els Gypen, avocat, *loco* Mes Carlos De Wolf et Anthony Verheggen, avocats, qui comparaît pour la partie requérante, et Me Rebecca Denys, avocat, qui comparaît en son nom propre et *loco* Me Karel Van Hoorebeke, avocat, pour la partie défenderesse, ont été entendus.

M. Luc Vermeire, premier auditeur, a donné un avis.

Il a été fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, énoncées au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Les faits

3.1. La partie défenderesse lance un marché public de travaux ayant pour objet la suppression et le réaménagement d'un certain nombre de carrefours dangereux, y compris notamment d'évacuations, de pistes cyclables, de sentiers pour piétons et de plantations. Le mode de passation est l'adjudication publique.

La valeur du marché est estimée à 2.849.007,50 euros, hors T.V.A.

Le marché est publié dans le Bulletin des Adjudications du 11 mars 2013.

Le cahier spécial des charges portant référence 1M3D8H/13/12. 2 s'applique.

3.2. Douze offres sont déposées. L'offre de la S.P.R.L. Norré-Behaegel d'un montant de 2.597.732,67 euros, T.V.A. comprise, constitue l'offre la plus basse, suivie par celle de la partie requérante d'un montant de 2.666.893,39 euros, T.V.A. comprise.

3.3. La partie défenderesse demande à la S.P.R.L. Norré-Behaegel de justifier ses prix pour les postes 12, 21.1, 21.2, 43, 47, 70.6, 91.2, 98.4, 107.1, 108, 114.1, 129.1, 136.6, 147, 148, 151, 180.5 et 272.

Dans sa lettre du 31 mai 2013, la S.P.R.L. Norré-Behaegel justifie ses prix à la partie défenderesse.

La partie défenderesse requiert de la S.P.R.L. Norré-Behaegel une seconde justification, et ce pour les postes 42 et 145.

Par lettre du 26 juin 2013, la S.P.R.L. Norré-Behaegel répond à la demande de la partie défenderesse en lui communiquant une seconde justification des prix.

La partie défenderesse sollicite ensuite l'avis de la section Support technique général (ci-après : STG) qui est rendu dans une note du 10 juillet 2013. Dans cette note, le STG estime que la justification donnée est suffisante.

3.4. Le 9 septembre 2013, le rapport d'attribution est établi et il est proposé d'attribuer le marché à la S.P.R.L. Norré-Behaegel, le soumissionnaire régulier le moins disant.

En ce qui concerne le « contrôle financier de l'offre la plus basse », ce rapport mentionne en gras les postes pour lesquels une justification de prix a été demandée :

« 5.1. Prix total de la soumission

Comparaison du prix de la soumission la plus basse avec l'estimation et la moyenne selon l'art. 110, § 4

- Moyenne selon l'art. 110, § 4 : 2.329.130,65 8 (hors T.V.A.)

- Estimation : 2.849.007,50 8 (hors T.V.A.)

- Soumission la plus basse : 2.146.586,50 8 (hors T.V.A.)

• La moyenne selon l'art. 110, § 4 - A.R. 08.01.1996, est inférieure de 18,25% à l'estimation.

• La soumission la plus basse est inférieure de 24,65 % à l'estimation et de 7,84 % à la moyenne selon l'art. 110 § 4 - A.R. 08.01.1996.

Conclusions

• Le montant du soumissionnaire le moins disant se situe dans les 15 % de la valeur limite par rapport à la moyenne des soumissionnaires et à l'estimation.

5.2. Prix unitaires

Comparaison des prix unitaires des soumissionnaires par rapport à la moyenne arithmétique

Le projet comprend 573 postes. Chaque poste représente en moyenne 0,17 % de l'adjudication totale.

Pour la vérification des prix apparemment anormaux, nous considérons les postes dont le prix total excède l'évaluation de 0,17 %, à savoir € 4.843,31. Ces postes figurent en hachuré dans l'annexe 6.

Les prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel sont évalués comme suit :

Cas A : l'écart des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel par rapport à l'estimation est compris dans une marge de + ou - 15 % et ces prix sont considérés comme normaux.

Cas B : l'écart comparé à l'estimation des deux des trois soumissionnaires les moins disants, dont la S.P.R.L. Norré-Behaegel, est compris dans une marge de 15 % et ces prix sont eux aussi considérés comme normaux.

Cas C : Ces prix nécessitent un examen approfondi

Cas A : postes [...].

Cas B : postes [...].

Cas C : postes 3, 12, 17, 18.1, 21.1., 21.2, 43, 47, 63, 91.2, 98.4, 107.1, 114.1, 129.1, 136.6. 145, 172.1, 180.5, 259, 272

Examen des postes - Cas C

Poste 3:

Le prix de la soumission est supérieur à l'estimation de 66,67%. Les prix de la soumission des deuxième et troisième soumissionnaires sont inférieurs à l'estimation, de 3,63 % pour l'un et de 41,67 % pour l'autre. La police TRC dépend des autres activités de l'entrepreneur ainsi que d'éventuels sinistres et accidents du passé. Le prix unitaire est admis.

Poste 12:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Poste 17 :

Le prix de la soumission est inférieur de 70,00% à l'estimation. Les prix de la soumission des deuxième et troisième soumissionnaires sont inférieurs à l'estimation, de 89,60 % pour l'un et de 98,00 % pour l'autre. Le prix unitaire dépend de l'affectation de machines et de personnel propres ou de la sous-traitance. Le prix peut par conséquent être considéré comme normal.

Poste 18.1:

Le prix de la soumission est inférieur de 33,33% à l'estimation. Les prix de la soumission des deuxième et troisième soumissionnaires se situent l'un à hauteur de 63,67% en deçà de l'estimation, l'autre à concurrence de 13,33% au delà de celle-ci. Les travaux ont été clairement définis (poste SB250). Il ne saurait y avoir de motif de discussion ultérieure sur le prix. Le prix peut dès lors être considéré comme normal.

Poste 21.1:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Le rendement estimé est élevé, assurément dû à la proximité de diverses conduites d'utilité publique. Le prix unitaire mentionné l'est cependant par mètre courant, excluant de ce fait toute discussion au cours de la phase d'exécution.

Le prix unitaire est dès lors admis.

Poste 21.2 :

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Poste 43 :

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 : ce poste n'appelle plus d'autres observations.

Poste 47 :

Le prix de la soumission est inférieur de 68% à l'estimation. Les prix de la soumission des deuxième et troisième soumissionnaires sont

inférieurs à l'estimation, l'un de 48% et l'autre de 88%. Le prix de la soumission se situe ainsi parmi les autres soumissions, les travaux ont été surestimés. Le poste est bien défini (poste SB250) et ne saurait entraîner de discussions au sujet des travaux. Le prix unitaire est admis.

Poste 63 :

Le prix de la soumission est supérieur de 34,12% à l'estimation. Les prix de la soumission des deuxième et troisième soumissionnaires sont supérieurs de 85,18% et de 7,65% à l'estimation. Les travaux ont été bien définis (poste SB250). Ils ne peuvent donner lieu à des discussions ultérieures au sujet du prix. Le prix peut dès lors être considéré comme normal.

Poste 91.2:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

L'entrepreneur fait mention dans la justification des prix (ainsi que dans l'annexe) du placement d'une conduite en béton armé d'un diamètre de 400 mm. Le poste en question concerne l'aménagement de conduites en béton renforcé de fibres d'acier, série 135, d'un diamètre de 400 également. Les travaux et rendements sont ainsi comparables.

Le prix unitaire est dès lors admis.

Poste 98.4 :

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Poste 107.1 :

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Ce poste n'appelle plus d'autres observations.

Poste 114.1 :

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

La justification des prix de l'entrepreneur se fonde pour partie sur un diamètre de 700 mm alors que le projet n'en fait pas état. Le calcul de l'entrepreneur est correct.

Vu la faible différence de prix entre un diamètre de 600 et 700 mm, le prix unitaire peut être considéré comme normal.

Poste 129.1:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Le prix unitaire donné par le fournisseur concerne celui d'une taque d'égout ayant une classe de résistance D400, alors que le poste a trait à une taque d'égout d'une classe de résistance C250.

Vu la faible différence de prix entre les deux classes de résistance, le prix unitaire peut être considéré comme normal.

Poste 136.6:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Ce poste n'appelle plus d'autres observations.

Poste 145 :

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 27/06/2013 :

La justification des prix englobe la livraison, le placement et l'enlèvement de filtres à air et à eau et la livraison de charbon actif.

Ce poste n'appelle plus d'autres observations.

Poste 172.1 :

Le prix de la soumission est inférieur de 30,00% à l'estimation. Les prix de la soumission des deuxième et troisième soumissionnaires sont inférieurs à l'estimation, l'un de 49,60%, l'autre de 47,50%. Le prix unitaire du soumissionnaire se situe entre l'estimation et les prix des deuxième et troisième soumissionnaires. Les travaux ont été bien définis (post SB250). Il ne saurait y avoir de motif de discussion ultérieure sur le prix. Le prix peut dès lors être considéré comme normal.

Poste 180.5:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Ce poste n'appelle plus d'autres observations.

Poste 259:

Compte tenu du fait qu'aux termes du 8-1.2, les frais pour les bordures de trottoirs en béton préfabriquées ont été intégrés dans trois sous-postes (par exemple, 259, 261.1, 261.2), le total de ces postes pour les trois soumissionnaires les moins disants donne comme résultat :

Estimation: 18.425,00 €

S.P.R.L Norré-Behaegel. 18.790,00 € + 1,98%

S.A. Aclagro 18.963,00 € + 2,94%

S.A. Lareco-Bornem 19.850,00 € + 7,73%

Nous en venons à la conclusion que les prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel relèvent du cas A.

Poste 272:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Ce poste n'appelle plus d'autres observations.

Examen des postes justification supplémentaire

Poste 42:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 27/06/2013 :

L'entrepreneur justifie les prix pour le poste en se basant sur l'offre de De Bree. L'offre se fonde sur le rachat et le traitement de terres avec le code 000.

Le poste 42 concerne les actes qui sont identiques au poste 108; l'entrepreneur prévoit cependant de faire exécuter le traitement à un autre endroit (De Bree au lieu de RECYCLING). Le prix unitaire est toutefois identique pour les deux numéros de poste. Bien que l'on saisisse moins aisément le traitement des terres excavées dont il est question dans ce poste, ces terres devront elles aussi éventuellement être dépolluées, ce qui est compris dans le coût indiqué par De Bree. Ce point ne saurait donner lieu à des discussions durant la phase d'exécution.

Le prix unitaire est dès lors admis.

Poste 108:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Le coût de la prise d'échantillon est une hypothèse de l'entrepreneur. L'entrepreneur part du principe qu'il y aura lieu de dépolluer les terres, ce qui a pour effet d'exclure toute discussion en cours d'exécution quant au fait de savoir ce qu'il y a lieu de faire des terres. L'entrepreneur n'y a pas inclus les frais de mise en décharge après la dépollution des terres. Le prix unitaire doit également englober la mise en décharge.

Ce point n'est pas susceptible d'entraîner des discussions durant la phase d'exécution.

Le prix unitaire est dès lors admis.

Poste 147:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Ce poste n'appelle plus d'autres observations.

Poste 148:

Voir la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel du 31/05/2013 :

Ce poste n'appelle plus d'autres observations ».

3.5. Le 9 octobre 2013, la partie défenderesse décide d'attribuer le marché à la S.P.R.L. Norré-Behaegel « eu égard aux motifs découlant de l'examen et de l'appréciation ». Il s'agit de la première décision attaquée.

Par lettre recommandée du 19 mars 2014, il est communiqué à la partie requérante que son offre n'a pas été retenue. Le rapport d'attribution, sans les annexes, est joint.

Par lettre du 27 mars 2014, la partie requérante demande à obtenir une copie de la décision finale d'attribution de même qu'un complément d'information sur la vérification des prix ainsi qu'à connaître les motifs de l'acceptation de la justification des prix fournie par la S.P.R.L. Norré-Behaegel. La partie requérante rappelle sa lettre le 10 avril 2014.

IV. Recevabilité du recours

Point de vue des parties

4. La partie défenderesse soulève que le recours, en ce qu'il est dirigé contre la décision de refus implicite d'attribuer le marché à la partie requérante, n'est pas recevable. Certes la partie requérante a déposé la seconde offre la plus basse mais « il n'est nullement établi que l'offre de la partie requérante est régulière ». La partie défenderesse n'a en effet pas examiné la régularité des prix unitaires de la partie requérante; elle ne l'a pas fait parce que, pour des motifs d'efficacité, elle n'a posé pareilles questions qu'au soumissionnaire le moins disant. Il ressort toutefois de l'avis du STG que l'offre de la partie requérante comprend des prix unitaires pour lesquels il existe une présomption de prix anormalement bas. Par conséquent, « même si les moyens de la partie requérante étaient déclarés fondés [...], il n'est pas établi que celle-ci aurait introduit l'offre régulière la plus basse ». Par ailleurs, l'autorité peut en principe abandonner tout marché public; il n'existe donc pas à proprement parler d'obligation d'attribuer le marché public.

5. La partie requérante observe que le point de vue de la partie défenderesse va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de Cassation et du Conseil d'État. En outre, l'annulation d'une décision de refus implicite n'affecte en rien le pouvoir de la partie défenderesse d'encore décider de ne pas attribuer le

marché, sans plus, pour autant qu'une telle décision soit suffisamment motivée et que cela soit encore possible. Qui plus est, la partie défenderesse ne peut pas affirmer sérieusement qu'elle envisage de ne pas attribuer le marché.

6. Dans le dernier mémoire, la partie défenderesse allègue encore que la partie requérante ne se trouve pas dans des circonstances exceptionnelles telles que celles qui sont décrites dans les arrêts 222.357 et 222.358 du 1^{er} février 2013, puisque la partie requérante ne rend pas plausible dans ses moyens qu'elle a déposé l'offre régulière la plus basse.

Appréciation

7. Dans son arrêt S.A. Vanassche Firefighting Engineering, n° 222.357 du 1^{er} février 2013, l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État a admis que le recours contre une décision de refus implicite n'est *a priori* pas irrecevable. À tout le moins, ainsi poursuit l'arrêt, faut-il toujours examiner, en vue de statuer sur le recours supplémentaire contre le refus implicite, si le requérant invoque un moyen qui, eu égard à tous les éléments dont il faut tenir compte dans le cadre du recours, aboutit à la constatation que l'autorité n'a pas d'autre option que d'attribuer le marché à la partie requérante. L'annulation définitive ou non de la décision de refus implicite est dès lors en ce sens liée au fond de l'affaire.

V. Du caractère confidentiel de certaines pièces du dossier administratif

Point de vue des parties

8. Dans sa requête, la partie requérante observe qu'avant d'introduire son recours, elle a demandé à la partie défenderesse d'obtenir davantage d'informations sur la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel, et ce plus précisément par courrier électronique et par lettre du 27 mars 2014 et qu'elle a adressé un rappel. La partie défenderesse refuse de donner ces informations au motif qu'elles doivent être considérées comme des

secrets d'affaires. La partie requérante estime que l'argumentation de la partie défenderesse ne prime pas les droits de la défense.

Dans la présente affaire, la problématique des prix et, dès lors, plus spécifiquement, la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel, sont essentielles et déterminantes pour déterminer le caractère fondé ou non de certaines critiques portant sur la légalité. Elle conclut que la partie défenderesse est en tout cas tenue de déposer un dossier administratif complet et qu'il n'y a, selon elle, aucune raison de traiter confidentiellement des données.

9. La partie défenderesse rétorque dans son mémoire en réponse que la publication du métré récapitulatif joint aux offres, du calcul des prix distinct annexé au plan de sécurité et de santé de la partie requérante et de la S.P.R.L. Norré-Behaegel, des justifications de prix détaillées des 31 mai 2013 et 27 juin 2013 de la S.P.R.L. Norré-Behaegel, de l'analyse des prix ainsi que du rapport d'attribution complet avec ses annexes – étant les pièces qui comportent des prix unitaires et qui figurent dans le dossier administratif comme documents confidentiels – peut porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises soumissionnaires. Le fait qu'un soumissionnaire prenne connaissance, par la voie de la procédure actuelle, des prix unitaires d'un soumissionnaire déterminé peut en effet avoir pour conséquence que, lors de la participation à de futurs marchés analogues, celui-ci va utiliser les mêmes prix unitaires alors qu'ils ne sont pas représentatifs de ce soumissionnaire, et ce dans le seul but de tenter d'anéantir l'avantage concurrentiel du deuxième soumissionnaire visé et d'ainsi remporter le marché.

10. La partie requérante répond dans son mémoire en réplique que cette argumentation ne convainc pas. En effet, dans le cadre de marchés ultérieurs aussi, elle sera tenue de justifier les prix qu'elle aura remis. Par ailleurs, l'argumentation précitée est une argumentation passe-partout susceptible d'être utilisée pour tous les marchés et tous les postes. Qui plus est, la partie défenderesse l'a elle-même mise à néant. Dans le rapport d'attribution, lors de l'examen des postes 3, 17, 18.1, 47, 63 et 172.1, la partie défenderesse indique en

effet le pourcentage d'écart entre le prix unitaire de la S.P.R.L. Norré-Behaegel et celui de la partie requérante, de sorte qu'elle est parfaitement à même de calculer le prix unitaire donné par la S.P.R.L. Norré-Behaegel pour les postes précités. Ces postes ne seraient ainsi exposés à aucun risque d'alignement lors de marchés ultérieurs mais pour les autres postes, ce risque serait bel et bien réel. Ainsi, selon la partie requérante, la question se pose de savoir en quoi les autres postes, à savoir les postes 12, 21.2, 43, 98.4, 107.1, 136.6, 147 et 148, sont aussi spécifiques à l'exploitation et par là même d'une nature confidentielle. Ils ne font l'objet d'aucune précision chiffrée ou commentée concernant la justification des prix. Au regard de l'argumentation dont se prévaut la partie défenderesse pour motiver la confidentialité, il suffirait, estime la partie requérante, de ne pas communiquer le prix unitaire proprement dit et les raisons de fond justifiant ce prix pourraient quant à elles être bel et bien mentionnées.

En outre, elle observe que c'est au Conseil d'État qu'il appartient de déterminer « la mesure dans laquelle la partie défenderesse peut valablement se prévaloir de la confidentialité des pièces précitées ». Elle souligne qu'en l'occurrence, il n'existe aucun motif justifiant de maintenir la confidentialité des éléments qui précèdent. Elle termine son exposé en attirant l'attention sur le fait que si le Conseil d'État lève la confidentialité, elle doit avoir le droit de développer les moyens qu'elle allègue et de les étoffer, éventuellement d'invoquer un ou plusieurs nouveaux moyens.

11. Dans son dernier mémoire, la partie défenderesse répond au rapport de l'auditorat dans lequel il est proposé de lever la confidentialité. Elle maintient que la communication des prix unitaires expose les autres soumissionnaires à un préjudice particulièrement grave et difficilement réparable dans le cadre de marchés à venir. En outre, elle rappelle encore que la partie requérante se méprend en ce qui concerne les postes 3, 17, 18.1, 47, 63 et 172.1 : seul le pourcentage d'écart par rapport à l'estimation est indiqué et non l'écart par rapport aux prix unitaires de la partie requérante. Elle estime également que le rapport d'attribution, sans annexes, permet à suffisance à la partie requérante de formuler ses critiques et souligne que la partie requérante développe de façon

circonscrite ses moyens en ce qui concerne la problématique des prix. La partie défenderesse persiste donc dans sa demande tendant à la confidentialité des pièces désignées comme telles. Subsidiairement, elle demande de limiter la levée de la confidentialité aux pièces essentielles au litige. La partie requérante entend en effet avoir accès à la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel. Il n'est aucunement démontré qu'il y aurait lieu d'également autoriser la consultation des autres pièces qualifiées de confidentielles, comme celles relatives aux autres soumissionnaires.

12. Dans son dernier mémoire, la partie requérante observe que les prix unitaires de la S.P.R.L. Norré-Behaegel peuvent bel et bien se déduire du rapport d'attribution « censuré » qui lui a été transmis pour les postes 3, 17, 18.1, 47, 63 en 172.1. La partie requérante observe enfin qu'elle souhaite en tout cas prendre également connaissance de l'analyse des prix et du rapport d'attribution assorti de ses annexes, c'est-à-dire des pièces 9 et 11 du dossier administratif, en sus de la fixation et de la justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel.

Appréciation

13. La partie défenderesse a déposé un dossier administratif complet de sorte qu'actuellement, seule subsiste la question de savoir ce qu'il appartient au Conseil d'État de faire des pièces que la partie défenderesse a qualifiées de confidentielles dans le dossier administratif; il s'agit, estime la partie défenderesse, du métré récapitulatif joint aux soumissions de la partie requérante et de la S.P.R.L. Norré-Behaegel, de leur calcul des prix annexé au plan de sécurité et de santé, des deux justifications de prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel, de l'analyse des prix et du rapport d'attribution assorti de ses annexes; ces annexes sont : annexe 1 : le procès-verbal d'ouverture des soumissions, annexe 2 : la vérification des soumissions en ce qui concerne le plan de sécurité et de santé, annexe 3 : la correction des erreurs de calcul, annexe 4 : le calcul de la moyenne (conformément à l'article 110, § 4), annexe 5 : le relevé des pourcentages d'écart par rapport à la moyenne (pour les prix unitaires; c'est-à-

dire l'analyse des prix) et annexe 6 : les justificatifs des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel.

L'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' telle qu'il s'appliquait à l'époque à laquelle la décision attaquée a été prise, s'énonçait comme suit :

« L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ».

Ainsi appartient-il au Conseil d'État d'apprécier le caractère confidentiel allégué des pièces concernées du dossier administratif et de mettre en balance, dans ce contexte, les exigences du procès équitable et celles du secret d'affaires.

14. Selon la partie défenderesse, la confidentialité réside dans le fait que la publication de ces prix porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes de la S.P.R.L. Norré-Behaegel et des « autres soumissionnaires », plus spécifiquement à leur position concurrentielle dans le cadre de marchés futurs.

Lors de la mise en balance des droits de la défense et du droit à un procès équitable face au respect de la vie privée, ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'on tolérera dans une affaire au fond que certaines pièces du dossier échappent, à cause de leur caractère confidentiel par exemple, à la contradiction.

Dans le cas du présent marché public, la problématique des prix est déterminante. Les moyens de la partie requérante touchent à cette problématique. Dès lors, il est d'une importance évidente de permettre au soumissionnaire écarté d'évaluer la procédure d'attribution sur ce point et d'associer la problématique des prix à l'action en justice.

Le fait que les prix unitaires, donnés en avril 2013, peuvent être importants pour des marchés ultérieurs ne constitue pas un motif exceptionnel justifiant de soustraire ces données au débat contradictoire. La partie défenderesse n'indique pas non plus que le présent marché – qui concerne des travaux de voirie – comporte des travaux ou des actes à ce point exceptionnels que leur prix doit rester confidentiel. Sa motivation ne se distingue pas de la situation d'un marché ordinaire dans un environnement concurrentiel. À cela s'ajoute que la partie défenderesse défend en l'occurrence les intérêts d'un soumissionnaire qui n'a pas saisi lui-même l'opportunité d'exposer son point de vue sur la problématique avant le Conseil d'État. La partie défenderesse ne démontre pas non plus en quoi le risque de prix spéculatifs dans le cadre de marchés ultérieurs serait susceptible de nuire directement à ses intérêts. Elle dispose de la faculté légale de soumettre ceux-ci à une vérification des prix portant sur des prix anormaux et, en sa qualité d'autorité agissant avec prudence, elle a même le devoir de vérifier la régularité d'une soumission où un des éléments de la régularité est que la soumission ne comporte pas de prix anormaux ni irréels. En ce qui concerne les intérêts des « autres soumissionnaires », la partie défenderesse n'avance pas de motifs spécifiques qui concernent uniquement ces soumissionnaires de sorte qu'un traitement distinct n'est pas nécessaire.

Au moment de l'introduction du recours, la partie requérante ne disposait pas des annexes déclarées confidentielles du rapport d'attribution, lesquelles comportaient notamment les justifications de prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel ainsi que l'analyse des prix et la partie défenderesse a refusé de les communiquer. On ne saurait dès lors affirmer d'une manière absolue à propos de la partie requérante que le seul rapport d'attribution dépourvu de ses annexes lui permettait de disposer de suffisamment d'éléments pour étayer ses moyens. En

effet, ainsi qu'il ressort de la motivation, exposée dans le rapport d'attribution et ci-dessus, du « contrôle financier » des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel, celle-ci fait référence aux annexes et, dans la discussion d'un certain nombre de postes, on se borne, ainsi que le dénonce par ailleurs la partie requérante dans son premier moyen, à se référer, en vue d'admettre la régularité de ces prix unitaires, à la « justification des prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel », en mentionnant parfois en outre « que ce poste n'appelle plus d'autres observations ».

La conclusion en est dès lors que l'intégralité du dossier administratif, y compris les pièces déclarées confidentielles par la partie défenderesse, doit être accessible à la partie requérante et donc que la confidentialité est levée. Rien ne justifie non plus de limiter la levée de la confidentialité aux deux justifications de prix de la S.P.R.L. Norré-Behaegel. Ainsi qu'il a déjà été observé, la problématique des prix est en l'occurrence essentielle; le calcul distinct des prix joint au plan de sécurité et de santé et l'analyse des prix associée à l'appréciation des prix unitaires par la partie défenderesse, sont dès lors essentiels à la résolution du litige.

Cela doit en premier lieu amener la partie requérante à préciser si elle maintient ses moyens ou si elle les adapte ou les reformule. En outre, cela devra lui permettre, au besoin, de formuler de nouveaux moyens compte tenu des éléments dont elle a pour la première fois eu connaissance à la suite de la consultation des documents dont la confidentialité est levée.

Dans ces circonstances, l'appréciation au fond est reportée.

DÉCISION

1. Le Conseil d'État rouvre les débats.

2. Le Conseil d'État lève le caractère confidentiel des documents du dossier administratif déposés par la partie défenderesse sous le sceau de la confidentialité et autorise la partie requérante à les consulter.

3. Le Conseil d'État permet à la partie requérante, dans un délai de trente jours suivant la notification du présent arrêt, de maintenir, de compléter ou de développer ou non son moyen par un mémoire complémentaire ainsi que d'y invoquer de nouveaux moyens compte tenu d'éléments qui lui étaient inconnus à ce jour et qui font partie des documents initialement déclarés confidentiels du dossier administratif.

4. Un délai de trente jours à compter de la notification du mémoire complémentaire de la partie requérante ou à compter de la notification de l'avis de son absence est accordé à la partie défenderesse pour introduire un mémoire complémentaire.

5. Le membre de l'auditorat désigné par l'auditeur général est chargé d'un complément d'instruction.

Le présent arrêt a été prononcé à Bruxelles, en audience publique du 5 mai 2015, par le Conseil d'État, XIIe chambre, composée de :

Dierk Verbiest,	président de chambre,
Johan Bovin,	conseiller d'État,
Pierre Barra,	conseiller d'État,
assistés de	
Bram Van Thillo,	griffier.

Le greffe

Le président

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest

TRADUCTION ETABLIE CONFORMEMENT A L'ARTICLE 63,
ALINEA 1^{er}, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNEES LE 12 JANVIER 1973.