

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 239.867 du 14 novembre 2017

G./A.211.042/VI-20.102

En cause :

- 1. la société anonyme 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
M^{es} Patrick THIEL, Valentine DE FRANQUEN et
Sophie JACQUES, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée Association
intercommunale de traitement des déchets liégeois,
INTRADEL,**

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

Parties intervenantes :

- 1. la société anonyme STRABAG BELGIUM,**
- 2. la société de droit allemand STRABAG
UMWELTTECHNIK G.M.B.H.,**
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
M^{es} Frank JUDO et
Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 janvier 2014, la société anonyme 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 Umweltsanlangen 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. Procédure

Un arrêt n° 226.387 du 11 février 2014 a accueilli provisoirement la demande en intervention, a rejeté la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué et a ordonné provisoirement la confidentialité des fardes II et III du dossier administratif.

Un arrêt n° 235.093 du 15 juin 2016 a ordonné la réouverture des débats, a invité les parties requérantes et intervenantes à transmettre, à la seule attention du Conseil d'État, une version expurgée des pièces visées dans ses motifs, ainsi qu'une note justifiant la confidentialité ainsi sollicitée et a accueilli la demande en intervention.

Un arrêt n° 235.415 du 12 juillet 2016 a levé la confidentialité de certaines pièces, a ordonné la réouverture des débats, a invité les parties à faire valoir leurs observations et a chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de déposer un rapport complémentaire.

Ces arrêts ont été notifiés aux parties.

M. Éric THIBAUT, alors premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 30 août 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 octobre 2017 à 10 heures.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M. Éric THIBAUT, auditeur général-adjoint, a été entendu en son avis contraire.

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

III. Faits

1. Le marché litigieux, qui a pour objet la conception et l'exécution de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques, en abrégé U.B.D.O., a fait l'objet d'un appel d'offres avec publicité européenne.

Conformément au cahier spécial des charges, les critères d'attribution du marché sont les suivants:

- " (I) le prix des travaux de Phases 1 et 2 (2.1. et 2.2.) (250 points), ainsi que le coût de traitement des biodéchets vérifié sur base des garanties données, après mise en équivalence des coûts unitaires (125 points);
- I.1. le dimensionnement des installations, leurs performances et leur fiabilité doivent au moins respecter les exigences minimales du CSCh, le Maître de l'Ouvrage appréciant favorablement toute amélioration par rapport à celles-ci : (200 points);
- dimensionnement des installations Herstal : 60 points
 - dimensionnement des installations Jeneffe : 20 points
 - performances installations Herstal : 50 points
 - performances installations Jeneffe : 25 points
 - fiabilité et disponibilité : 45 points
- I.2. la qualité des produits, matériels et fournitures mises en oeuvre doivent au moins respecter les exigences minimales du CSCh, le Maître de l'Ouvrage appréciant favorablement toute amélioration par rapport à celles-ci :

- (100 points);
- qualité des matériaux (travaux de génie civil) : 40 points
 - qualité des matériels (travaux d'équipements) : 60 points
- I.3. l'aménagement proposé des ouvrages de Génie Civil et des équipements de Process doivent au moins respecter les exigences minimales du CSCh : (45 points);
- sur le site de Herstal : 30 points
 - sur le site de Jeneffe : 15 points
- (III) les réponses apportées par le projet technique en matière d'environnement et en matière sociale (200 points);
- bilan carbone : 100 points
 - autres indicateurs environnementaux : 55 points
 - indicateurs sociaux : 45 points
- (IV) le délai «DI» de mise en service industriel des installations : 50 points
- (V) la précision des mesures de sécurité proposées en réponse aux exigences du PSS joint en annexe du CSCh : 30 points".

S'agissant du critère II (Qualités techniques des installations), il est précisé ceci:

"

Pour tous les postes élémentaires du critère II (Qualités techniques des ouvrages) Le rapport d'analyse des offres à établir par IBH doit permettre au Maître de l'Ouvrage de donner des appréciations :

Inconvénient (-) ou avantage (+) avec 3 gradations : léger (1), significatif (2) et important (3), sur les éléments marquants de l'analyse des offres tenant compte des options retenues.

Ces appréciations sont assorties ensuite d'une cote : -1, -2, -3, +1, +2, +3

Ensuite, par offre et par poste élémentaire est calculée la somme algébrique des points attribués.

Par après, par poste, est calculé l'écart entre les sommes algébriques obtenues par chacune des offres par rapport à la somme la meilleure.

Cet écart de points constitue le pourcentage de points dont seront pénalisées les offres moins bonnes par rapport à l'offre la meilleure qui prend 100 % des points du poste.

Exemple pour le dimensionnement des installations de Herstal (60 points)

	Offre 1	Offre 2	Offre 3	Offre 4	Offre 5
Sommes algébriques	2	2	-2	-1	-3
Ecart vs offre la meilleure	0	0	4	3	5
Pourcentage des points	100 %	100 %	60 %	70 %	50 %
Cotes (sur 80)	80	80	48	56	40

Exemple pour le dimensionnement des installations de Jeneffe (20 points)

	Offre 1	Offre 2	Offre 3	Offre 4	Offre 5
Sommes algébriques	-2	-3	-1	2	1
Ecart vs offre la meilleure	-4	-5	-3	0	-1
Pourcentage des points	60 %	50 %	70 %	100 %	90 %
Cotes (sur 20)	12	10	14	20	18

".

Il ressort, par ailleurs, de la neuvième partie du cahier spécial des charges du marché litigieux que les soumissionnaires étaient tenus d'établir une note expresse annonçant les performances des installations.

2. Quatre offres ont été déposées dans le cadre de ce marché, dont celle des requérantes et celle de la société momentanée formée par la société anonyme STRABAG BELGIUM et la société de droit allemand STRABAG UNWELTANLAGEN G.M.B.H..

3. La séance d'ouverture des offres a eu lieu le 29 mai 2012.

Il n'est pas contesté qu'à cette date, la note expresse relative aux performances, dont la production était requise par le cahier spécial des charges, n'était pas jointe à l'offre des sociétés STRABAG BELGIUM et STRABAG UNWELTANLAGEN G.M.B.H..

Cette note de dix-neuf pages a été communiquée à la partie adverse par un courrier électronique du 30 mai 2012, ainsi que par un envoi recommandé du 1^{er} juin 2012.

4. Un rapport d'attribution a été établi le 24 octobre 2013.

Dans le cadre de l'examen de la régularité "administrative" des offres, il y est notamment mentionné ce qui suit, sous le titre 1.1.8. "Autres documents à joindre faisant partie intégrante de l'acte d'engagement":

" Note expresse relative aux performances de fonctionnement exigée en 9^{ième} partie du CSC (art.3 et suivants):

STRABAG a complété spontanément son offre en envoyant à INTRADEL, le 30 mai 2012, par email, le document demandé et confirmé par courrier officiel le 1^{er} juin 2012.

La note fait partie intégrante de l'offre et explique en réalité des données et le prix qui sont repris dans d'autres parties de l'offre, autre partie bien présente à l'ouverture. Partant, INTRADEL considère qu'il s'agit d'un complément d'information qu'elle aurait de toute façon demandé sur base de l'article 115 alinéa 5 de l'AR du 08.01.96 si STRABAG n'avait pas spontanément complété l'offre".

Le rapport conclut à la régularité des quatre offres "d'un point de vue administratif".

Il ressort, par ailleurs, des annexes 5.2, 5.3 et 5.4 de ce rapport que la comparaison des offres au regard du critère II ("Qualités techniques des installations") a notamment porté sur les performances des installations.

5. La décision attaquée, qui – sur la base de ce rapport – attribue le marché litigieux à la société momentanée formée de la société anonyme STRABAG BELGIUM et de la société de droit allemand STRABAG-UMWELTANLAGEN, a été prise le 28 novembre 2013.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité du recours quant à son objet

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par les requérantes, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de leur attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux aux requérantes, la demande est irrecevable.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A- Requête

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen, pris de la violation de la Constitution, en particulier des articles 10 et 11, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à

certaines marchés de travaux, de fourniture et de services, en particulier l'article 16, 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, en particulier des articles 89, 90, § 2, 103, 104, 105, 110, §2, 115, alinéa 6, des documents du marché et en particulier de l'avis rectificatif du 10 avril 2012, des principes de bonne administration, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'obligation de motivation matérielle et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles et, pour autant que de besoin, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3. Elles y exposent que STRABAG a déposé une partie importante de son offre, à savoir la note expresse relative aux performances de fonctionnement exigée en 9^{ème} partie du cahier des charges, en date du 30 mai 2012 par courriel, que cet envoi a été confirmé par un courrier recommandé de STRABAG du 1^{er} juin 2012, que l'avis rectificatif du 10 avril 2012 a fixé la séance d'ouverture des offres au 29 mai 2012 et que celle-ci a eu lieu ce même jour à 11 heures, que les documents du marché déterminent que cette note constituait un élément substantiel que les soumissionnaires devaient joindre à leur offre, que le pouvoir adjudicateur n'avait pas de pouvoir d'appréciation par rapport à cette irrégularité et était tenu d'écarter l'offre de STRABAG, qu'il n'est pas démontré que le contenu intégral de ce qui était réclamé dans la note se retrouvait déjà dans l'offre et était muni des signatures nécessaires, que la note exigeait des performances et des garanties, qu'un soumissionnaire ne peut être interrogé pour pallier une irrégularité de l'offre, que STRABAG semble avoir fourni spontanément la note litigieuse et que la formule de l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'a pu être respectée, que le pouvoir adjudicateur ne justifie pas ni formellement ni matériellement pourquoi, compte tenu de l'irrégularité substantielle, l'offre a été retenue et considérée comme régulière, que STRABAG a obtenu un délai supplémentaire pour compléter sa note en ayant connaissance d'information qui peuvent influencer son offre, tels le nombre ou l'identité des offrants, que, dans la note de comparaison entre l'offre et la note expresse, 57 éléments manquaient selon le pouvoir adjudicateur (suit un passage incompréhensible), que certains éléments manquants sont pourtant indispensables, qu'ainsi STRABAG n'a fourni aucun engagement de disponibilité, que la torchère était également manquante et que des valeurs prévisionnelles présentes dans l'offre n'ont pas la même valeur d'engagement qu'une note expresse.

B. Mémoire en réponse

Pour ce qui concerne la recevabilité du moyen, la partie adverse répond

que les requérantes n'indiquent pas concrètement en quoi l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et les principes généraux de bonne administration seraient violés, que, pour ce qui concerne l'obligation de motivation formelle et celle de motivation matérielle, la critique des requérantes est précise et manifestement déduite des termes de la décision attaquée laquelle repose sur des motifs exacts, pertinents et admissibles tout en renvoyant à la réfutation au fond du moyen.

Pour ce qui concerne le fondement du moyen, la partie adverse répond que le caractère tardif de la note expresse relative aux performances de fonctionnement n'est pas contesté, qu'il n'a cependant pas affecté l'offre d'une cause d'irrégularité substantielle, que le document est signé du 29 mai 2012, jour de l'ouverture des offres, que seul son dépôt est tardif, qu'aucune des dispositions du cahier spécial des charges n'érige l'absence de cette note en irrégularité absolue, qu'une offre incomplète n'est pas en soi irrégulière, que l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 le démontre puisque cette disposition permet au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec les soumissionnaires pour préciser ou compléter la teneur de leur offre, que cette prise en compte de la note expresse n'a pas affecté l'égalité des soumissionnaires, les exigences du cahier spécial des charges devant être interprétées raisonnablement, spécialement dans un marché public aussi complexe que le marché en question, que le soumissionnaire n'a pas modifié son offre par le biais de ce dépôt tardif, que la note expresse ne fait que préciser des éléments techniques figurant dans d'autres documents de l'offre, qu'une modification de l'offre est rigoureusement impossible car le dépôt tardif est intervenu dans un délai très rapide et dans l'ignorance des performances des concurrents, qu'aucun ajustement de l'offre n'a pu être réalisé, que, même si le pouvoir adjudicateur avait fait application de l'article 115, alinéa 6, toute modification de l'offre aurait été impossible puisque tous les éléments déterminant la performance des installations avaient été annoncés et détaillés par ailleurs, que la note expresse récapitule des éléments mentionnés dans d'autres parties de l'offre ou précise de tels éléments, que toutes les performances mentionnées dans la note expresse concordent avec l'offre telle que déposée, que, dans l'offre, figurent plusieurs éléments repris dans la note expresse, telles les capacités globales de traitement, les performances relatives aux équipements de préparation des déchets, au digesteur, à l'installation de Jeneffe, au biogaz, les informations et garanties relatives au personnel d'exploitation, que l'arrêt rendu sur la demande de suspension d'extrême urgence a admis que le pouvoir adjudicateur avait pu accepter la note expresse car elle ne modifiait pas l'offre initiale et ne constituait qu'un tableau de synthèse, que, contrairement aux affirmations des requérantes, la note expresse répertorie 131 éléments et non 157, que 67 éléments figurent expressément dans une autre partie de l'offre, que 26 résultent d'un calcul réalisé sur la base de mentions

expresses de l'offre, que 38 éléments sont qualifiés, non de manquants ou d'absents, mais d'éléments ne figurant pas expressément dans une autre partie de l'offre mais complétant/précisant l'offre sans la modifier, que ces éléments étaient ou bien non demandés par le cahier spécial des charges ou bien secondaires et non notés ou bien simplement conformes au cahier spécial des charges et non marquants, que seuls deux éléments ne figurant pas dans une autre partie de l'offre ont été notés mais s'annulent, qu'il est donc inexact d'affirmer que 83 valeurs sont absentes, que, pour ce qui concerne l'engagement quant à la disponibilité de l'installation, les informations figurent dans l'offre et se trouvent dans le tableau produit à la demande du premier auditeur à l'occasion de l'examen de la demande de suspension, que les éléments incriminés par les requérantes (comme la disponibilité de la torchère) n'ont pas été notés car ils ne constituent pas des éléments marquants de l'offre, ni en positif ni en négatif, que le cahier spécial des charges n'impose pas de délivrer une note expresse de "0 point", que le passage de la requête relatif aux valeurs prévisionnelles par rapport à la note expresse est incompréhensible, que l'on n'aperçoit pas en quoi les valeurs de la note expresse de STRABAG n'auraient pas la même valeur d'engagement que celles citées à l'offre, que la note expresse et les autres documents engageant STRABAG, que, si les requérantes entendent remettre en doute la véracité des informations contenues dans le rapport d'attribution et dans la décision d'attribution, elles doivent déposer plainte pour faux en écritures, qu'en l'absence d'une telle procédure, les éléments de fait constatés par la partie adverse et mentionnés à ces documents font foi, que le pouvoir adjudicateur n'a reconnu en aucune manière que la note expresse était lacunaire, qu'au cours de l'analyse des offres et de la rédaction du rapport d'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur a usé de la faculté prévue à l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en restant dans les limites de cette disposition, que les requérantes ont été également interrogées sur la base de cette disposition et qu'il leur appartient de démontrer le caractère lacunaire ou irrégulier de l'offre retenue.

C. Mémoire en intervention

Les requérantes en intervention observent, en synthèse, que l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne s'applique pas car le pouvoir adjudicateur n'a pas pris contact avec le soumissionnaire à propos de la note expresse, que le directeur commercial de STRABAG Belgium a communiqué la note expresse le 30 mai 2012, soit le lendemain de la date d'ouverture des offres, que, si les documents prévus doivent normalement être joints à l'offre, la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État atténue ce principe, que, si un pouvoir adjudicateur peut prendre en compte une offre arrivée tardivement, il en va de même

pour un document annexe à une offre, que le cahier spécial des charges ne frappe pas de nullité ou d'exclusion l'offre qui ne comprendrait pas tous les documents requis, que, concrètement, on n'aperçoit pas en quoi la concurrence entre soumissionnaires serait devenue moins réelle, qu'elles n'ont pu disposer du moindre avantage lié au dépôt tardif de la note expresse, que toutes les informations figurant dans cette note expresse se retrouvent dans l'offre, que toute modification de la note expresse par rapport au contenu de l'offre aurait entraîné des contradictions apparentes, que les garanties de performance contenues à la note expresse ont nécessairement dû être établies avant le dépôt de l'offre puisque celle-ci contient déjà les informations, que les obligations légales reprises à la note expresse ne devaient pas nécessairement l'être car elles s'imposent aux soumissionnaires, que la circonstance que le dépositaire connaissait l'identité des autres soumissionnaires, seule communication lors de l'ouverture des offres, n'est d'aucune incidence sur son contenu puisque cette connaissance est sans incidence sur les performances annoncées par les autres soumissionnaires, qu'elles n'ont pas disposé d'un laps de temps plus long pour la rédaction de la note puisque ce document devait déjà être établi au moment du dépôt de la soumission et est d'ailleurs daté du 29 mai 2012, qu'il ne ressort pas *in concreto* que les chances des soumissionnaires seraient devenues plus inégales ou que la comparaison des offres serait devenue moins efficace, que l'on n'aperçoit pas non plus en quoi l'irrégularité a favorisé la manipulation des soumissions, qu'il n'a pas été dérogé aux possibilités de complément d'une offre déposée, que rien n'interdit à un soumissionnaire de communiquer spontanément un document que le pouvoir adjudicateur aurait pu lui demander sur la base de l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que le contenu "obligationnel" de l'offre n'a pas été modifié, que c'est au pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère essentiel d'un document prescrit par le cahier spécial des charges, que la note expresse ne peut avoir un tel caractère car elle n'est qu'une synthèse d'éléments se trouvant dans d'autres parties de l'offre et n'était donc pas nécessaire à la comparaison des offres et que, dans l'affaire en suspension, le Conseil d'État a admis la prise en compte de ce dépôt tardif.

D. Mémoire en réplique

Les parties requérantes répliquent, en substance, qu'elles démontrent à suffisance le caractère lacunaire de l'offre de l'attributaire par la production d'un tableau commenté en pièce 42 de leur dossier, que cette pièce établit que la partie adverse a identifié 157 et non 131 éléments, que l'argumentation de STRABAG ne peut être suivie car de nombreuses informations étaient manquantes, que STRABAG a eu 24 heures de plus pour compléter sa note en ayant connaissance d'informations susceptibles d'influencer son offre comme le nombre ou l'identité des autres offrants,

que les garanties de performance ont pu être modifiées après l'ouverture des offres, que la comparaison a été faussée, que l'irrégularité a favorisé la manipulation des soumissions et qu'il ne s'agit pas réellement d'un problème de notations mais d'engagement de STRABAG sur des points essentiels et que le marché ne pouvait pas être attribué à un soumissionnaire ayant remis tardivement une note expresse relative aux performances de fonctionnement de l'usine.

E. Dernier mémoire des intervenantes

Dans leur dernier mémoire introduit après communication du rapport établi par M. l'auditeur général-adjoint sur le fondement de l'article 12 du Règlement général de procédure, les intervenantes font valoir ce qui suit:

" En droit, l'on doit admettre qu'en l'absence de disposition contraire des documents du marché, un soumissionnaire puisse spontanément transmettre, après l'ouverture des soumissions, des éléments de nature à préciser ou à compléter son offre, pour autant que ces éléments ne modifient pas le contenu des engagements de ce soumissionnaire au travers de cette offre.

Tant la partie adverse que Monsieur le Premier Auditeur chef de section concluent, au vu de la note déposée le 30 mai et du contenu de l'offre des parties intervenantes, que la note ne modifie pas le contenu des engagements des parties intervenantes, et que le dépôt de cette note ne leur donne pas à un avantage au préjudice des autres soumissionnaires.

Votre Conseil en avait déjà décidé ainsi dans son arrêt n° 226.387 du 11 février 2014.

Les parties requérantes n'apportent, dans leur dernier mémoire, aucun élément de nature à contredire cette conclusion.

On n'aperçoit pas, par conséquent, pour quels motifs il y aurait lieu de s'en détourner.

Partant, ce moyen ne peut être fondé".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité du moyen

L'article 103 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, tel qu'applicable au présent recours, était rédigé comme suit :

" Art. 103. Sans préjudice des variantes éventuelles, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché".

À défaut de relation juridique suffisamment précise entre cette disposition et les circonstances de fait et de droit de l'affaire, le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque la violation de l'article 103 précité. Il est tout autant irrecevable en tant qu'il invoque une violation du principe de bonne administration, les requérantes n'exposant pas en quoi ce principe aurait été méconnu.

B. Quant au caractère fondé du moyen

Tel qu'applicable en l'espèce, l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité était libellé comme suit:

" Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité".

Conformément à cette disposition, dès lors qu'une prescription des documents du marché est considérée comme essentielle, l'offre introduite en méconnaissance de cette prescription est, *ipso facto*, entachée de nullité, sans que le pouvoir adjudicateur puisse exercer quelque appréciation quant au sort qui doit lui être réservé.

L'article 104, § 2, du même arrêté était, quant à lui, libellé comme suit:

- " Toute offre doit parvenir au président de la séance d'ouverture des offres avant qu'il ne déclare la séance ouverte.
Toutefois, une offre arrivée tardivement est prise en considération pour autant:
1° que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore notifié sa décision à l'adjudicataire,
2° et que l'offre ait été déposée à la poste sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant le jour fixé pour la réception des offres".

En l'espèce, il n'est pas contesté que la date d'ouverture des offres avait été fixée au 29 mai 2012 et que la note expresse imposée par le cahier spécial des charges, et qui fait partie intégrante de la section G de l'offre, n'a été transmise par les intervenantes à la partie adverse que le 30 mai 2012, par courrier électronique, et le 31 mai 2012, par courrier postal.

L'obligation de déposer l'offre avant que soit déclarée ouverte la séance d'ouverture des offres procède du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires: elle permet notamment – dans le cas de marchés pour lesquels,

comme en l'espèce, l'élaboration de l'offre s'annonce particulièrement fastidieuse – d'éviter que des soumissionnaires soient avantagés en ayant disposé d'un délai de préparation de leurs offres plus long que celui que leurs concurrents se sont astreints à respecter. Pour cette raison, la prescription des documents du marché qui fixe la date d'ouverture des offres doit être considérée comme une prescription essentielle au sens de l'article 110 précité, de sorte que l'offre introduite tardivement est affectée d'une irrégularité substantielle, imposant au pouvoir adjudicateur de l'écarter. Par ailleurs, en raison, d'une part, de la justification précédemment rappelée de l'exigence de dépôt des offres avant que soit déclarée ouverte la séance d'ouverture et, d'autre part, de ce que le caractère essentiel d'une prescription est révélé *in abstracto*, il importe peu, le cas échéant, que le contenu du document spontanément communiqué par le soumissionnaire concerné après l'ouverture des offres pouvait être directement ou indirectement décelé à l'analyse des parties de l'offre déposées dans le délai prescrit.

Sauf à priver de sens l'exigence de dépôt des offres dans le délai prescrit et à compromettre la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit, force est de considérer qu'elle s'étend à toutes les composantes de l'offre, particulièrement aux documents qui ont été exigés par le pouvoir adjudicateur et doivent être établis pour permettre une meilleure comparaison des offres, de sorte que la transmission d'une de ces composantes après qu'ait été déclarée ouverte la séance d'ouverture des offres a pour effet que l'offre doit, en règle, être tenue pour tardive. En l'espèce, tel est bien le cas de la note expresse dont l'importance en vue de procéder à une meilleure comparaison des offres ne peut être contestée, sauf à priver de sens l'obligation faite aux soumissionnaires de l'établir et de la joindre à leur offre.

Il ne peut, par ailleurs, être dérogé à la règle d'intangibilité des offres que lorsque des dispositions spécifiques le permettent, lesquelles dispositions doivent toutefois recevoir une interprétation stricte à raison de leur caractère dérogatoire. Il en va ainsi des dispositions qui accordent au pouvoir adjudicateur la faculté d'inviter un soumissionnaire à compléter son dossier de candidature, ou de celle, contenue à l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité et évoquée au cours des débats tenus en la présente cause, aux termes de laquelle "[l]e pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre". Cette disposition ne peut toutefois être invoquée en l'espèce aux fins de valider la démarche spontanée des intervenantes pour compléter leur offre. En effet, dès lors que cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'au stade de la comparaison des offres qui – par hypothèse – ont été jugées régulières, elle ne peut être mise en œuvre pour régulariser une offre entachée d'une irrégularité substantielle.

Dans ces circonstances, la partie adverse n'a pas pu considérer l'offre des intervenantes comme régulière et susceptible d'entrer en ligne de compte en vue de la comparer avec les autres offres, sans méconnaître plusieurs des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, au premier rang desquels figure le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Il s'ensuit que le moyen doit être déclaré fondé.

Il n'y a, par ailleurs, pas lieu d'examiner les autres moyens, qui – à les supposer fondés – ne pourraient entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

VI. Confidentialité

Les parties requérantes et adverse déclarent déposer à titre confidentiel diverses pièces qu'elles identifient dans leurs écrits de procédure respectifs.

L'arrêt n° 235.415, prononcé en la présente cause le 12 juillet 2016, lève la confidentialité de certaines pièces qu'il énumère.

Pour le surplus, dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État et que les pièces concernées sont renvoyées aux parties qui les ont déposées, les demandes de maintien de la confidentialité sont devenues sans objet.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

Dans leurs écrits de procédures, les intervenantes demandent la condamnation des requérantes au paiement de l'indemnité de procédure, qu'elles ne chiffrent toutefois pas.

Outre que la requête en intervention a été introduite avant l'entrée en vigueur de l'article 11 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, il convient de relever que le régime de l'indemnité de procédure n'est, en vertu de l'article 30/1, § 2, alinéa 4, *in fine*, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pas applicable à une partie intervenante.

La demande des intervenantes ne peut, en conséquence, être accueillie.

Par ailleurs, l'annulation de l'acte attaqué justifie que les dépens des requérantes soient laissés à la partie adverse. Les dépens des intervenantes liés à la requête introduite le 21 janvier 2014 sont supportés par ces dernières.

Enfin, l'article 52, § 5, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État dispose que "toute demande d'intervention vaut tant pour la procédure au fond que pour d'éventuelles procédures qui lui sont accessoires".

L'article 53, alinéa 2, du même arrêté du Régent du 23 août 1948 prévoit, quant à lui, que "si l'intervention a été accueillie dans la procédure en référé, les délais dont dispose la partie intervenante pour déposer des mémoires sont les mêmes que ceux dont dispose la partie adverse".

Il ressort de ces dispositions que, lorsque l'intervention est accueillie dans la procédure en référé, comme en l'espèce, la requête en intervention vaut tant pour cette procédure que pour la procédure subséquente en annulation. Il y a donc lieu de considérer que la requête en intervention qui a été introduite le 21 janvier 2014, par la société anonyme STRABAG BELGIUM et par la société de droit allemand STRABAG UMWELTECHNIK G.M.B.H., et qui a été accueillie dans la procédure en suspension par l'arrêt précité n° 226.387 du 11 février 2014, vaut également pour la procédure en annulation. Il n'y avait dès lors pas lieu, comme cela a été le cas en l'espèce, d'inviter ces sociétés à intervenir dans la procédure en annulation mais, au contraire, de leur permettre, en même temps que la notification de la requête en annulation à leur domicile élu, de déposer un mémoire en intervention dans le délai imparti, pas plus qu'il n'y avait lieu d'inviter les mêmes sociétés à acquitter, une seconde fois, le paiement des droits visés à l'article 70, § 2, de l'arrêté du Régent précité, de sorte qu'il y a lieu d'ordonner le remboursement des droits indûment payés.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La décision du Conseil d'Administration d'Intradel du 28 novembre 2013 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 "Strabag Belgium SA - Strabag Umweltanlagen Srl" est annulée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

La somme de 300 euros sera remboursée aux parties intervenantes.

Article 3

Les dépens, liquidés à la somme de 1300 euros, sont mis à charge de la partie adverse, à concurrence de 1050 euros, et à charge des parties intervenantes, à concurrence de 125 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatorze novembre deux mille dix-sept par :

MM. Jacques JAUMOTTE
Imre KOVALOVSKY
David DE ROY
M^{me} Katty LAUVAU,

Président du Conseil d'État,
président de chambre,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.