

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.093 du 15 juin 2016

G./A.211.042/VI-20.102

En cause :

- 1. la société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES C.F.E., en abrégé C.F.E.,**
- 2. la société par actions simplifiées de droit français VINCI ENVIRONNEMENT,**
- 3. la société anonyme CEGELEC,**
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL,
Valentine DE FRANQUEN et
Sophie JACQUES, avocats,
place Flagey, n° 18,
1050 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 UMWELTTECHNIK G.M.B.H.,**
anciennement dénommée STRABAG UMWELTANLAGEN G.M.B.H.,
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 CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 30 janvier 2014, la société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES C.F.E., en abrégé C.F.E., la société par actions simplifiées de droit français VINCI ENVIRONNEMENT et la société anonyme CEGELEC, ayant formé une société momentanée, demandent l'annulation de :

" la décision du Conseil d'Administration d'Intradel [...] du 28 novembre 2013 et du rapport d'analyse des offres (intitulé rapport d'attribution) qui en fait intégralement partie, et par lesquels Intradel décide :

- d'attribuer le marché de travaux 10/24/INT pour l'exécution et la conception de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat à l'Association Momentanée des sociétés «Strabag Belgium SA - Strabag Umwelthanlagen Srl» Liège Aéroport B52 à 4460 Grâce-Hollogne pour
 - la phase 1 pour un montant de 299.000 € HTVA;
 - la phase 2.1 pour un montant de 19.978.386 € HTVA;
 - la phase 2.2 pour un montant de 3.438.244 € HTVA;
 - l'option 1 pour un montant de 3.758.022 € HTVA.
- implicitement, de ne pas attribuer ledit marché aux parties requérantes".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

L'arrêt n° 226.387 du 11 février 2014 a rejeté la demande de suspension de l'exécution de la décision querellée, introduite sous le bénéfice de l'extrême urgence, et a accueilli la demande d'intervention introduite par la société anonyme STRABAG BELGIUM et par la société de droit allemand STRABAG UMWELTANLAGEN G.MB.H.

Cet arrêt a été notifié par télécopie aux parties.

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

Le dossier administratif a été déposé.

La société anonyme STRABAG BELGIUM et la société de droit allemand STRABAG UMWELTANLAGEN G.M.B.H., actuellement dénommée STRABAG UMWELTTECHNIK G.M.B.H., ayant formé une société momentanée, ont, par une requête introduite le 18 mars 2014, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes.

Une ordonnance du 28 avril 2014 a accueilli provisoirement cette intervention.

Un mémoire en intervention a été déposé.

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

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

Une ordonnance du 29 juillet 2015, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 23 septembre 2015.

Des courriers du 21 septembre 2015, notifiés aux parties, remettent l'affaire *sine die*.

Une ordonnance du 28 avril 2016, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 25 mai 2016 à 10 heures, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 1^{er} juin 2016.

Des courriers électroniques du 31 mai 2016 remettent l'affaire à l'audience du 8 juin 2016.

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

Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me Thierry DELVAUX, *loco* Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Mes Aurélien VANDEBURIE et Natasha NOLET DE BRAUWERE, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Par avis de marché publié au Bulletin des adjudications et au supplément au Journal officiel de l'Union européenne les 16 décembre 2011 et 20 décembre 2011, la partie adverse a lancé un marché public de travaux portant sur la conception et l'exécution de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques, sur le site de Herstal (réception des biodéchets, traitement par biométhanisation des biodéchets et déshydratation du digestat hygiénisé avant transport vers le site de Jeneffe) et sur le site de Jeneffe (post-traitement du digestat, affinage et stockage avant évacuation en vue de sa valorisation agronomique).

La procédure choisie est l'appel d'offres avec publicité européenne.

III. 2. Le cahier spécial des charges, du 1^{er} décembre 2011, afférent à ce marché, porte la référence CSC n° 10/24/INT et comporte onze parties, ainsi que des annexes.

Il en ressort notamment que l'auteur de projet IBH doit établir un rapport d'analyse des offres pour tous les postes élémentaires du critère II (Qualités techniques des ouvrages). Selon le cahier spécial des charges, ce rapport d'analyse "doit permettre au Maître de l'Ouvrage de donner des appréciations [...] sur les éléments marquants de l'analyse des offres".

Il apparaît également que les soumissionnaires doivent formuler expressément dans leur offre les niveaux de performances qu'ils s'engagent à garantir.

III. 3. Un avis rectificatif porte la date de dépôt des offres du 10 avril 2012 au 29 mai 2012 à 11 heures.

III. 4. Quatre soumissionnaires déposent une offre:

- l'association momentanée formée des sociétés CFE-VINCI ENVIRONNEMENT – CEGELEC,

- l'association momentanée formée par les sociétés WATERLEAU GROUP – FRANKI,
- l'association momentanée formée des sociétés FABRICOM – OWS – GALERE,
- l'association momentanée formée des sociétés STRABAG BELGIUM et STRABAG UMWELTANLAGEN, devenue STRABAG UMWELTTECHNIK.

III. 5. Le 24 octobre 2013, les services de la partie adverse établissent un rapport d'attribution des offres.

Ce rapport d'attribution se fonde notamment sur l'analyse technique des offres rédigée par la société IBH, auteur de projet. Cette analyse constitue une annexe du rapport d'attribution.

III. 6. Le 28 novembre 2013, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'attribuer le marché litigieux à la société momentanée formée par les sociétés STRABAG et STRABAG UMWELTANLAGEN.

Cette décision est notifiée aux requérantes par un courrier du 2 décembre 2013.

Il s'agit de la décision attaquée.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 18 mars 2014, la société anonyme STRABAG BELGIUM et la société de droit allemand STRABAG UMWELTTECHNIK G.M.B.H., anciennement dénommée STRABAG UMWELTANLAGEN, ayant formé une société momentanée, demandent à intervenir.

Formant la société momentanée à laquelle le marché litigieux a été attribué, elles ont intérêt à intervenir en la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. COMMUNICATION DE PIECES

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes exposent ce qui suit:

" 14. Le dossier administratif produit par la partie adverse doit être complet. Au vu de la complexité de l'affaire et des connaissances techniques dont doivent disposer les personnes comparant les offres, il est invraisemblable que l'auteur de projet IBH n'ait pas établi lui-même un tableau de cotation. Le rapport d'attribution n'est en effet pas suffisamment étayé pour que le Conseil d'administration d'Intradel ait pu être en mesure d'établir lui-même une cotation. Il est par conséquent demandé qu'il soit ordonné à la partie adverse de verser la cotation effectuée par l'auteur de projet IBH à son dossier administratif.

15. Par ailleurs, dans le cadre du recours en extrême urgence, la partie adverse a systématiquement prétendu disposer des différentes attestations de bonne exécution exigées par le cahier des charges. Ces attestations n'ont toutefois jamais été communiquées à la partie requérante.

Il est par conséquent demandé qu'il soit ordonné à la partie adverse de verser ces différentes attestations à son dossier administratif.

Par ailleurs, ces attestations n'ayant rien de confidentiel, la partie requérante souhaite en prendre connaissance.

[...]

117. L'offre des parties requérantes est couverte par le secret des affaires.

Les parties requérantes sollicitent dès lors que cette offre soit reconnue comme confidentielle de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et une concurrence loyale entre les entreprises.

En effet, à ce stade de la procédure, si Votre Conseil devait annuler la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, cette procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Il convient d'éviter que l'offre des parties requérantes soit accessible à chacun des soumissionnaires du marché, ce qui aurait pour conséquence d'altérer la concurrence dans le cadre de ce marché et de futurs marchés dans ce secteur d'activités et, en plus, d'être extrêmement préjudiciable aux parties requérantes.

Par conséquent, les parties requérantes souhaitent légitimement que leur offre ne soit pas mise en possession d'une éventuelle partie intervenante."

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond, pour ce qui concerne le rôle d'IBH, que la cotation du critère d'attribution II, soit le critère dont l'appréciation est mise en cause par les requérantes, ne faisait pas partie de la mission de l'auteur de projet IBH, que le cahier spécial des charges est clair à ce sujet, que ni la décision d'attribution ni le rapport d'attribution ne s'appuient sur une cotation effectuée par IBH, que les

requérantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment que le rapport d'attribution n'est pas suffisamment étayé, qu'en effet, ce rapport compte trente-quatre pages et huit annexes, soit plus de cent pages, que l'allégation selon laquelle le conseil d'administration n'aurait pu établir lui-même une cotation ne résiste pas à l'analyse, que, pour ce qui concerne les attestations de bonne exécution, la demande des requérantes est disproportionnée et met en danger le principe de la confidentialité des offres et que, lors de la procédure en suspension, l'examen fait par l'auditorat a permis de répondre aux préoccupations des requérantes tout en préservant la confidentialité des offres.

C. Mémoire en réplique

En synthèse, les requérantes répliquent, pour ce qui concerne le rôle d'IBH, qu'il est peu important que le document de cotation d'IBH ait ou non fait partie de la mission de ce bureau car la partie adverse ne conteste pas que ce document existe, qu'il est peu vraisemblable que le conseil d'administration ou les agents de la partie adverse n'aient pas lu la cotation faite par IBH, que, rien ne justifie que cette pièce ne soit pas déposée au dossier administratif, que sa production se justifie au vu des moyens développés et relatifs à la pertinence de l'appréciation technique faite par le pouvoir adjudicateur, que, pour ce qui concerne les attestations de bonne exécution, de telles attestations ne contiennent aucune information confidentielle, ne portent pas atteinte aux intérêts commerciaux de l'attributaire ou ne nuisent pas à la concurrence loyale, que la partie adverse dévoile au mémoire en réponse des informations contenues dans les attestations, que l'on n'aperçoit pas pourquoi ces attestations seraient confidentielles et qu'elles souhaitent en prendre connaissance. Les parties requérantes maintiennent toutefois la demande de confidentialité de leur offre.

D. Dernier mémoire des requérantes

Les requérantes soutiennent qu'une attestation de bonne exécution ne contient aucune information confidentielle, qu'il s'agit simplement d'un document remis par un pouvoir adjudicateur qui atteste que les travaux ont été réalisés dans les règles de l'art. Elle ajoute que la communication de ces informations ne porte pas préjudice aux intérêts commerciaux de l'attributaire et n'est pas susceptible de nuire à une concurrence loyale. Elles relèvent, par ailleurs, que la partie adverse dévoile, dans son mémoire en réponse, les informations contenues dans les attestations de bonne exécution. Elle déclare, en conséquence, ne pas apercevoir les raisons pour lesquelles ces attestations sont confidentielles.

E. Dernier mémoire des intervenantes

Dans leur dernier mémoire, les intervenantes font valoir ce qui suit:

- " Les parties requérantes souhaitent que la confidentialité des offres soit levée s'agissant des attestations de bonne exécution déposées par les parties intervenantes.
Elles n'invoquent toutefois aucun motif légitime et pertinent qui permettrait de justifier qu'il soit dérogé au principe de confidentialité des offres qui doit être garanti par la partie adverse comme par votre Conseil, conformément aux articles 10 et 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.
Monsieur le Premier Auditeur indique d'ailleurs, à raison, à ce propos «que des éléments [de ces attestations] paraissent pouvoir être considérés comme relevant de la confidentialité ou de la vie privée des entreprises» (page 4 du rapport).
Cette demande des parties requérantes est d'autant moins légitime qu'elles-mêmes sollicitent, tant dans leur requête en annulation (page 83) que dans leur mémoire en réplique (page 98), que leur offre, dans son intégralité, soit reconnue comme confidentielle
On peut douter, en outre, de l'utilité d'une telle demande, les parties requérantes affirmant (page 5 de leur dernier mémoire), que la partie adverse «dévoile dans son mémoire en réponse les informations contenues dans les attestations de bonne exécution». Monsieur le Premier Auditeur en fait d'ailleurs une description dans son rapport (pages 9 et 10).
Partant, il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande de levée de la confidentialité des offres."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'arrêt n° 226.387, prononcé le 11 février 2014 en la présente cause, ordonne le maintien de la confidentialité des offres déposées par les parties, ainsi que des fardes II et III du dossier administratif, contenant la correspondance échangée, avant et après le dépôt et l'ouverture des offres, entre la partie adverse et les soumissionnaires.

Dans leur requête en annulation, les requérantes demandent, d'une part, que soient versés au dossier administratif le tableau de cotation des offres qui aurait été établi par l'auteur de projet IBH, ainsi que les attestations de bonne exécution exigées par le cahier spécial des charges et, d'autre part, que ces attestations soient rendues accessibles.

V. 2. 1. Quant à la communication d'un tableau de cotation des offres qui aurait été établi par IBH

A supposer qu'un tableau de cotation des offres établi par l'auteur de projet IBH existe et que la partie adverse persiste à ne pas le verser au dossier administratif, cette abstention aurait pour effet, par application de l'article 21, alinéa 3 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, de contraindre à tenir pour établis des faits allégués avec vraisemblance à l'appui d'un moyen, faits qu'aurait pu démentir la production de ce document. Même si les requérantes font état d'une hypothétique discordance entre les appréciations respectivement portées par l'auteur de projet IBH et la partie adverse, il n'apparaît pas que ce fait soit allégué au soutien d'un des moyens. Dans ces circonstances, cette demande de production d'un rapport de cotation est, en tout état de cause, inopérante.

V. 2. 2. Quant à la communication des attestations de bonne exécution exigées par le cahier spécial des charges

Il n'est pas contestable que le dossier administratif contient, dans la partie pour laquelle la partie adverse sollicite le bénéfice de la confidentialité, les attestations de bonne exécution exigées par le cahier spécial des charges, attestations produites par les soumissionnaires à l'appui de leurs offres et, complémentirement, en réponse à des demandes formulées à cette fin par la partie adverse dans le courant de la procédure de passation. La demande des requérantes ne doit donc être examinée que dans la mesure où elle tend à faire lever la confidentialité de ces pièces, ordonnée par l'arrêt n° 226.387 précité.

Des attestations de bonne exécution ne revêtent, en règle, pas un caractère confidentiel. Cela n'empêche toutefois pas, le cas échéant, de démontrer concrètement que certaines informations qui y sont contenues relèvent du secret des affaires ou de la vie privée des entreprises.

Tel qu'applicable en la présente cause, 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 était libellé 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".

L'application de cette disposition aux litiges qu'il lui revient de trancher impose à l'instance de recours de rechercher un équilibre entre le droit à un recours juridictionnel effectif, ce qui recouvre notamment une contradiction effective des débats, et le droit au bénéfice du secret des affaires et de la vie privée des entreprises.

En l'espèce, une levée de la confidentialité des attestations de bonne exécution sollicitée par les requérantes est de nature à servir utilement la contradiction des débats, dès lors que le premier moyen de la requête reproche précisément à la partie adverse d'avoir sélectionné les intervenantes, alors que celles-ci n'auraient pas établi avoir la capacité technique exigée par les documents du marché. Toutefois, la nécessaire conciliation entre les préoccupations rappelées ci-dessus impose d'étendre une levée de confidentialité de ces attestations à celles qui concernent les requérantes, mais non à celles qui concernent les soumissionnaires n'étant pas parties à la présente cause; elle commande également de limiter cette levée de confidentialité aux seuls documents sur lesquels la partie adverse a expressément fondé son appréciation de la capacité technique des deux soumissionnaires concernés; elle contraint, enfin, à permettre aux parties requérantes et intervenantes d'exprimer leur point de vue sur les informations contenues dans ces attestations, pour lesquelles doit, à leur estime, être maintenue la confidentialité.

Il ressort du "rapport d'attribution" établi par les services de la partie adverse le 24 octobre 2013, des écrits de procédure, plus particulièrement du mémoire en réponse, et du dossier administratif, que, pour considérer que les requérantes et les intervenantes répondaient aux exigences relatives à la capacité technique, la partie adverse s'est fondée sur les seuls documents suivants, auxquels il y a lieu de limiter une éventuelle levée de confidentialité:

pour les intervenantes:

- "Procès-verbal de la réception 1 après essais de performance réussis de l'ensemble de l'installation sans digesteur" du 15 septembre 2007, relatif à l'installation de Hoppstädten-Weiersbach (version française);
- "Convention pour la mise en œuvre des effets de réception" relative à l'installation de Hoppstädten-Weiersbach (2010) (version française);
- Lettre du 15 avril 2008 adressée par Lille Métropole-Communauté urbaine au directeur de la société STRABAG;
- "Procès-verbal de réception provisoire Lot 1" du 13 septembre 2011 relatif à l'installation de Mondercange (version française);

- Document établi le 24 mai 2012 par la société STEAG CORDES BIOENERGIE GmbH, portant en objet "Recommandation/Construction et mise en service d'une installation de séchage du digestat", et relatif à l'installation de Kirchwalsede (version française);

pour les requérantes:

- "Fiche de référence" établie par "Montpellier Agglomération" du 15 juillet 2008 relatif à l'installation de Montpellier;
- Formulaire "Réception des travaux – décision de réception" du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, du 14 juin 2012, relatif à l'installation de FORBACH.

Il y a lieu de rouvrir les débats et d'inviter les parties requérantes et intervenantes à désigner les informations contenues dans les documents ci-dessus identifiés, pour lesquelles elles souhaitent que la confidentialité soit maintenue, en justifiant en quoi ces informations relèvent du secret des affaires ou de la vie privée des entreprises, et en communiquant au seul Conseil d'Etat, pour le 30 juin 2016 au plus tard, une copie des documents qui les concernent, dans la version expurgée, susceptible, selon elles, d'être rendue accessible.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme STRABAG BELGIUM et la société de droit allemand STRABAG UMWELTTECHNIK G.M.B.H., ayant formé une société momentanée, est accueillie.

Article 2.

Les débats sont rouverts.

Article 3.

Les parties requérantes et intervenantes sont invitées à transmettre, pour le 30 juin 2016, et à la seule attention du Conseil d'Etat, une version expurgée des pièces visées dans les motifs du présent arrêt, dans laquelle elles auront retiré les

informations qu'elles souhaitent voir couvertes par la confidentialité, ainsi qu'une note justifiant la confidentialité ainsi sollicitée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quinze juin deux mille seize par :

MM. Jacques JAUMOTTE,
David DE ROY,
Serge BODART,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.