

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 240.252 du 20 décembre 2017

A.223.851/VI-21.124

En cause : **la société anonyme SODRAEP,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Vincent OST et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles,

contre :

la Société bruxelloise pour la Gestion de l'eau,
en abrégé S.B.G.E.,

ayant élu domicile chez
M^e Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme DENYS,

ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER et
Magali HEINE, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 23 novembre 2017, la société anonyme SODRAEP demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la S.B.G.E. d'écarter pour irrégulière l'offre de la requérante pour le marché de mise sous pertuis du Geleitsbeek et de pose du collecteur aux anciens étangs à Forest".

Par une "requête complémentaire" introduite le 12 décembre 2017, la société anonyme SODRAEP demande l'extension de l'objet du recours précité à la décision d'attribution du marché public litigieux.

II. Procédure

Par une ordonnance du 24 novembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 décembre 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 11 décembre 2017, la société anonyme DENYS demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Vincent OST et Maxime VANDERSTRAETEN, avocats, comparaisant pour la partie requérante, M^{es} Bruno LOMBAERT et Martin VRANKEN, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Magali HEINE, *loco* M^e Barteld SCHUTYSER, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause :

- " 1. Le présent recours concerne la procédure de passation d'un marché public de travaux relatif à la mise sous pertuis du Geleytsbeek et à la pose du collecteur Anciens étangs à Forest.

Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 28 juin 2017 [...] et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 1^{er} juillet 2017 [...]. La procédure de passation appliquée est celle de l'adjudication ouverte.

2. Le cahier spécial des charges afférant au présent marché décrit l'objet de celui-ci de la manière suivante :

«Objet des travaux : MISE SOUS PERTUIS DU GELEITSBEEK A FOREST ET POSE DU COLLECTEUR ANCIENS ETANGS A FOREST.

Commentaire :

Le présent marché comprend principalement:

- Les travaux topographiques nécessaires ainsi que l'élaboration des plans détaillés des ouvrages à réaliser;
- L'établissement de l'état des lieux de toutes les propriétés riveraines, et ce pour la totalité des parties construites, en plan, en élévation et en sous-sols, dont la parcelle cadastrale se trouve à moins de 12 m du bord des fouilles à exécuter pour les travaux décrits ci-après;
- Le démontage des revêtements de chaussées et de trottoirs de toutes espèces, y compris leur fondation jusqu'à une profondeur nécessaire à l'exécution des travaux suivant les nouveaux profils;
- La démolition de maçonneries, de béton et de béton armé;
- Le raclage de revêtements hydrocarbonés et leurs découpes nécessaires;
- L'exécution des terrassements de déblais et remblais, y compris le compactage, la stabilisation éventuelle, et/ou le remplacement de sol insuffisamment portant ou perméable, ainsi que les travaux provisoires pour maintenir les fouilles à sec ;
- La mise en œuvre d'une sous-fondation en sable;
- La mise en œuvre d'une fondation en béton maigre armé d'un treillis;
- La mise en œuvre d'une fondation et de remblais en sable *stabilis* ;
- La pose de palplanches (+/- 600 m);
- La mise en œuvre d'un béton colloïdal;
- La pose et la modification du système d'évacuation des eaux y compris la livraison et pose d'avaloirs, chambres de visite, tuyaux béton Ø 2400 mm (+/- 300 m), tuyaux béton Ø 1600 mm (+/-270 m), tuyaux béton Ø 400, 500 en 600 mm (en total +/-515 m), tuyaux PEHD Ø 400 (200 m) et tuyaux PEHD Ø 630 (40 m) et leur connexion aux égouts;

Fonçage dirigée en courbe 600 mm (60 m)

- L'exécution de revêtements de natures diverses ;
- L'évacuation de tous débris, déchets, etc. en dehors du domaine public, y compris l'évacuation vers une installation de recyclage conformément à l'Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 mars 1995.
- Tous travaux et fournitures accessoires et connexes pour la bonne exécution du chantier.
- Les essais de vérification et de réception.
- L'entretien des ouvrages de l'entreprise durant la période de garantie.
- Le curage d'égouts

Lieu d'exécution: rue des Anciens Etangs, rue St-Denis, BD de la IIème Armée Britannique à FOREST, Région de Bruxelles Capitale» [...]

Tel qu'il est décrit par le cahier spécial des charges, l'objet du marché porte donc sur la mise sous pertuis du Geleytsbeek et la pose du collecteur anciens étangs à Forest, ce qui implique un certain nombre de prestations et de travaux de génie civil, dont la pose de palplanches.

3. S'agissant des palplanches requises par le pouvoir adjudicateur, le cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

«PAROIS EN PALPANCHES

Valable pour les travaux de mise sous pertuis (fourniture et pose de tuyaux Ø 240 cm et chambres de visite) et de renforcement des berges, pour les blindages des tuyaux Ø 160 cm, pour les blindages des tuyaux Ø 40 cm et Ø 60 cm le long du Geleytsbeek et des voies d'Infrabel aux endroits nécessaires, les blindages (palplanches) des siphons à poser à tous les endroits nécessaires et pour les blindages des tuyaux Ø 50 cm le long des bâtiments.

1. DESCRIPTION

La construction de blindages en palplanches abandonnées dans le sol comprend:

- L'aménée et le repli du matériel nécessaire;
- Les travaux topographiques pour l'implantation des parois;
- La fourniture et le placement des palplanches;
- L'étançonnement provisoire des palplanches;
- Eventuellement l'étanchéisation de la paroi;
- Le recepage des palplanches jusqu'aux niveaux prescrits;
- Les raccordements avec les palplanches existantes près du bâtiment de Audi Brussels afin de réaliser une paroi continue étanche;
- Tous les travaux qui dépendent des travaux cités ci-devant ou qui les accompagnent;
- Tous les évidements et raccordements des rejets d'eau latéraux dans les palplanches et pour les passages des siphons au travers des palplanches et autres tuyaux nécessaires.

2. EXECUTION

Les palplanches neuves seront enfoncées jusqu'aux niveaux repris aux plans et selon les calculs à fournir par l'entrepreneur pour les sections et les profondeurs des palplanches.

L'exécution se fera selon les prescriptions de la DIN 4150.

Les parois abandonnées dans le sol seront recepées aux niveaux repris aux plans.

L'entrepreneur fournit une attestation de garantie d'origine des palplanches mentionnant les numéros des palplanches et la date de fabrication. Ces numéros frappés dans les palplanches doivent rester visibles après le fonçage.

Pour les berges du Geleytsbeek et pour la pose des tuyaux Ø 240 cm et des chambres de visite, les palplanches sont du type AZ 13 minimum, acier de qualité S240 GP (selon EN 10248) à dimensionner par l'entrepreneur (avec notes de calculs).

Pour le blindage des fouilles des tuyaux Ø 160 cm, Ø 40 cm, Ø 60 cm et Ø 50 cm, les palplanches sont à dimensionner par l'entrepreneur (avec notes de calculs) = sections des palplanches et longueurs des palplanches (fiches sous le bouchon en béton colloïdal).

Les palplanches sont foncées et laissées dans le sol après les travaux.

Le fonçage doit être exempt de chocs (pas de battage).

La distance entre les parois intérieures des palplanches foncées est indiquée sur les plans.

La méthode de pose des palplanches sera réalisée sans vibration ni battage.

La machine de pose mobilise le frottement latéral sur les trois dernières palplanches déjà enfoncées pour développer une force de réaction utilisée pour l'enfoncement de la palplanche suivante.

La machine progresse sur les palplanches au fur et à mesure de leur fonçage.

Avant de terminer la pose d'une palplanche, la machine se désengage des trois palplanches sur lesquelles elle était fixée et le corps de la machine se lève et se déplace vers l'avant, la machine redescend ensuite et s'agrippe sur les trois palplanches suivantes et peut ainsi terminer le fonçage de la palplanche.

Etant donné l'absence de percussions et d'oscillations lors de la pose, la mise en œuvre s'effectue de façon silencieuse et sans vibrations.

3. PAIEMENT

3.1. Palplanches définitives (pour les berges du Geleytsbeek et pour poser les tuyaux Ø 240 cm, les chambres de visite, les blindages du collecteur Ø 160 cm, Ø 40 cm et Ø 60 cm et des chambres de visite le long des voies Infrabel aux endroits nécessaires et pour les blindages des siphons à poser, à tous les endroits nécessaires et pour les tuyaux Ø 50 cm aux endroits nécessaires-).

Selon postes des métrés : au m².

Dans le prix des palplanches abandonnées dans le sol sont compris

- la fourniture et la pose des palplanches,
- l'étaçonnage provisoire, les butoirs et poutrelles intérieures, les pièces spéciales, tous les accessoires, les dispositifs d'étaçonnement,
- toutes les armatures soudées aux palplanches pour être liaisonnées avec les dalles en béton armé sous tous les tuyaux et les siphons, ces dalles en béton armé seront réalisées au-dessus du bouchon en béton colloïdal bétonné sous eau (des postes spécifiques sont prévus dans les métrés pour ces travaux),
- les recépages des palplanches,
- l'égalsation de la face supérieure aux niveaux repris sur les plans,
- les notes de calculs et de dimensionnement à fournir par l'entrepreneur,
- Les évidements et les raccordements des rejets d'eau latéraux dans les palplanches, les percements pour les siphons et autres tuyaux,
- toutes les opérations et autres sujétions,

Il appartient à l'entrepreneur de dimensionner les palplanches pour les nouveaux puits du Geleytsbeek, (Ø 240 cm et chambres de visite et jonctions amont et aval), pour les blindages des fouilles du collecteur Ø 160 cm, Ø 40 cm et Ø 60 cm et des chambres de visite le long du Geleytsbeek et des voies d'Infrabel aux endroits nécessaires, pour les blindages des siphons à tous les endroits nécessaires et pour les blindages des tuyaux Ø 50 cm (le long des bâtiments) et de fournir une note de calcul de stabilité détaillée des palplanches au Maître de l'Ouvrage.

L'entrepreneur tiendra également compte dans les calculs de stabilité des palplanches métalliques qu'il doit réaliser, de la présence et de la réalisation du bouchon inférieur en béton colloïdal bétonné sous eau qui doit résister à la sous pression de la nappe aquifère.

Le mesurage se fait en projection sur le plan vertical:

La longueur est l'axe du mur de palplanches (fibre neutre des palplanches) non développé;

La hauteur est celle des palplanches abandonnées dans le sol après recépage».

Il résulte du passage reproduit ci-dessus que pour les berges du Geleytsbeek et pour la pose des tuyaux Ø 240 cm et des chambres de visite, le marché comprend la fourniture et la pose de palplanches présentant des caractéristiques spécifiques. Celles-ci doivent en effet être «du type AZ 13 minimum, acier de qualité S240 GP (selon EN 10248) à dimensionner par l'entrepreneur (avec notes de calculs)».

4. Une visite des lieux du chantier a été organisée le 11 août 2017 pour la requérante et l'entreprise Denys, et le 16 août pour l'entreprise VIABUILD.

5. Trois soumissionnaires, dont la requérante, ont remis une offre dans le délai imparti, à savoir pour le 28 août 2017, à 11h.

Dans son offre, la requérante indique, dans l'annexe 11 à son offre, ceci :

«Les palplanches de type AZ13 ne sont plus produites dès lors notre prix se base sur des palplanches de type PAL 3280».

6. Le pouvoir adjudicateur a adopté une décision motivée d'attribution du marché le 7 novembre 2017. La décision en question a été prise par le conseil d'administration de la partie adverse, conformément aux statuts de celle-ci [...].

7. Concernant la régularité matérielle de l'offre de la requérante, la décision motivée d'attribution énonce les considérations suivantes :

«Vu l'exigence du pouvoir adjudicateur de prévoir pour les berges du Geleytsbeek et pour la pose des tuyaux Ø 240 cm et des chambres de visite, des palplanches "du type AZ13 minimum";

Vu l'article I.13 du cahier des charges dans lequel il est indiqué que "Par la présentation de son offre, le soumissionnaire accepte toutes les clauses du Cahier des Charges et renonce à toutes les autres conditions. Si le pouvoir adjudicateur constate, lors de l'analyse des offres, que le soumissionnaire a ajouté des conditions qui rendent l'offre imprécise ou si le soumissionnaire émet des réserves quant aux

conditions du Cahier des Charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière.";

Considérant que SODRAEP SA n'a pas signalé par écrit d'erreurs ou omissions dans les documents du marché avant la date de remise des offres;

Considérant que SODRAEP SA a indiqué dans son offre : "les palplanches de type AZ13 ne sont plus produites dès lors notre prix se base sur des palplanches de type PAL3280";

Considérant que l'affirmation de SODRAEP SA selon laquelle les palplanches du type AZ13 ne seraient plus produites est erronée;

Considérant également que les palplanches du type PAL3280 sont beaucoup moins rigides que les palplanches du type AZ13 minimum requises par le pouvoir adjudicateur; que les mouvements horizontaux dus à la pression de la terre et de l'eau augmentent considérablement et que ceci occasionnerait des déformations inacceptables;

Considérant que les caractéristiques techniques des palplanches ne se limitent pas à leurs dimensions et que les paramètres de résistance (moment d'inertie I et module de section W) sont primordiaux;

Considérant que les palplanches proposées par SODRAEP SA ne sont pas équivalentes, essentiellement du point de vue de leur résistance, à celles exigées par le cahier des charges qui avaient été établies en tenant compte de la fonction de l'ouvrage à construire et de la résistance qu'il devrait présenter, et que, d'ailleurs, l'offre de SODRAEP SA ne démontre pas (et ne cherche pas à démontrer) que les palplanches proposées seraient équivalentes;

Considérant que pour ces motifs l'offre de SODRAEP SA s'avère matériellement irrégulière de manière substantielle au regard d'une spécification technique essentielle et est dès lors écartée en application de l'article 95, § 3, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 15 juillet 2011;

[...]

Vu ce qui précède, je déclare conformes, d'un point de vue formel et matériel, les offres de DENYS NV et VIABUILD NV et non conforme l'offre de SODRAEP SA.

Pour les raisons citées ci-dessus je décide d'écarter l'offre de SODRAEP SA [...].».

8. Le marché a été attribué à la société DENYS, qui avait remis l'offre régulière comportant le prix le plus bas.

9. Les motifs de la non-sélection de la société SODRAEP lui ont été communiqués par un courrier recommandé du 8 novembre 2017 [...].

10. Une requête en suspension d'extrême urgence a été adressée au Conseil d'État le 23 novembre 2017 par la société SODRAEP contre la décision de la SBGE d'écarter pour irrégulière son offre pour le marché de mise sous pertuis du Geleytsbeek et de pose du collecteur aux anciens étangs à Forest, qui constitue donc l'acte attaqué.

Par un courrier du 23 novembre 2017, les conseils de la requérante ont transmis copie de la requête à la partie adverse [...].

Conformément à l'article 11 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, la S.B.G.E. a respecté le délai d'attente qui s'impose à elle en l'espèce, et n'a, à ce jour, pas conclu le marché."

IV. Intervention

Par une requête introduite le 11 décembre 2017, la société anonyme DENYS demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

A. La note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande de suspension.

Elle expose qu'«Il ressort expressément de la requête, tant en page 1 qu'en page 24 qui contient le dispositif, que l'acte attaqué est «la décision de la S.B.G.E. d'écarter pour irrégulière l'offre de la requérante pour le marché de mise sous pertuis du Geleitsbeek et de pose du collecteur aux anciens étangs à Forest» et que la requérante ne demande donc pas que soit suspendue l'exécution de la décision qui attribue le marché en question à l'un de ses requérants.

Elle ajoute que la requérante savait que le marché avait fait l'objet d'une attribution à l'un de ses concurrents, puisque le courrier de notification indique qu'à défaut d'introduction d'un recours dans un délai de 15 jours, le contrat sera conclu avec l'attributaire du marché. Elle souligne également que, dans le courrier du 23 novembre 2017, le conseil de la requérante informe la partie adverse que l'introduction de son recours empêche la conclusion du marché avec l'attributaire, ce qui démontre qu'elle savait qu'une décision d'attribution du marché avait été prise.

La partie adverse en conclut que la requérante est sans intérêt à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

B. La requête en intervention

La partie intervenante conteste également l'intérêt à agir de la requérante et soulève à cet égard une exception d'irrecevabilité similaire à celle formulée par la partie adverse.

Elle expose que la partie requérante doit attaquer précisément les actes qui lui font grief et se constituer, en référé comme en annulation, la possibilité d'être réintégrée dans la procédure de sélection ou d'attribution ou de se voir attribuer le marché public espéré ou une partie non attribuée par la décision attaquée, de sorte que

ne dispose pas de l'intérêt requis le requérant qui attaque la décision d'écarter son offre au motif qu'elle est irrégulière sans attaquer aussi la décision d'attribution du marché.

Tout comme la partie adverse, elle soutient que la requête ne vise pas la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la requérante en intervention, alors que la requérante connaissait l'existence de la décision d'attribution, puisque le courrier du 8 novembre 2017 lui notifiant la décision d'écarter son offre indique qu'à défaut d'introduction d'un recours dans un délai de 15 jours, "le contrat sera conclu avec l'attributaire du marché". Elle estime que la requérante a en outre démontré qu'elle n'ignorait pas l'adoption d'une décision d'attribution du marché puisqu'elle a, dans un courrier du 23 novembre 2017, informé la partie adverse que l'introduction de son recours empêchait la conclusion du marché avec l'attributaire. Elle en conclut que la requérante avait une connaissance suffisante de la décision d'attribution au plus tard le 23 novembre et qu'à défaut de l'avoir attaquée, elle est sans intérêt au présent recours.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'objet de la requête doit être interprété comme portant non seulement sur la décision déclarant irrégulière l'offre de la requérante, mais également sur la décision d'attribution du marché litigieux à l'intervenante. Il s'agit, en effet, d'un même acte qui comporte plusieurs chefs de décisions, dont seul l'un d'entre eux a été notifié à la requérante.

Il s'ensuit que les exceptions d'irrecevabilité soulevées tant par la partie adverse que par l'intervenante doivent être rejetées.

VI. Quant à la demande d'extension de l'objet du recours

Le recours devant être interprété comme portant aussi sur la décision d'attribution du marché, il n'y a pas lieu d'accueillir la demande d'extension de l'objet du recours.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un moyen, le second, de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier son article 93, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs

classiques, en particulier ses articles 8, 76, 131 et 133, ainsi que de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, du défaut de fondement juridique, de la violation des principes généraux de bonne administration, en particulier le principe général de droit relatif à la motivation interne et externe des actes administratifs, ainsi que du principe de diligence, de prudence et de minutie, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle expose que "l'acte attaqué et l'ensemble de la procédure de passation qui l'a précédé sont fondés sur la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics, sur ses arrêtés d'exécution et sur la loi du 17 juin 2013 avant sa modification par la loi du 16 février 2017", alors que "'l'avis de marché a été publié au Journal européen le 1^{er} juillet 2017, soit après l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de la loi modifiée du 17 juin 2013.

Elle développe son moyen comme suit :

" [...] Conformément à l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la loi du 17 juin 2016 entre en vigueur le 30 juin 2017, pour les marchés publiés à partir de cette date.

[...] Le marché en cause (largement au-delà des seuils européens) a fait l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne le 1^{er} juillet 2017. Il aurait par conséquent dû être soumis à la loi du 17 juin 2016, à ses arrêtés d'exécution, et à la loi modifiée du 17 juin 2013.

[...] La circonstance que le marché ait été publié le 28 juin 2017 au Bulletin des adjudications n'est à cet égard pas pertinente. Il résulte en effet de l'article 8 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (transposant l'article 52 de la directive 2014/24/UE) que les avis de marché ne peuvent pas être publiés au niveau national avant leur publication au niveau européen, et que le contenu des deux avis doit être identique. La partie adverse ne pourrait donc pas faire valoir un quelconque principe de primauté de l'avis publié au Bulletin en vue de faire échec à l'application de la loi du 17 juin 2016 et de ses arrêtés d'exécution.

Il en va d'autant ainsi que la directive 2014/24/UE aurait dû être transposée en droit national au plus tard le 18 avril 2016 (art. 90, § 1^{er}) et que l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 doit dès lors être interprété dans le sens qui permet d'assurer l'entrée en vigueur la plus rapide possible de la nouvelle loi.

[...] Cette interprétation est encore confirmée par le régime qui avait été appliqué lors de la transition entre la loi du 24 décembre 1993 et la loi du 15 juin 2006. L'article 1^{er} de l'arrêté royal du 2 juin 2014 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 disposait à cet égard comme suit [...] :

« Dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2013, pour les marchés publics, les marchés et les concessions de travaux publics publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date au Journal officiel de l'Union européenne ou au Bulletin des adjudications ainsi que pour les marchés publics, les marchés, et les concessions de travaux publics, pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à partir de cette date :

1° les articles qui ne sont pas encore entrés en vigueur;
2° pour les procédures autres que le dialogue compétitif, les articles qui sont déjà entrés en vigueur pour cette dernière procédure.
La date de publication au Journal officiel de l'Union européenne constitue le point de départ des marchés publics, des marchés et des concessions de travaux publics qui sont aussi bien publiés au niveau européen qu'au niveau belge. »
Votre Conseil a fait application de ce cas particulier dans un arrêt n° 226.436 du 14 février 2014, Sede Benelux. L'avis de marché avait été publié au Bulletin le 27 juin 2013 et au Journal officiel le 2 juillet 2013. Votre Conseil a jugé que la loi du 15 juin 2006 était d'application.
La même conclusion vaut en l'espèce.

[...] Pour autant que de besoin, la partie requérante rappelle qu'elle dispose d'un intérêt au moyen.

La loi du 17 juin 2016 et l'arrêté royal du 18 avril 2017 opèrent en effet une refonte profonde du droit des marchés publics, de sorte que leur application au présent marché aurait pu influencer le sens de la décision attaquée.

En particulier, l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 organise un nouveau régime d'examen de la régularité des offres. Ce régime repose notamment sur une nouvelle définition de l'irrégularité substantielle, sur de nouvelles présomptions d'irrégularités substantielles (notamment en cas de non-respect des exigences minimales, lesquelles doivent impérativement être identifiées comme telles dans le cahier des charges), sur l'interdiction pour le pouvoir adjudicateur d'écarter une offre affectée d'une irrégularité non-substantielle, etc.

En outre, sous le nouveau régime, la partie adverse aurait éventuellement pu choisir une autre procédure de passation (par exemple la procédure concurrentielle avec négociation dont l'usage est désormais élargi), auquel cas le résultat de la procédure de passation aurait également pu être différent.

En toute hypothèse, le moyen est pris du défaut de fondement juridique, de sorte qu'il est d'ordre public et que la partie requérante ne doit pas démontrer son intérêt au moyen.

[...]"

B. La note d'observations

La partie adverse répond comme suit à ce moyen:

" [...] L'avis relatif au marché litigieux a été publié au Bulletin des adjudications le 28 juin 2017 et qu'il a été publié au Journal officiel de l'Union européenne, malgré un envoi le même jour, le 1^{er} juillet 2017.

La partie adverse ne saurait être tenue responsable d'un retard de publication qui ne lui est pas imputable. C'est la raison pour laquelle les dispositions pertinentes de la législation des marchés publics, ancienne et nouvelle, prévoient que le délai minimum de réception des offres est calculé à partir de la date d'envoi de l'avis de marché.

Aussi, dans la mesure où l'envoi de l'avis de marché a été effectué par la partie adverse auprès des services du Journal officiel avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, et que l'avis de marché a bien été publié avant cette date butoir au Bulletin des adjudications, la date à prendre en considération pour déterminer le régime applicable au marché litigieux est bien le 28 juin 2017.

C'est d'ailleurs à tort que la requérante se réfère à l'article 8 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui dispose que la publication de l'avis de marché au Bulletin des adjudications ne peut avoir lieu avant sa publication au Journal officiel de l'Union européenne. La disposition qui s'imposait à la partie adverse au moment du lancement du marché était encore en effet l'article 29 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui dispose que la publication de l'avis de marché au Bulletin des adjudications «ne peut avoir lieu avant la date d'envoi de l'avis à l'Office des Publications de l'Union européenne», prescription qui, en l'occurrence, a été scrupuleusement respectée par la partie

adverse.

Enfin, l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne saurait être interprété en ce sens qu'il impliquerait l'applicabilité de la nouvelle législation des marchés publics au marché litigieux.

L'article 131 dispose que :

«Pour les marchés publics qui relèvent du titre 2 de la loi, les articles de la loi qui ne sont pas encore entrés en vigueur, à l'exception des dispositions visées à l'article 132 du présent arrêté, entrent en vigueur le 30 juin 2017, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date » [...].

D'une part, comme énoncé ci-avant, l'avis de marché relatif au marché litigieux a bien fait l'objet d'une publication conformément aux règles applicables le 28 juin 2017. Il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur d'anticiper l'entrée en vigueur prochaine de la nouvelle réglementation.

D'autre part, il a été précisé dans le rapport au Roi précédant le projet d'arrêté royal ce qui suit :

«Art. 131. Cette disposition concerne l'entrée en vigueur. Cette disposition précise la date d'entrée en vigueur du titre 2 de la loi. Elle n'entre en vigueur que pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date. Cette disposition vise à éviter que d'autres règles en matière de communication ne soient rendues applicables au cours de la passation d'un même marché. En pratique, une telle adaptation au cours de la procédure serait source d'une grande insécurité juridique; les parties ne sachant plus quelles règles appliquer. L'article 4 de la directive 2014/24/UE prévoit que la valeur estimée est déterminante pour savoir si le marché entre dans le champ d'application de la directive, en sachant que cette valeur doit être valable au moment de l'envoi de l'avis de marché, ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché et pas à un moment ultérieur. Cet élément doit être considéré comme l'élément déclencheur pour déterminer les règles à respecter. Changer les règles en cours de procédure conduirait à des situations indésirables et illogiques. L'avis de marché ferait par exemple référence à une procédure négociée avec publicité (en ce compris les règles y applicables), tandis que la procédure appliquerait finalement les nouvelles règles de la procédure concurrentielle avec négociation. La volonté du législateur européen n'est pas non plus de créer une telle insécurité juridique. La bonne gestion impose de ne pas modifier les règles en cours de route. Ce serait aussi contraire aux principes visés à l'article 18.1 de la directive 2014/24/UE» [...].

Il découle de ce qui précède, et notamment de la nécessité de garantir la sécurité juridique, que c'est bien la date de l'envoi de l'avis de marché qui doit déterminer le régime applicable à un marché déterminé.

La réglementation applicable au présent marché est donc bien la loi du 15 juin 2006, ainsi que l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

[...] À titre subsidiaire, il paraît difficile de considérer que la requérante a intérêt à ce second moyen. Le régime applicable à la vérification de la régularité des offres qui est prévu par la nouvelle réglementation des marchés publics de même que le régime applicable aux spécifications techniques n'impliquent aucun changement qui aurait été susceptible de conduire la partie adverse à adopter une autre décision que celle attaquée. La preuve en est que, dans le cadre de l'examen du premier moyen, la requérante ne se réfère à aucun moment aux nouvelles dispositions applicables en la matière. On peut même souligner le fait que les nouvelles dispositions en matière de spécifications techniques sont, en tout cas sur un point, plus souples que les anciennes, dans la mesure où l'article 53, § 4, alinéa 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit qu'en cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur des obligations visées audit paragraphe (à savoir celles de ne pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, sauf exception), la seule sanction prévue est que le

soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent. Contrairement à ce que prétend la requérante, la nouvelle réglementation n'impose pas de mentionner les exigences minimales dans le cadre d'une procédure ouverte. Enfin, on n'aperçoit pas en quoi, à la lumière des éléments du dossier administratif et des caractéristiques du marché litigieux, la procédure concurrentielle avec négociation aurait pu être mise en œuvre ni l'utilité qu'elle aurait pu présenter. Une telle discussion relève à l'évidence de la pure spéculation.
[...]"

C. La requête en intervention

La requérante en intervention fait valoir ce qui suit :

" 2.2. IRRECEVABILITE DU SECOND MOYEN

[...] L'intérêt au moyen est réglé par l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État aux termes duquel, depuis le 3 février 2014, les irrégularités alléguées par un requérant ne donnent lieu à l'annulation de l'acte attaqué que si (i) elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, (ii) elles ont privé les intéressés d'une garantie ou (iii) elles ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte. Votre Conseil a, à plusieurs reprises, fait application de ces conditions légales de manière stricte pour conclure à l'irrecevabilité de moyens. Votre Conseil considère que le requérant qui invoque une règle de droit dont la violation n'est pas susceptible d'avoir de conséquences pratiques sur le sens de la décision prise n'a pas d'intérêt au moyen. En matière de marchés publics, l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, auquel se réfère l'article 15 de la même loi, relatif à la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices, est libellé comme suit : «A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices [...]» [...].

Sauf à priver de sens et d'utilité les conditions de recevabilité définies par cette disposition, il incombe à la partie requérante de démontrer concrètement la lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée.

[...] En l'espèce, la partie requérante n'a aucun intérêt à invoquer l'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses arrêtés d'exécution. Elle reste en tout état de cause en défaut de démontrer son intérêt.

Ni le régime applicable en matière des spécifications techniques ni celui applicable en matière de régularité des offres n'offrent de changements susceptibles de conduire la partie adverse à une autre décision que celle prise le 7 novembre 2017, au contraire. Il en résulte que la partie requérante perdrait tout intérêt à son premier moyen si la loi du 17 juin 2016 et ses arrêtés d'exécution étaient appliqués au présent marché.

(i) En ce qui concerne les première, deuxième et quatrième branches du premier moyen

[...] Dans la première branche de son premier moyen, la partie requérante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir défini d'autorité le procédé particulier d'Arcelor-Mittal susceptible de rencontrer l'exigence de résistance au lieu de définir la résistance que devait présenter l'ouvrage. Elle estime en outre, dans sa deuxième branche, que ses palplanches, les PAL 3280, sont équivalentes aux palplanches de type AZ 13. Elle en déduit, dans sa quatrième branche, une rupture de l'égalité entre soumissionnaires dès lors qu'aucun soumissionnaire n'aurait été

en mesure de fournir les palplanches exigées par le pouvoir adjudicateur. Or comme précédemment exposé [...], la loi du 17 juin 2016 explicite désormais que la seule sanction au non-respect des dispositions en matière de spécifications techniques est la possibilité pour le soumissionnaire de proposer un produit ou service équivalent : «En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur des obligations visées au présent paragraphe, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent» (art. 53, § 4, alinéa 4 de la loi du 17 juin 2016). En conséquence, dans l'hypothèse où le marché litigieux serait soumis à la nouvelle réglementation en matière de marchés publics et où il y aurait, comme l'allègue la requérante, violation de la réglementation en matière de spécifications techniques, *quod non*, la seule obligation de la partie adverse serait toujours, comme sous l'ancienne législation, de permettre à la partie requérante de proposer des palplanches équivalentes. Or, la partie adverse a justement vérifié lors de l'attribution du marché l'équivalence entre les exigences du cahier spécial des charges et les palplanches proposées par la partie requérante. Elle a motivé dans l'acte attaqué les raisons pour lesquelles il n'y a pas d'équivalence entre les palplanches de type AZ13 et les PAL3280 proposées par la partie requérante [...]. La partie requérante n'aurait dès lors pas d'intérêt à se voir appliquer la nouvelle réglementation en matière de spécifications techniques, au risque de perdre son intérêt au premier moyen, en ses première, deuxième et quatrième branches.

(ii) En ce qui concerne la troisième branche du premier moyen

[...] La requérante allègue dans la troisième branche de son premier moyen que l'irrégularité de son offre, si elle existe, ne serait pas substantielle.

La réglementation appliquée au présent marché (article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011) n'est pas différente, contrairement à ce que laisse entendre la partie requérante, de la nouvelle réglementation en matière de régularité des offres (art. 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017). L'article 76 du nouvel arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit ainsi :

« Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3. [...]» [...].

Au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, sont donc essentielles les dispositions des documents du marché qui sont «de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou sa comparaison avec les autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues». Une série

d'irrégularités sont par ailleurs réputées substantielles. A l'instar de la réglementation appliquée au présent marché, est aussi substantielle, l'irrégularité qualifiée comme telle par les documents du marché.

[...] En l'espèce, à supposer que la partie adverse devait appliquer le régime de régularité des offres prévus dans la nouvelle réglementation, elle n'aurait pu que constater l'existence d'une irrégularité substantielle affectant l'offre de la requérante.

En effet, la décision d'écarter l'offre de la partie requérante en raison d'une irrégularité substantielle se base sur une double motivation.

D'une part, la partie adverse a relevé qu'elle s'est réservée la possibilité dans l'article I.13 du cahier spécial des charges de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière si elle constate, lors de l'analyse des offres, que le soumissionnaire a ajouté des conditions qui rendent l'offre imprécise ou si le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du cahier des charges [...]. D'autre part, la partie adverse a motivé les raisons pour lesquelles l'irrégularité décelée dans l'offre de la partie requérante méconnaissait une disposition essentielle et, partant, justifiait d'être qualifiée de substantielle.

Ces raisons tiennent au fait que les palplanches PAL 3280 ne répondent pas aux besoins de la partie adverse. La requérante en intervention ne voit pas en quoi les motifs invoqués dans l'acte attaqué à cet égard ne justifieraient pas de qualifier l'irrégularité de la partie requérante de substantielle au regard de la nouvelle réglementation des marchés publics. En ne proposant pas des palplanches équivalentes à celles demandées dans les documents du marché, l'engagement de la partie requérante à exécuter le marché dans les conditions prévues est inexistant, incomplet ou à tout le moins incertain, en sorte que l'irrégularité est substantielle par nature et justifie, à l'instar de la réglementation appliquée au marché, d'écarter son offre.

Il en résulte que, comme motivé par la partie adverse, l'irrégularité affectant l'offre de la partie requérante est une irrégularité substantielle tant au sens de la réglementation appliquée au marché que de la nouvelle réglementation.

L'application de la nouvelle réglementation ne placerait pas la partie requérante dans une situation plus favorable. Elle n'a dès lors pas d'intérêt à en invoquer l'application.

(iii) En ce qui concerne le choix de la procédure de passation du marché

[...] L'hypothèse de la partie requérante selon laquelle l'application de la nouvelle réglementation aurait permis d'utiliser une autre procédure de passation relève de la pure spéculation.

Le choix de la procédure de passation du marché relève de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. Il est par ailleurs improbable qu'une procédure concurrentielle avec négociation aurait été choisie pour un marché public dont le seul critère d'attribution est le prix.

[...] Il en résulte que la partie requérante n'a aucun intérêt au deuxième moyen. Le deuxième moyen est donc irrecevable.

2.3. REFUTATION DU SECOND MOYEN

[...] Conformément à l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics entre en vigueur le 30 juin 2017 pour les marchés publiés à partir de cette date.

Le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise la *ratio legis* de cet article : [...].

Contrairement à ce qu'allègue la partie requérante, cet article ne doit pas s'interpréter comme exigeant une entrée en vigueur la plus rapide possible de la loi mais bien comme exigeant de limiter les situations d'insécurité juridique et de ne pas imposer des règles différentes en cours de procédure.

L'article 131 précité ne saurait être applicable à des marchés pour lesquels l'avis de

marché a été envoyé avant son entrée en vigueur.

[...] En l'espèce, la partie adverse a lancé la procédure de marché public litigieuse dès l'envoi, qui a eu lieu simultanément le 28 juin 2017 [...], de l'avis de marché en vue de sa publication au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne.

L'avis du marché litigieux a été publié le 28 juin 2017 au Bulletin des adjudications et le 1^{er} juillet 2017 au Journal officiel de l'Union européenne. Il en résulte que la date d'envoi de l'avis en vue de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications est antérieure à la date d'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016.

[...] Contrairement à ce qu'allègue la partie requérante, la date d'envoi de l'avis est celle à prendre en considération pour déterminer quelle réglementation appliquer, et ce d'autant que l'avis a en l'espèce été envoyé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation le 1^{er} juillet 2017. La partie adverse ne pourrait pas être tenue responsable d'un retard de publication qui ne lui est pas imputable. Il en va de la sécurité juridique.

[...] Le second moyen n'est pas sérieux."

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Sur la recevabilité du moyen

Les parties adverse et intervenante contestent la recevabilité du moyen. Se fondant tant sur l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État que sur l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, elles soutiennent que la requérante est en défaut d'établir son intérêt au moyen et, en particulier, qu'elle ne démontre pas en quoi consiste la lésion que la violation alléguée lui aurait causée ou risqué de lui causer.

Les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée disposent comme suit :

- " Art. 14. A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession.

Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte,

suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément."

L'article 14 précité soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant.

Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant. Lorsque cette condition est respectée, l'article 14 n'interdit pas que soient soulevés d'autres moyens, qui allèguent une violation n'ayant pas lésé ou ne risquant pas de léser le requérant. Par ailleurs, si l'intérêt au moyen peut notamment résulter d'une lésion causée par l'illégalité dénoncée, il peut également être établi sur la base d'autres éléments d'appréciation. En d'autres termes, dès lors que la requête satisfait aux deux conditions de recevabilité énoncées par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, rien n'impose au Conseil d'État de s'en tenir, pour l'appréciation de l'intérêt au moyen, à la seule vérification de l'existence d'une lésion ou d'un risque de lésion et, le cas échéant, au seul constat d'un défaut de lésion ou de risque de lésion.

En l'espèce, la recevabilité du recours au regard des deux conditions prescrites par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 n'est pas contestée.

En vue d'établir la recevabilité du second moyen, la requérante expose notamment que l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 organise un nouveau régime d'examen de la régularité des offres, qui repose sur une nouvelle définition de l'irrégularité substantielle et qui comporte de nouvelles présomptions d'irrégularités substantielles, notamment en cas de non-respect des exigences minimales, lesquelles

doivent être identifiées comme telles dans les documents du marché.

L'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 définit, en son alinéa 3, l'irrégularité substantielle comme étant "celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues". C'est par rapport à cette définition que le pouvoir adjudicateur aurait dû apprécier le caractère substantiel ou non de ce qu'il a considéré comme étant une irrégularité de l'offre de la requérante. En alléguant que "l'irrégularité affectant l'offre de la partie requérante est une irrégularité substantielle tant au sens de la réglementation appliquée au marché que de la nouvelle réglementation", l'intervenante préjuge de l'examen que la partie adverse aurait dû effectuer en appliquant la réglementation adéquate.

Au stade actuel de la procédure, rien ne permet au Conseil d'État de considérer, sans substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, que l'offre de la requérante n'aurait pu qu'être déclarée irrégulière s'il avait été fait application des nouvelles règles, ni que les autres offres, examinées à l'aune de la nouvelle législation et de la nouvelle réglementation, auraient nécessairement été déclarées régulières, notamment eu égard aux exigences environnementales, l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 1^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 réputant désormais substantielles les irrégularités consistant notamment dans le non-respect du droit environnemental pour autant que celui-ci soit sanctionné pénalement. Il s'en déduit que le second moyen dénonce une violation qui a risqué de léser la requérante.

L'intérêt au moyen doit, *prima facie*, être considéré comme établi, et ce, sans qu'il soit besoin, dans les limites d'un examen en extrême urgence, de déterminer si l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État est applicable aux recours visés par les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013. À supposer que tel soit le cas, il suffirait en tout état de cause de constater qu'il ne peut être tenu pour acquis que l'irrégularité dénoncée par le moyen a été sans influence sur le sens de la décision prise, de sorte que l'irrégularité ainsi alléguée relève, en tout état de cause, de celles qui peuvent donner lieu à une annulation conformément à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées précitées.

B. Sur le caractère sérieux du moyen

Aux termes de l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques:

" Pour les marchés publics qui relèvent du titre 2 de la loi, les articles de la loi qui ne sont pas encore entrés en vigueur, à l'exception des dispositions visées à l'article 132 du présent arrêté, entrent en vigueur le 30 juin 2017, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date".

En l'espèce, le marché en cause a fait l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications le 28 juin 2017. Ledit avis a été envoyé le même jour à l'Office des publications de l'Union européenne. Il a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 1^{er} juillet 2017.

Au moment où le pouvoir adjudicateur a dû déterminer le mode de publicité requis, les dispositions applicables étaient contenues notamment dans l'article 29 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, lequel disposait comme suit :

" § 1^{er}. Un marché soumis à la publicité européenne est publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications.
L'avis publié au Bulletin des adjudications ne peut avoir un contenu autre que celui publié au Journal officiel de l'Union européenne. Sa publication ne peut avoir lieu avant la date d'envoi de l'avis à l'Office des Publications de l'Union européenne, ce dernier avis mentionnant cette date.

Un marché soumis uniquement à la publicité belge fait l'objet d'une publication au Bulletin des adjudications.

§ 2. Pour les marchés qui, en application du présent arrêté, sont soumis à la publicité, seul l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications vaut publication officielle. Cette règle vaut également pour les renseignements mentionnés à l'adresse internet dont il est question à l'article 40, § 2, dernier alinéa.

Aucune autre publication ou diffusion ne peut avoir lieu avant la date de l'envoi de l'avis pour publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications. Elles ne peuvent avoir un contenu autre que celui de la publication officielle."

Il résulte de ces dispositions que lorsque, comme en l'espèce, un marché dépasse les seuils européens, il doit faire l'objet d'une publication au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Ce n'est que lorsque les deux publications sont effectuées que la formalité de publication ainsi prescrite est accomplie et que le marché peut être considéré comme étant "publié" au sens de l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité.

Le pouvoir adjudicateur a envoyé la demande de publication au Journal officiel de l'Union européenne le 28 juin, date à laquelle l'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications, ainsi que le permettait l'article 29, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Il n'en demeure pas moins que le marché ne peut être considéré comme ayant été publié que lorsque la publication au Journal officiel a été effectuée, soit le 1^{er} juillet 2017. Par ailleurs, pour déterminer les marchés auxquels s'appliquent les dispositions de la loi du 17 juin 2016, l'article 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prend en considération la date de publication et non celle de l'envoi pour publication. Les extraits du Rapport au Roi dont se prévalent les parties adverse et intervenante ne sont pas de nature à énerver cette analyse. En effet, ils traduisent le souci d'éviter qu'un même marché soit soumis à plusieurs législations et réglementations successives et, partant, la volonté de soumettre le marché intégralement à l'une ou l'autre de celles-ci. La prise en considération de la date de publication permet précisément d'atteindre cet objectif.

Dès lors que le présent marché a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 1^{er} juillet 2017, la partie adverse aurait dû appliquer les dispositions de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le moyen est sérieux.

VIII. Confidentialité

La partie requérante dépose son offre à titre confidentiel et demande de la soustraire des pièces consultables du dossier administratif.

La partie adverse dépose les offres des trois soumissionnaires au dossier administratif confidentiel en précisant que la confidentialité de ces offres se justifie par un souci de préservation du secret des affaires et de la libre concurrence entre les candidats. Par ailleurs, par un courriel du 13 décembre 2017, la partie adverse a transmis "deux annexes relatives aux prix des soumissionnaires". Pour les mêmes raisons que celles exprimées à propos du dépôt des offres, elle demande au Conseil d'État d'en préserver la confidentialité.

La partie intervenante demande également que son offre, qu'elle ne dépose pas elle-même, demeure confidentielle.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est pas nécessaire à ce stade de la procédure, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par société DENYS est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

Il n'y a pas lieu d'accueillir la demande d'extension de l'objet du recours.

Article 3.

La suspension de l'exécution de la décision adoptée le 7 novembre 2017 par la S.B.G.E. d'écarter l'offre de la société SODRAEP pour le marché de mise sous pertuis du Geleitsbeek et de pose du collecteur aux anciens étangs à Forest et d'attribuer ce marché à la société DENYS est ordonnée.

Article 4.

L'offre déposée par la requérante, les trois offres déposées par la partie adverse et les "deux annexes relatives aux prix des soumissionnaires" transmises par courriel le 13 décembre 2017 demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 7.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt décembre deux mille dix-sept par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.