

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

A R R Ê T

n° 244.034 du 26 mars 2019

A. 227.450/VI-21.424

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
LA FILIÈRE BOIS**, en abrégé FILBOIS,

ayant élu domicile chez
M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée Association
Intercommunale de traitements des déchets liégeois**,
en abrégé INTRADEL,

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 février 2019, la société coopérative à responsabilité limitée LA FILIÈRE BOIS, en abrégé FILBOIS, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par la partie adverse le 24 janvier 2019 d'écarter l'offre qu'elle a déposée dans le cadre du marché de services de traitement des déchets de bois collectés dans les recyparcs INTRADEL (CSCh n° 18/51 /INT) pour cause des irrégularités substantielles dont elle aurait été affectée, et, par voie de conséquence, d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire".

II. Procédure

Par une ordonnance du 20 février 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 mars 2019 à 9 heures 30.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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^e Jean-Luc TEHEUX, *loco* M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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. Exposé des faits utiles

La requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension:

" [...]. La partie adverse publie un avis de marché afférent à l'attribution par procédure ouverte d'un marché public de services relatif traitement des déchets de bois collectés sélectivement dans les recyparcs (Cahier des charges n° 18/51/INT). En application du cahier spécial des charges (pièce 1) n°18/51/INT, le marché a pour objet le traitement des déchets de bois collectés sélectivement dans les recyparcs d'INTRADEL. Il est subdivisé en 8 lots :

La prestation de services a pour objet le traitement des déchets de bois collectés sélectivement dans les recyparcs de l'Intercommunale de traitement des déchets de la région liégeoise (ci-après dénommée INTRADEL). Par «traitement», on entend tout procédé de valorisation des déchets conformément à la législation en vigueur en Région Wallonne.

La durée du marché est de 1 an.

L'adjudicataire devra être en mesure de démarrer l'exécution de ce marché au 21/02/2019.

La quantité annuelle totale de déchets de bois à traiter est estimée à 25.000 tonnes. Le marché est subdivisé en 8 lots équivalents d'une quantité annuelle présumée de 3.125 tonnes.

Le soumissionnaire peut remettre offre pour un ou plusieurs lots. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de n'attribuer que certains lots et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon une autre procédure de passation.

Il n'y a pas d'option ni de variante. Les variantes libres sont interdites.

[...]. Le mode de passation est la procédure ouverte, le marché étant attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de deux critères définis à l'article 87 du cahier spécial des charges (pièce 1) comme suit :

Le marché sera attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre jugée économiquement la plus avantageuse, après que le pouvoir adjudicateur aura vérifié, à l'égard de ce soumissionnaire, l'exactitude de la déclaration implicite sur l'honneur (et à condition que le contrôle ait démontré que la déclaration implicite sur l'honneur correspond à la réalité).

L'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée en se fondant sur le meilleur rapport qualité prix évalué sur base des critères suivants :

- | | |
|---|-----------|
| 1) Le coût | 80 points |
| 2) Si le nombre de site de versage est inférieur à quatre et que l'attribution du lot considéré à un soumissionnaire augmenterait le nombre des sites de versage disponibles, l'offre correspondante reçoit 20 points. Dans le cas contraire, elle reçoit 0 points. | 20 points |

Pour l'évaluation du critère «coût», il sera tenu compte des prix offerts (TVA comprise) et des autres éléments chiffrables qui viendront d'une manière certaine augmenter les débours.

En l'espèce, ces autres éléments chiffrables sont les coûts de transport des matières depuis les recyparcs (coordonnées reprises en annexe 1) vers le(s) site(s) de versage proposé(s) par le soumissionnaire. Le coût du transport sera calculé par INTRADEL conformément aux dispositions prévues par les marchés 16/24/INT et 16/24b/L05/INT de services de transport des matières collectées dans les recyparcs.

Le marché est à bordereau de prix. La quantité annuelle de traitement estimée est de 25.000 t.

Selon article IV, «description des services» du cahier spécial des charges, «L'attention du soumissionnaire est attirée sur le point suivant : le transport des conteneurs de déchets de bois provenant des recyparcs INTRADEL est régi par un marché de services indépendant du présent marché (marché de transport et de vidange de conteneurs de grands volumes disposés dans les recyparcs INTRADEL). Les coûts de transport jusqu'au(x) site(s) de versage seront donc calculés par le Pouvoir adjudicateur conformément aux dispositions de ce marché et seront inclus dans l'analyse des offres (pour plus de détail concernant l'analyse des offres, voir «Deuxième partie – article 87»).

[...]. Sous le titre IV du cahier spécial des charges, «description des services», est également stipulé que:

Les stations de transferts et centres de versage proposés doivent être accessibles tous les jours ouvrables de l'année, au minimum durant les plages d'ouverture suivantes :

Du lundi au vendredi : de 8h à 17h.

Le samedi : de 8h à 13h de décembre à février et de 8h à 17h reste de l'année.

Cet horaire devra en outre être adapté en fonction des besoins du Pouvoir adjudicateur, sans toutefois dépasser onze heures d'ouverture successives. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur s'engage à avertir le prestataire de ses besoins au minimum 2 jours ouvrables à l'avance.

Cette accessibilité est un élément essentiel du marché, des pénalités spéciales ont donc été prévues en cas de non-respect de ces principes.

[...]. La requérante dépose une offre en vue d'offrir ses services dans le cadre des 8 lots faisant l'objet du marché en cause (pièce 1 du dossier confidentiel). Elle offre pour les 5 premiers lots un prix de 56,00 HTVA /tonne et pour les trois derniers lots un prix de 60,00 HTVA / tonne.

[...]. Selon courrier du 1^{er} février 2019 (pièce 4), la partie adverse informe la requérante de ce que son offre n'a pas été retenue, et qu'en conséquence le marché (comprenant les 8 lots) a été attribué à «un soumissionnaire concurrent». A la lecture de ce courrier, cette dernière apprend que son offre a été écartée en raison de deux irrégularités qui auraient été considérées comme substantielles. Cet extrait est reproduit ci-dessous:

Conformément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, nous vous informons que votre offre a été jugée irrégulière/non conforme pour les motifs suivants (extraits de la décision motivée prise par notre conseil d'administration en sa séance du 24 janvier 2019) :

«contrairement au cahier spécial des charges qui impose (page 5) une ouverture du lundi au vendredi de 8 à 17h et le samedi de 8 à 13h de décembre à février et de 8 à 17h le reste de l'année, ce soumissionnaire indique ouvrir son site de traitement du lundi au vendredi de 7h30 à 12h et de 12h30 à 16h30 (en précisant que la dernière pesée a lieu à 16h15), et le samedi de 8h à 12h et de 12h30 à 15h (en précisant que la dernière pesée a lieu à 14h45). Or, le cahier des charges précise en gras que cette accessibilité est un élément du marché (page 5) et des pénalités spéciales ont été prévues en cas de non-respect de ces principes (page 17). Dans la mesure où l'offre de FILBOIS ne respecte pas les exigences minimales du cahier des charges, elle lui donne un avantage discriminatoire et rend incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues. Cette irrégularité est substantielle, et l'offre de FILBOIS est donc considérée comme nulle en application de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Par ailleurs, la société FILBOIS a reproduit 2 fois la page du formulaire d'offre (page 39 du cahier des charges) en indiquant sur une des pages "5 lots à 56€/tonne" et sur l'autre "3 lots à 60€/tonne", alors qu'elle ne propose qu'un seul site de versage et que le formulaire d'offre indiquait, sous la rubrique à remplir, "à remplir plusieurs fois si le site diffère selon le site de versage proposé". Dans la mesure où cette manière de remettre offre est de nature à entraîner une distorsion de concurrence face aux concurrents qui ont remis un prix unique et empêche la comparaison des offres (le marché est attribué de manière séquentielle – voir *infra* – le pouvoir adjudicateur doit-il considérer que les 1^{ers} lots coûteront 56 € ou 60 € ?), elle est également considérée également comme une irrégularité substantielle.

En conséquence, l'offre de FILBOIS doit être considérée, pour ces deux motifs, affectée de deux irrégularités substantielles et donc nulle».

[...]. La décision du 24 janvier 2019 de la partie adverse de considérer l'offre de la requérante irrégulière est illégale. Cette dernière introduit dès lors la présente procédure en suspension d'extrême urgence. Il s'agit de l'acte querellé".

IV. Premier moyen

IV.1 Thèse de la requérante

Le premier moyen est pris de la violation :

- "- de l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- du principe de bonne administration et de son corollaire le devoir de minutie;
- de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation;
- du principe de sécurité juridique;
- du principe de confiance légitime;
- du principe de proportionnalité;
- du principe de traitement égalitaire des soumissionnaires;
- des articles 4 et 5 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, du principe de motivation formelle et matérielle des actes administratifs et la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation;
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ".

Après avoir rappelé la portée des règles et principes dont elle se prévaut, et après avoir reproduit la prescription figurant au chapitre IV du cahier spécial des charges, relative aux plages horaires auxquelles le centre de versage doit être accessible, la requérante fait valoir ce qui suit:

- la mention relative à l'accessibilité est reprise après l'obligation d'adaptation de l'horaire en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur, ce dernier devant alors avertir le prestataire de ses besoins au minimum deux jours ouvrables à l'avance, la requérante soulignant que seules les deux mentions, d'une part, d'horaire adapté, et, d'autre part, d'accessibilité, sont reprises en gras dans le texte, et non l'horaire de base;
- selon article 45, § 1^{er}, du cahier spécial des charges, une pénalité spéciale est appliquée en cas de "non-respect des horaires d'ouverture convenus (point IV de la première partie du présent cahier spécial des charges)"; si cette pénalité avait eu pour objectif de sanctionner le non-respect des horaires d'ouverture de base, il n'aurait pas été question d'horaires convenus, mais d'horaires imposés ; selon l'article IV du cahier spécial des charges, ces pénalités sont à rattacher à l'accessibilité considérée comme étant essentielle, son non-respect étant sanctionné par leur application;
- la requérante soumissionne de longue date pour la partie adverse et a toujours prévu les mêmes horaires de base que ceux spécifiés dans le cadre du présent marché; les cahiers des charges régissant les marchés précédents ont toujours été rédigés rigoureusement de la même manière en ce qui concerne la question de l'accessibilité; si la qualification "d'élément essentiel du marché" avait concerné l'horaire de base, la requérante ne se serait vue attribuer aucun lot;
- l'accessibilité est rencontrée tant au travers de l'horaire de base, que des ouvertures au-delà de celui-ci; dès lors, quand bien même l'horaire prévu selon l'offre du soumissionnaire aurait été plus restreint que celui qui l'est selon cahier spécial des charges, il n'en demeure pas moins que les prestations, qui consistent dans le traitement d'une quantité présumée de 25.000 tonnes, peuvent être réalisées au travers de cette accessibilité.

Selon la requérante, l'accessibilité, considérée comme un élément essentiel, n'est pas rattachée à l'horaire de base. Elle estime que donner une interprétation autre au cahier spécial des charges reviendrait à violer le principe de proportionnalité, dès lors que les quantités présumées peuvent être également traitées, ainsi que tel a d'ailleurs été le cas, au travers des heures d'ouverture au-delà de celles renseignées. Elle en conclut que, quand bien même elle ne respecterait pas l'horaire de base, son offre ne peut donc pas être considérée comme entachée d'une irrégularité qualifiée de substantielle par les documents du marché.

Elle ajoute qu'à supposer qu'il y ait un doute quant à la portée de la notion d'"accessibilité", dès lors que le contrat de marché public est d'adhésion, une obligation de bonne rédaction du contrat, dépourvue d'obscurité et d'ambiguïté, pèse sur le pouvoir adjudicateur. Il s'agit, selon la requérante, d'une obligation de résultat dans le chef de l'autorité, sanctionnée par une interprétation à son encontre en cas de doute. La requérante expose à ce propos ce qui suit:

" [...] Il existe une parenté évidente, non seulement entre l'article 1162 et l'article 1602 du Code civil, mais entre ces dispositions et une tendance significative de la jurisprudence (au demeurant de plus en plus vive au vu des décisions contemporaines) suivant laquelle il y a lieu d'interpréter en cas de doute, le cas échéant extensivement les contrats d'adhésion à l'encontre de leur rédacteur, qui est aussi le plus souvent la partie la plus forte dans le rapport contractuel. Il en découle l'existence d'un principe d'interprétation de ce type de contrat opérant «*contra proferentem*», c'est-à-dire à l'encontre de celui qui a rédigé le contrat.

[...]

Les éléments du raisonnement à cet égard nous paraissent en effet devoir être les suivants :

1) Il ne peut être nié que ce qui est sous-jacent aux articles 1162 et 1602 du Code civil, ainsi qu'à l'adage d'interprétation «*contra proferentem*», c'est l'idée que la partie contractante la plus forte avait l'obligation de bien s'expliquer au sujet du contrat, qu'elle ne l'a peut-être pas fait (d'où l'ambiguïté ou l'obscurité d'une clause), qu'elle a pu être alors de mauvaise foi, commettant l'équivalent d'une réticence dolosive en rédigeant le contrat de façon obscure pour l'autre partie afin de lui tendre quelque piège, de sorte qu'elle doit finalement être sanctionnée, et que, du moins, une règle d'interprétation défavorable doit lui être appliquée. A cet égard, les analyses de Domat au sujet de la règle contenue dans l'article 1602 du Code civil, qu'il érigeait en principe général débordant le droit de la vente, étaient particulièrement éclairantes : «Si l'obscurité, l'ambiguïté, ou tout autre vice d'une expression, est un effet de la mauvaise foi, ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait ».[...] Et l'on retrouve identiquement ce type d'analyse, prenant en compte la mauvaise foi de la partie contractante concernée, et l'atteinte au principe de l'exécution de bonne foi, dans les travaux préparatoires du Code civil concernant l'article 1602.

2) Dès lors que la partie qui rédige le contrat est tenue par l'obligation de bonne foi, et ne peut se comporter de mauvaise foi- de sorte que le principe général d'exécution de bonne foi, valant tant pour la phase contractuelle que précontractuelle et de rédaction du contrat, est le fondement des régimes restrictifs dans ce domaine -, l'on arrive à la conclusion que l'on peut comprendre que soit érigée à l'égard des contrats d'adhésion, une véritable obligation de bonne rédaction du contrat, dépourvue d'obscurité et d'ambiguïté, qui est une obligation

de résultat et qui est sanctionnée déjà par une interprétation à l'encontre du rédacteur en cas de doute.

[...] 4) On en arrive donc à la conclusion que l'adage d'interprétation «*contra proferentem*» traduit l'existence d'une obligation de résultat spécifique, dans la rédaction du contrat – le rédacteur du contrat a l'obligation de rédiger un contrat clair- dont la première sanction réside dans la règle d'interprétation opérant à l'encontre du rédacteur du contrat».

[...]. Dès lors qu'elle est fondée sur les prémices erronées selon lesquelles «dans la mesure où l'offre de FILBOIS ne respecte pas les exigences minimales du cahier des charges», la motivation de la décision querellée est illégale, tant d'un point de vue matériel, que formel, en ce qu'elle considère l'offre de la requérante comme irrégulière, en application de l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques".

La requérante fait également valoir que la partie adverse met, chaque année, en concurrence le marché de services relatif au traitement des déchets de bois collectés sélectivement dans les recyparcs, que les cahiers des charges régissant ces marchés prévoient exactement les mêmes conditions d'horaire d'ouverture que celles relatives au présent marché et que l' "accessibilité" était également considérée comme un élément essentiel du marché et qu'elle a systématiquement été désignée en qualité d'attributaire d'un ou plusieurs lots de ces marchés. Elle soutient que la partie adverse a ainsi démontré l'absence de caractère essentiel des horaires d'ouverture de base et que, compte tenu de la ligne de conduite déterminée depuis de nombreuses années par la partie adverse elle-même, elle était raisonnablement en droit de s'attendre à ne pas être écartée pour non-respect de ces horaires identiquement repris dans le cadre de ce nouveau marché.

Elle relève également que le "brusque revirement d'attitude" de la partie adverse n'a fait l'objet d'aucune explication dans la motivation de l'acte attaqué, alors que, selon la jurisprudence, la motivation en la forme d'une décision de non-sélection d'un soumissionnaire dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public doit permettre de comprendre pourquoi, le cas échéant, l'autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, opère un revirement d'attitude, l'indication des raisons pour lesquelles l'autorité, qui a toujours le droit de changer d'avis, se départit d'une précédente appréciation, s'imposant tout particulièrement lorsque, cumulativement, les attitudes apparemment contradictoires que la même autorité adopte pour une affaire déterminée, se succèdent dans un délai rapproché, dans un même contexte, et que les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué de manière significative ni fait apparaître un élément nouveau expliquant la contradiction.

Enfin, la requérante souligne qu'il relève des informations en sa possession que la société DEBOICO se voit régulièrement attribuer un lot pour les marchés de la partie adverse, et ce alors que son site est purement et simplement fermé le samedi, ce qui, selon elle, atteste à nouveau de l'absence de caractère essentiel des

horaires de base. Elle ajoute qu'à supposer que ces horaires doivent être considérés comme essentiels, il ne peut y avoir de différence de traitement entre son offre et celle de ce soumissionnaire ou de tout autre soumissionnaire dans le cadre de ce marché.

IV.2 Appréciation du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges énonce, sous le titre IV, ce qui suit:

- " Les stations de transferts et centres de versage proposés doivent être accessibles tous les jours ouvrables de l'année, au minimum dans les plages d'ouverture suivantes:
Du lundi au vendredi: de 8h à 17h.
Le samedi: de 8h à 13h de décembre à février de 8h à 17h le reste de l'année.
Cet horaire **devra en outre être adapté en fonction des besoins du Pouvoir adjudicateur, sans toutefois dépasser onze heures d'ouverture successives.**
Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur s'engage à avertir le prestataire de ses besoins au minimum 2 jours ouvrables à l'avance.
Cette accessibilité est un élément essentiel du marché, des pénalités spéciales ont donc été prévues en cas de non-respect de ces principes".

Il ressort de l'offre de la requérante que les heures d'ouverture de son centre de versage sont les suivantes:

- du lundi au vendredi: de 7h30 à 12h et de 12h30 à 16h30 (dernière pesée à 16h15)
- le samedi: de 8h à 12h et de 12h30 à 15h.

Un tel horaire ne respecte pas les exigences prévues à l'alinéa 1^{er} de la prescription précitée du cahier spécial des charges.

Selon les termes de l'alinéa 3 de ladite prescription: "Cette accessibilité est un élément essentiel du marché". Contrairement à ce que soutient la requérante, il ne paraît pas douteux que les termes "cette accessibilité" figurant à l'alinéa 3 visent tant les "plages d'ouverture" minimales" définies à l'alinéa 1^{er} que l'obligation, énoncée à l'alinéa 2, d'adapter l'horaire ainsi défini en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur. S'avère indifférente à cet égard la circonstance, alléguée par la requérante, que la disposition relative à l'adaptation de l'horaire de base est reprise en caractères gras, et non celle énonçant les plages horaires minimales. Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'avoir égard aux considérations relatives aux contrats d'adhésion dès lors qu'il apparaît, au terme de l'examen en référé d'extrême urgence, qu'il n'existe pas de doute sérieux quant à l'interprétation devant être donnée à la disposition en cause.

Il est donc établi que l'offre ne respecte pas une exigence que le cahier spécial des charges qualifie d'essentielle. La partie adverse a pu à bon droit considérer que l'irrégularité en cause est substantielle dès lors qu'elle est de nature à donner à la

requérante un avantage discriminatoire et qu'elle rend incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues.

S'agissant des arguments déduits, par la requérante, de ce que, pour l'attribution de marchés antérieurs, son offre, qui était identique quant aux heures d'ouverture, n'avait pas été déclarée irrégulière, ce qui tendrait à indiquer qu'antérieurement, la partie adverse ne considérait pas le non-respect desdites "plages horaires" comme une irrégularité substantielle, il convient d'abord de relever que le dossier déposé par la partie adverse atteste de ce que cette question avait généré des difficultés au cours de l'exécution du marché en cours. En effet, il en ressort notamment que l'attention d'Intradel avait été attirée sur le fait que les horaires de plusieurs attributaires dudit marché, dont la requérante, ne respectaient pas l'horaire prévu dans le cahier spécial des charges et qu'il a été répondu, s'agissant de la requérante, que si les horaires de cette dernière avaient été considérés comme acceptables à l'occasion de l'attribution du marché, des discussions étaient en cours avec celle-ci "pour faire adapter les horaires comme prévu dans le cahier spécial des charges" (courriels des 25 février 2018 et 2 mars 2018). La requérante devait donc être consciente de ce que, même si son offre n'avait pas été déclarée irrégulière lors du précédent marché, le respect des plages horaires minimales prévues au cahier spécial des charges présentait une importance qu'il pouvait ne pas avoir antérieurement.

Quoiqu'il en soit, et en tout état de cause, il n'y a revirement d'attitude qu'il appartient à l'autorité de motiver spécialement que lorsque celle-ci se prononce dans des sens différents en application d'une réglementation identique sur des demandes identiques ou voisines. Ainsi que le souligne la partie adverse, la réglementation relative aux marchés publics a, dans sa dernière version, été amplement clarifiée sur la question des irrégularités substantielles. En la présente espèce, il suffit de constater, au stade de la procédure d'extrême urgence, que la motivation de la décision attaquée fait référence à deux hypothèses d'irrégularité substantielle explicitement prévues par la nouvelle réglementation.

Enfin, s'il résulte des pièces du dossier que, dans le cadre du précédent marché, les horaires de la société DEBOICO ne respectaient pas les exigences du cahier spécial des charges, le courriel du 2 mars 2018 déposé au dossier administratif de la partie adverse indique que des discussions étaient alors en cours en vue d'élargir les plages d'ouverture de cette société qui devait donc nécessairement être consciente des difficultés que posaient ses heures d'ouverture. Il résulte du rapport d'analyse des offres que les horaires de ladite société respectent désormais les exigences minimales du cahier spécial des charges.

Le moyen n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. La requête

La requérante prend un deuxième moyen "de la violation de l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques" ainsi que "de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation".

Après avoir exposé les principes applicables, elle fait valoir ce qui suit :

- " Compte tenu du libellé du cahier spécial des charges et/ou de la ligne de conduite adoptée depuis de nombreuses années par la partie adverse elle-même, consistant en les attributions successives à la requérante d'un ou de plusieurs lots des marchés antérieurs, il ne peut être admis que l'horaire de base des sites de versage présente pour la partie adverse une importance telle que toute contrariété à celui-ci devrait nécessairement être jugée comme étant une irrégularité substantielle. [...]. Par ailleurs, la requérante dépose des fiches de pesées en 2018 pour le marché 2017 (pièce 5), démontrant que les passages au-delà des heures de base renseignées par la partie adverse sont extrêmement rares mais ont, surtout et de tous temps, été assurés, dans le cadre de l'accessibilité exigée selon les documents du marché. Ces fiches établissent la disponibilité de la requérante au-delà de l'horaire renseigné selon son offre, puisqu'il s'agit de déchets qu'elle a traités dans ce contexte.
- Les discordances entre l'horaire proposé par la requérante et celui prévu par le cahier spécial des charges sont particulièrement ténues. En semaine, les horaires d'ouverture sont décalés d'une demi-heure, puisque FILBOIS ouvre à 7 h 30 au lieu de 8 h 00 et ferme à 16 h 30 au lieu de 17 h 00. Le nombre d'heures prestées est donc identique à celui prescrit par le cahier des charges. Les samedis, les horaires ne varient pas selon que l'on se situe en hiver ou non, le site de versage de la requérante fermant à 15H (et non à 13H). De tels écarts n'ont qu'une influence très limitée sur l'offre et n'affectent dès lors pas la comparabilité des offres.
- Cette solution se justifie d'autant plus en l'occurrence que l'objet du marché est le traitement d'une quantité présumée de 25.000 t de déchets de bois. Le nombre d'heures prestées n'est jamais qu'un moyen d'exécution pour l'atteindre. Le traitement requis est assuré tant par les horaires de base, que par les heures supplémentaires prestées. Dès lors que l'horaire de base de la requérante ne serait pas suffisant à cette fin, il lui faudrait majorer le nombre d'heures prestées en sus, ainsi qu'elle l'a fait comme en attestent les relevés des pesées du samedi, et ainsi qu'elle s'y engage par le dépôt de son offre.
- Tant les quantités à traiter, que les heures à prester à cette fin sont et restent identiques pour les soumissionnaires. Les offres sont donc parfaitement comparables. Au demeurant, la requérante s'engage à une parfaite exécution du marché, conforme aux documents du marché ".

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

En substance, la requérante, qui relève elle-même que le deuxième moyen, dénonçant la régularité du premier motif d'irrégularité substantielle contenu dans la décision attaquée, est un corollaire du premier moyen, soutient que "le nombre

d'heures prestées n'est qu'un moyen d'exécution [pour permettre] le traitement d'une quantité présumée de 25.000 tonnes de déchets de bois", que "les quantités présumées peuvent être intégralement traitées au travers des heures d'ouverture au-delà de celles renseignées" et que "tant les quantités à traiter, que les heures à prester à cette fin sont et restent identiques pour tous les soumissionnaires", de sorte que les offres seraient parfaitement comparables.

Ainsi que le souligne à juste titre la partie adverse, le raisonnement de la requérante procède d'une confusion entre le traitement du bois et l'horaire d'ouverture du site qui est nécessaire pour la réception des camions. Un conteneur plein doit être échangé puis vidé par le transporteur. S'il ne peut l'être parce que le site de versage n'est pas accessible, le conteneur doit être stocké, ce qui implique une perte de temps et un surcoût de transport, et ne peut être utilisé jusqu'à sa vidange. L'argumentation contenue dans le moyen ne permet pas de mettre en doute la conclusion à laquelle aboutit l'examen du premier moyen, à savoir que la condition relative à l'horaire d'ouverture du site doit être considérée comme substantielle.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. Troisième et quatrième moyens

VI.1 La requête

Le troisième moyen est pris "de la violation des articles 4 et 5 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, du principe de motivation formelle et matérielle des actes administratifs et la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation", "des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs", "de l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques", "des articles 2.52° et 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics", "du principe de bonne administration et de son corollaire le devoir de minutie" et "de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation". La requérante fait valoir en substance qu'elle aurait remis un prix pour les cinq premiers lots (56 euros/tonne HTVA) et un autre prix (60 euros/tonne HTVA) pour les trois suivants et que la réglementation n'autorisait pas le pouvoir adjudicateur à n'exiger qu'un seul prix, le formulaire à remplir étant commun à tous les lots et ne pouvant être rempli avec des prix différents que si "le site de versage diffère".

Le quatrième moyen est pris de la violation "de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016", "des articles 2.52° et 58 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics", du "principe d'égalité et de transparence", du principe de bonne administration et de son corollaire le devoir de minutie" et "de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation". La requérante critique en substance les critères d'attribution, en ce que le premier critère, à savoir le "coût", implique un calcul des frais de transport selon des paramètres précisés dans un autre marché (à savoir celui du transport), ce qui manquerait de transparence et violerait le principe d'égalité de traitement. Elle soutient par ailleurs que le second critère est incompréhensible.

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Les premier et deuxième moyens, critiquant le premier motif d'irrégularité substantielle retenu par la partie adverse, n'étant pas sérieux, il s'ensuit que la requérante est sans intérêt à critiquer le second motif d'irrégularité substantielle ainsi que les critères d'attribution, le premier motif justifiant à lui seul la décision attaquée.

En conséquence, les troisième et quatrième moyens doivent, au stade de la procédure en référé d'extrême urgence, être déclarés irrecevables et, partant, non sérieux.

VII. Indemnité de procédure et dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Dès lors qu'elle a obtenu gain de cause en la présente affaire, il y a lieu de faire droit à sa demande.

VIII. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité de son offre et de ses annexes, qu'elle dépose en pièces 1 et 2 des annexes à sa demande qualifiées de confidentielles.

La partie adverse sollicite la confidentialité des offres qu'elle dépose.

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du présent litige, il y a lieu d'en maintenir la confidentialité à ce stade de la procédure, dans la mesure où elle n'est pas levée par le présent arrêt.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 1 et 2 des annexes confidentielles à la demande de suspension, ainsi que les offres déposées à titre confidentiel par la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

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

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.