

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.310 du 19 août 2019

A. 228.647/VI-21.541

En cause :

1. **la société anonyme ECOTERRES,**
2. **la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN,**

ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Gauthier ERVYN et Matthieu LEYSEN, avocats,
avenue de la Toison d'Or 77
1050 Bruxelles,

contre :

**la société publique d'aide à la qualité de l'environnement,
en abrégé, la SPAQUE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Eric BALATE et Alexandra DRUITTE, avocats,
rue du Gouvernement 50
7000 Mons.

Parties intervenantes :

1. **la société anonyme FRANKI,**
2. **la société anonyme ACLAGRO,**
3. **la société anonyme ENVISAN,**

ayant toutes les trois élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et Nicolas CARIAT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 22 juillet 2019, la société anonyme (S.A.). ECOTERRES et la S.A. AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN, demandent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la SPAQUE, le 28 juin 2019, dans le cadre du marché européen de travaux visant la réhabilitation du site UCB à Le Roeulx-Mons, attribuant ce marché au "consortium" constitué par les S.A. FRANKI-ACLAGRO-ENVISAN.

II. Procédure

Par une ordonnance du 22 juillet 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 août 2019 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 9 août 2019, les sociétés anonymes FRANKI, ACLAGRO et ENVISAN demandent à être reçues en qualité de partie intervenante.

M. Yves HOUYET, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^e Gauthier ERVYN, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^e Alexandra DRUITTE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Bruno LOMBARD, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur, 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. Faits

Le 12 février 2019, la partie adverse entame une procédure de marché public de travaux, intitulé "Marché européen de travaux – procédure ouverte – réhabilitation du site «UCB» à Le ROEULX – Mons - réhabilitation de la zone A".

Le 28 juin 2019, la partie adverse décide d'attribuer le marché litigieux au "consortium" constitué par les sociétés anonymes FRANKI-ACLAGRO-ENVISAN. Il s'agit de la décision attaquée.

IV. Intervention

Les S.A. FRANKI, ACLAGRO et ENVISAN, qui sont les bénéficiaires de la décision attaquée, disposent de l'intérêt requis pour intervenir. Il y a donc lieu d'accueillir leur requête en intervention.

V. Le moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. La requête

Les requérantes prennent un moyen unique de "la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier des articles 4, 36, 81, 83 et 84; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment l'article 36, 75 et 76; 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, notamment en son article 4; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3; du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination; du principe de proportionnalité; du principe de transparence; de l'erreur manifeste d'appréciation; de l'erreur de droit et de fait".

Les requérantes soutiennent notamment que "la décision attaquée se fonde, en ce qui concerne le sous-critère «Prise de risque sur le prix des terres argileuses d'apport», sur une méthode d'appréciation qui est manifestement contraire aux dispositions visées [au moyen], dès lors que cette méthode valorise ladite «prise de risque» sur base du «prix moyen de l'apport de terres (...) calculé sur base de l'ensemble des offres qualifiées»"; que "premièrement, cette méthode d'appréciation sur la moyenne aboutit à une cotation discriminatoire de la valeur intrinsèque des offres et contraire au principe de «l'offre économique la plus avantageuse», que "l'offre présentant un prix moyen sera préférée à celle présentant un prix bas (ou un prix haut s'il est préférable vu la nature du critère d'attribution d'avoir un prix haut)", que "l'offre qui devrait recevoir la meilleure note est celle qui est la meilleure et non l'offre «moyenne» au regard des autres offres", que "cette méthode d'appréciation est d'ailleurs en contradiction avec l'objet de ce sous-critère qui vise à valoriser l'absence de «prise de risque» dans le chef des soumissionnaires pour le poste de travaux «apport de terres (...)»", que "l'offre proposant le prix le plus haut devrait toujours

recevoir le maximum des points, puisque celui-ci présente moins de risque d'être sous-estimé que le prix moyen, par rapport aux prix réels de marché pour ce poste", que "la méthode d'appréciation de ce sous-critère aboutit pourtant à l'octroi du maximum de points à l'offre contenant le prix le plus proche de la moyenne, alors que ce prix est nécessairement inférieur au prix le plus haut et est donc le plus risqué", que "(...) cette méthode implique d'autres discriminations", que "deux offres proposant des prix très différents peuvent, si leur écart positif ou négatif est similaire par rapport à la moyenne, obtenir des points identiques", que "sur base du tableau de cotation repris dans le cahier spécial des charges (pièce 2, p.18), une offre proposant un prix inférieur à la moyenne des prix peut recevoir le même nombre de points qu'une offre proposant un prix supérieur à la moyenne", que "par exemple, l'offre qui propose un prix égal à 0.7 de la moyenne des prix obtiendra 4 points, alors que l'offre qui propose un prix égal à 1.4 fois la moyenne recevra également 4 points", que "le prix proposé pour l'apport de terres varie entre ces offres du simple au double... de même que la «prise de risque» inhérente à ces offres", que "la méthode de cotation aboutit donc à une violation des principes d'égalité, non-discrimination et proportionnalité entre les soumissionnaires", qu'elle "conduit nécessairement à une appréciation erronée de l'offre économiquement la plus avantageuse et vicie le choix de la partie adverse".

B. La note d'observations

La partie adverse fait valoir, à propos de la recevabilité du moyen unique, que :

- " En ce qui concerne l'intérêt à agir, dès lors que la partie requérante a obtenu, dans le cadre de l'appel d'offre, les points finaux de 92,89 sur un total de 100 se classant ainsi en deuxième dans l'ordre décroissant, elle présente un intérêt qui n'est *a priori* pas contestable.

Toutefois, la partie requérante doit également démontrer son intérêt au moyen : «(...) tant dans le cadre d'un recours en annulation que dans le cadre d'un recours en suspension, la réglementation des marchés publics exige que la violation alléguée soit susceptible de causer grief à la partie requérante, à l'instar du nouvel article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.».

La partie requérante doit donc démontrer que l'irrégularité invoquée remet en cause la décision de l'autorité adjudicatrice.

En l'espèce, et cela ressort des développements ci-dessous, les critiques des parties requérantes sont dirigées à l'encontre du deuxième sous-critère permettant l'évaluation du critère d'attribution de la valeur technique de l'offre étant la «prise de risque sur le prix des terres argileuses d'apport».

Même à considérer que ces critiques soient fondées – *quod non* en l'espèce – ou encore que ce critère d'attribution soit neutralisé, cela n'aurait aucune influence sur le classement des offres et donc, sur le résultat final.

Au classement final, l'attributaire a obtenu la note de 95.02/100 tandis que les parties requérantes ont obtenu la note de 92.89/100.

En ce qui concerne le sous-critère spécifiquement critiqué, les parties requérantes ont obtenu, selon le rapport d'attribution, la note de 5/6 tandis que l'attributaire a obtenu la note de 6/6.

[...]

Si l'on neutralise le sous-critère critiqué, dans ce cas, l'attributaire obtiendrait un score de 89.02 / 94 (95.02 points – 6 points) tandis que les parties requérantes obtiendraient un score de 87.89 / 94 (92.89 points – 5 points).

Si le calcul des points avait été fait en tenant compte dudit sous-critère mais en attribuant le maximum des points au prix le plus bas, l'attributaire aurait obtenu le score de 94.02/100 (95.02 – 6 points + 5 points) tandis que les parties requérantes auraient obtenu le score de 93.89/100 (92.89 – 5 points + 6 points), [...]

Votre Conseil constatera que l'attributaire présente donc, dans un cas comme dans l'autre, toujours la meilleure note.

Eu égard à l'absence d'impact sur le classement final de l'irrégularité invoquée, Votre Conseil devra constater que les parties requérantes n'ont pas intérêt au moyen de sorte que le recours est irrecevable".

La partie adverse expose également que :

" [...] La loi permet donc au pouvoir adjudicateur de recourir à plusieurs critères pour déterminer quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ce principe de liberté de choix s'étend également à la pondération des critères d'attribution. [...]

Dans le cadre du marché faisant l'objet de la présente procédure, chacun des critères d'attribution reproduits *supra* a fait l'objet d'une notation spécifique, conformément à ce qui était prévu dans le cahier spécial des charges.

- Le coût de l'exécution du marché : 50 points;
- La valeur technique de l'offre : 45 points;
- Le délai d'exécution du marché : 5 points;

Bien que le critère du coût de l'exécution du marché est plus large que le critère du prix du marché, ce critère a été évalué, conformément au rapport d'attribution, en attribuant à l'offre la moins chère le maximum de points.

À cet égard, l'offre la moins chère est celle de la société attributaire.

La valeur technique de l'offre, qui a trait à la qualité de celle-ci, a été appréciée en tenant compte des quatre sous-critères susvisés dont le second sous-critère visé *supra* évalué sur base du rapport entre le prix remis par le soumissionnaire pour l'apport des terres argileuses et le prix moyen pour l'apport des terres argileuses calculé sur base de l'ensemble des offres.

Dans le cadre du recours introduit, les parties requérantes entretiennent la confusion et créent un amalgame entre la notation du critère d'attribution du coût et/ou du prix du marché par une référence à une moyenne de prix et la notation du

critère d'attribution de la qualité de l'offre à travers le critère de la valeur technique de celle-ci.

L'argumentation des parties requérantes ne peut donc prospérer.

Dans la jurisprudence mobilisée par les parties requérantes et notamment, dans l'arrêt du 4 mai 2006 n°158.316 en cause SPRL ADVISERS / SOPHIA MANAGEMENT, Votre Conseil a censuré le caractère inapproprié du recours à la moyenne comme élément d'appréciation du prix remis, ce critère ne permettant pas de garantir le prix le plus avantageux étant donné que le prix le plus intéressant est en principe le prix régulier le plus bas et non le prix moyen alors que dans le cas d'espèce, la cote maximale était attribuée au soumissionnaire dont le taux honoraires était le plus proche de la moyenne d'honoraires offerts par tous les soumissionnaires.

Les parties requérantes ne peuvent se contenter de transposer le raisonnement de Votre Conseil relatif à l'appréciation du critère d'attribution du prix dans le cadre de l'attribution d'un marché public à l'appréciation d'un critère d'attribution relatif à la qualité de l'offre, lequel n'est nullement lié à l'évaluation du prix et/ou du coût du marché ou encore à l'examen de son caractère normal ou anormal.

S'agissant de l'appréciation de la valeur technique de l'offre à travers l'évaluation de la prise de risque sur le prix des terres argileuses d'apport, les considérations suivantes s'imposent.

C'est à la demande de l'ASENAS, - l'association des entreprises et des entrepreneurs de Wallonie et de Bruxelles actifs dans les domaines de la réhabilitation des sites, de l'assainissement des sols et des eaux souterraines pollués – dont font partie les parties requérantes que ce critère a été inscrit dans l'ensemble des marchés d'assainissement lancés par la SPAQUE.

En effet, l'ASENAS s'est plaint d'une chute perpétuelle des prix de certains postes déterminants dans ce type de marché pouvant mener à une spéculation.

Il est à noter que cela fait plusieurs années que ce critère est présent dans l'ensemble des marchés d'assainissement lancés par la SPAQUE sans que cela ne suscite d'ailleurs, de la part des parties requérantes, la moindre remarque ni, relativement à d'autres marchés qui ont pour certains été remportés par elles (par exemple, la réhabilitation du site CODAMI), ni, dans le cas du présent marché qui avait déjà été lancé il y a deux ans pour le même site.

En outre, aucune protestation et/ou question relative au sous-critère critiqué n'a été formulée avant l'attribution du marché alors que cela était possible.

Plus spécifiquement, par rapport au présent marché, les considérations suivantes s'imposent.

Les spécifications techniques relatives à l'argile sont définies dans le Cahier spécial des charges au point 2.16.12.5.2.

La commande d'argile s'inscrit par ailleurs dans le cadre de la deuxième tranche conditionnelle du marché et est, partant, éventuelle.

Il s'agit d'un élément essentiel à la réalisation du marché.

Il est donc primordial d'utiliser des argiles homogènes et de qualité afin de garantir l'étanchéité de la cellule de confinement, objet principal du marché.

[...]

Eu égard au grand nombre de sources d'argiles existant en Wallonie, et pour ne pas favoriser un gisement plutôt qu'un autre au risque de vicier la concurrence, la SPAQUE n'a pas imposé de carrière précise dans son Cahier Spécial des Charges mais des critères de qualité portant sur des paramètres techniques tels que la perméabilité, l'optimum proctor ou encore l'indice de plasticité.

L'objectif du sous-critère critiqué est donc d'inviter les soumissionnaires à trouver le matériau présentant le meilleur rapport qualité/prix, à savoir un optimum entre le coût et les paramètres géotechniques.

Dans cette optique, il ressort qu'un coût très élevé n'est pas garant d'un produit de qualité supérieure tandis qu'un coût très bas est synonyme d'un matériau de faible qualité (plus hétérogène, probablement déjà remanié, plus humide, non «monogisement», ...).

C'est la raison pour laquelle un prix qui s'écarte du prix moyen «vers le bas» sera sanctionné deux fois plus rapidement puisqu'il ne permet pas, pour les raisons évoquées *supra*, l'utilisation d'un matériau de qualité.

Un prix qui s'écarte du prix moyen «vers le haut» sera dès lors sanctionné deux fois plus lentement car, dès l'instant où le prix moyen correspond à celui qui est suffisant pour obtenir un produit de qualité, la présentation d'un prix supérieur ne garantit pas une meilleure qualité du produit.

La pénalisation en cas de prix supérieur à la moyenne est également un moyen justifié pour la SPAQUE d'éviter tout abus du critère en question.

Si une telle pénalisation n'était pas prévue, certains soumissionnaires pourraient être tentés de faire monter artificiellement les prix pour ce poste de manière à fausser la moyenne et à sanctionner injustement d'autres soumissionnaires qui, eux, auraient remis des prix corrects.

Partant, le prix «moyen» représente celui qui offre le plus de garantie de présenter un meilleur rapport qualité / prix et permet d'éviter une fuite spéculative.

Ce mécanisme permet également de rémunérer au juste prix la fourniture et la pose de ce que la SPAQUE considère comme un des éléments clefs du chantier, sans pousser les entrepreneurs à «brader» leur prix sur ce matériau ou à spéculer sur les sources d'approvisionnement ou à sous-évaluer le travail nécessaire à une mise en œuvre selon les règles de l'art.

Enfin, contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, il est clair que le critère «prise de risques» est bien un critère qui permet d'évaluer la qualité de l'offre reçue (car il porte sur l'un des élément-clef du chantier, à savoir la fourniture et la pose des argiles d'étanchéité) et non un critère pouvant contrebalancer le critère d'attribution portant sur le coût de l'exécution du marché, dès lors qu'en tout état de cause, ce critère «prise de risque» ne porte que sur 6 points sur 100 sur la cotation globale et que le poste "mise en place d'une couche d'argile" auquel il se réfère représente 5 % du montant des soumissions reçues. (...)"

C. La requête en intervention

Les parties intervenantes exposent que "(...) [le sous-critère litigieux] permet d'inciter les soumissionnaires à proposer un prix juste et raisonnable pour l'argile nécessaire à l'exécution du marché (en tenant compte des quantités nécessaires et des spécifications techniques énoncées par le cahier spécial des

charges)", qu'il "permet à la partie adverse de se prémunir d'une spéculation et/ou d'une évaluation inappropriée ou fantaisiste du prix à la baisse par les opérateurs économiques", qu'il "incite les soumissionnaires à ne pas présenter un prix trop bas et vise ainsi à éviter l'exposition du pouvoir adjudicateur aux risques susceptibles de découler de pareille remise de prix dans le cadre de l'exécution du marché (impossibilité pour le soumissionnaire de fournir l'argile nécessaire dans les quantités et avec les caractéristiques requises, retards d'exécution dus à la difficulté pour le soumissionnaire de fournir l'argile nécessaire dans les quantités et avec les caractéristiques requises, fourniture d'argile de moindre qualité, mélanges de différentes argiles, ...)", que "ce sous-critère, dont l'insertion dans le cahier spécial des charges de SPAQUE correspondait initialement à une demande d'ASENAS, vise donc à éviter toute spéculation préjudiciable à la qualité de l'argile fourni et donc à la bonne exécution du marché", que "c'est pourquoi le soumissionnaire ayant remis, pour le poste 27.4.2 du métré, un prix inférieur au prix moyen des offres régulières pour le même poste reçoit une note inférieure à la note maximale de 6/6 si le prix proposé est inférieur à 90 % du prix moyen de référence (le nombre de points retirés, qui peut aboutir à l'attribution d'une cote nulle pour ce sous-critère, étant fonction de l'importance de l'écart entre le prix proposé et le prix moyen utilisé à titre de référence)", que "le sous-critère mis en œuvre prévoit à l'inverse un garde-fou visant à éviter une spéculation et/ou une évaluation inappropriée ou fantaisiste à la hausse des opérateurs économiques", qu'il "convient ainsi d'éviter qu'un opérateur économique «abuse» du sous-critère fixé et définisse un prix élevé pour ce poste du métré, par exemple dans le but de recevoir une note maximale dans le cadre dudit sous-critère (et ce d'autant que l'avantage qu'il pourrait en tirer en termes de points dans le cadre de ce sous-critère pourrait s'avérer supérieur à la pénalisation corrélative de son offre dans le cadre du 1^{er} critère d'attribution en raison du renchérissement du prix global de son offre)", que "pareille offre de prix élevé est en effet susceptible d'engendrer certains risques dommageables au pouvoir adjudicateur (prix élevés pour l'exécution du marché, augmentation mécanique du prix moyen pris en compte au détriment des autres soumissionnaires, comportements anticoncurrentiels des opérateurs économiques)", que "néanmoins, dès lors que le sous-critère vise avant tout à inciter les opérateurs à remettre des offres qualitatives (et que la remise d'un prix élevé pour ce poste du métré ne fait pas peser sur le pouvoir adjudicateur les risques de mauvaise exécution inhérents à un prix bas dans le cadre de l'exécution du marché), la «pénalisation» de l'écart de l'offre d'un soumissionnaire par rapport au prix moyen est deux fois moindre que pour un prix plus bas présentant le même écart avec le prix moyen", que "le sous-critère d'attribution contesté est pleinement conforme aux exigences découlant de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dès lors qu'il est incontestablement lié à l'objet du marché, est pertinent au caractère dudit objet, est clairement et expressément énoncé par le cahier spécial des charges, est affecté d'une

pondération et d'une méthodologie de cotations univoques et ne confère aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, ni aucun avantage à un quelconque opérateur économique", que "la définition de pareil critère d'attribution est en outre raisonnable et proportionnée, en particulier s'il est tenu compte du caractère inadéquat et disproportionné d'autres modalités de structuration des conditions du marché qui auraient pu être envisagées par la partie adverse (...)", que "le sous-critère d'attribution critiqué est systématiquement inséré par SPAQUE dans ses cahiers des charges relatifs à des marchés impliquant l'apport de terres par l'attributaire, qu' "originellement inséré à la demande d'ASENAS, il est dans ce cadre largement compris, accepté et considéré comme pertinent par les opérateurs économiques et n'a jamais donné lieu, à la connaissance des parties intervenantes, à la moindre contestation des opérateurs économiques, ni au cours des procédures d'attribution, ni dans le cadre de recours post-attribution", que "les parties requérantes en particulier n'ont, à la connaissance des parties intervenantes, jamais critiqué ce critère, alors qu'elles ont récemment participé (séparément ou conjointement) à de nombreux marchés de SPAQUE dans le cadre desquels le sous-critère querellé a été identiquement énoncé et appliqué", qu'elles "ont d'ailleurs par exemple remporté, en consortium, en 2015, le marché «Réhabilitation du site Codami»", que "(...) les parties requérantes n'ont jamais contesté la pertinence de ce critère par le passé et n'ont formulé aucune remarque ou question à l'encontre du cahier des charges avant l'attribution du marché (alors que cette possibilité leur était ouverte), ni dans le cadre du marché ayant le même objet initialement lancé en 2017 (et qui comportait déjà également le même sous-critère), ni dans le cadre du présent marché relancé en 2019", que "dans le cadre de ces deux marchés, les parties requérantes n'ont en particulier pas fait usage de la possibilité qui leur est ouverte par l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui autorise les soumissionnaires à dénoncer au pouvoir adjudicateur, avant la remise des offres, les erreurs et omissions des documents de marché qui rendent selon eux impossible la comparaison des offres", qu'elles "ont donc participé sans réserve et sans objection, en pleine connaissance de cause, à ces procédures de mise en concurrence et tentent à présent d'en contester un paramètre invariablement compris et accepté par elles au seul motif que le présent marché ne leur a pas été attribué", que "le caractère non-sérieux du moyen unique est donc encore confirmé par le fait que l'argumentaire et les critiques des parties requérantes quant à l'irrégularité dudit sous-critère d'attribution sont opportunistes et formulées uniquement pour les besoins de la cause, afin de tenter de contester l'attribution du présent marché", que "les critiques soulevées sont d'autant moins sérieuses qu'elles ne sont pas susceptibles de modifier le classement des offres et ne sont en conséquence pas susceptibles de procurer le moindre avantage aux parties requérantes (...)", que "les critiques des parties requérantes sont fondées sur une prémisse erronée et convoquent à leur appui plusieurs arrêts (non-pertinents) par

lesquels le Conseil d'État, le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de justice de l'Union européenne ont examiné la régularité de critères d'attribution favorisant les offres proches du prix moyen dans le cadre de l'évaluation du prix des offres", que "la partie adverse a défini trois critères d'attribution (le premier ayant pour objet le coût de l'exécution du marché et les deux autres visant à évaluer la qualité des offres, d'un point de vue technique et concernant le délai d'exécution) afin d'identifier l'offre la plus avantageuse au sens de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics", que "le prix des offres pour l'exécution du marché (ou, en l'occurrence plus précisément le «coût d'exécution du marché») a fait l'objet d'une évaluation distincte conformément au premier critère d'attribution", que "la note maximale a dans ce cadre été attribuée au soumissionnaire ayant proposé le coût global le plus bas pour l'exécution du marché et les autres soumissionnaires se sont vu attribuer une note inférieure déterminée en fonction de l'importance de l'écart du coût proposé avec celui de l'offre la moins chère (conformément à la formule décrite par le cahier spécial des charges)", que "ni le critère défini par la partie adverse, ni l'évaluation des offres réalisée par la partie adverse sur la base du cahier spécial des charges ne sont contestés par les parties requérantes", que "sans préjudice de cette évaluation du prix global des offres au regard de l'ensemble des postes du métré, ni aucune règle du cadre légal et réglementaire des marchés publics, ni aucun autre élément n'empêchent le pouvoir adjudicateur d'évaluer la qualité des offres remises en tenant compte du prix unitaire remis pour le poste 27.4.2 du métré", que "si la valorisation du prix moyen n'apparaît effectivement de manière générale pas pertinente dans le cadre de l'évaluation du prix global des offres (dès lors que les notes maximales doivent être attribuées au prix régulier le plus bas et pas en fonction d'un prix moyen), il a déjà été exposé ci-avant les raisons pour lesquelles la prise en compte du prix moyen remis pour le poste 27.4.2 est pertinente et nécessaire afin d'assurer et d'évaluer la qualité des offres remises par les soumissionnaires concernant les terres argileuses d'apport", que "si l'offre régulière la plus basse doit effectivement, dans le cadre de tout marché public, se voir attribuer la note la plus favorable concernant un critère d'attribution valorisant le prix du marché ou le coût de son exécution (comme cela a été le cas en l'espèce dans la cadre du premier critère d'attribution), l'offre régulière la plus basse pour le poste 27.4.2. du métré ne peut être considérée comme la plus qualitative au regard du sous-critère d'attribution querellé qui vise à évaluer, selon la logique et les modalités décrites ci-avant, la qualité des offres respectives des soumissionnaires en mesurant l'ampleur des risques pris par les soumissionnaires (et en conséquence reportés sur le pouvoir adjudicateur en cas de désignation de l'opérateur économique concerné afin d'exécuter le marché)", que "les parties requérantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles avancent que «l'offre proposant le prix le plus haut devrait toujours recevoir le maximum des points, puisque celui-ci présente moins de risque d'être sous-estimé que le prix moyen, par rapport aux prix réels de marché pour ce poste»", qu' "outre que cette prétention est

tout à fait incohérente avec leur autre affirmation selon laquelle la note la plus basse devrait obtenir la meilleure note, les parties intervenantes ont déjà exposé ci-avant pourquoi le sous-critère d'attribution prévoit, de manière tout à fait pertinente et raisonnable, une «pénalisation» des offres présentant, pour ce poste du métré, un prix supérieur au prix moyen des offres régulières (ladite pénalisation étant éventuelle et progressive en fonction de l'écart entre le prix remis et le prix moyen et donc de l'ampleur du risque corrélatif pour le pouvoir adjudicateur)", que "l'affirmation selon laquelle «deux offres proposant des prix très différents peuvent, si leur écart positif ou négatif est similaire par rapport à la moyenne, obtenir des points identiques» manque purement et simplement en fait", qu' "ainsi qu'il a déjà été exposé ci-avant, la «pénalisation associée» à l'écart entre le prix proposé et le prix moyen est deux fois moindre pour un prix supérieur au prix moyen que pour un prix inférieur au prix moyen qui présenterait symétriquement le même écart", que "le sous-critère d'attribution querellé peut d'autant moins être critiqué que, ainsi qu'il a déjà été exposé, il (i) est lié à l'objet du marché, (ii) est pertinent au regard de l'objet du marché, (iii) est clairement et expressément énoncé par le cahier spécial des charges, (iv) est affecté d'une pondération et d'une méthodologie de cotations univoques, (v) ne confère aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur et (vi) ne rompt aucunement l'égalité entre les opérateurs économiques [...]".

V.2. Appréciation

Recevabilité du moyen unique

En substance, les parties adverse et intervenantes soutiennent que les requérantes n'ont pas d'intérêt au moyen unique car si le sous-critère contesté était neutralisé ou s'il était appliqué de manière favorable aux requérantes, les intervenantes obtiendraient tout de même une meilleure note et resteraient les attributaires du marché concerné.

Comme les requérantes l'ont fait valoir à l'audience, s'il apparaissait lors de l'examen du moyen unique que le sous-critère litigieux était illégal, il appartiendrait à la partie adverse d'y renoncer et de recommencer la procédure en ne recourant cette fois qu'à des critères et des sous-critères d'attribution légaux.

À l'occasion de cette nouvelle procédure et au regard des nouveaux critères ainsi que sous-critères choisis par la partie adverse, l'offre des requérantes pourrait obtenir cette fois la meilleure notation. Les requérantes disposent donc bien de l'intérêt requis au moyen unique.

Sérieux du moyen unique

Comme le relèvent les parties, l'article 81, §1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que le "pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse".

Or, eu égard aux explications fournies par les parties adverse et intervenantes, il apparaît que le sous-critère critiqué n'a pas pour objet de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Il tend à identifier l'offre susceptible de prémunir au mieux le pouvoir adjudicateur d'une spéculation ou de prix trop bas qui pourraient affecter ultérieurement l'exécution du marché, alors que la réglementation relative aux marchés publics permet aux pouvoirs adjudicateurs de se protéger contre de tels inconvénients par le biais d'un contrôle de la normalité des prix.

De la sorte, la partie adverse n'évalue pas la valeur technique des offres. Elle n'apprécie pas la qualité de l'argile et des travaux proposés ainsi que le prix demandé par rapport à la qualité précitée. Elle vise seulement, sans avoir égard à la qualité intrinsèque des offres, à déterminer, au regard d'un prix moyen défini sur la base d'éléments aléatoires, quelle est l'offre qui la prémunira au mieux d'une spéculation ou de prix trop bas.

Un tel sous-critère qui ne permet pas de valoriser l'offre économiquement la plus avantageuse mais qui est susceptible d'aboutir au contraire à une meilleure notation d'une offre économiquement moins avantageuse, sous prétexte qu'elle permettrait de prémunir la partie adverse des inconvénients précités, s'avère discriminatoire.

Dans la mesure qui précède, le moyen unique est sérieux.

VI. Confidentialité des pièces

Les requérantes sollicitent que leur "offre, qui fera selon toute vraisemblance partie du dossier administratif, soit déposée à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément à l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État et à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013", que "cette offre doit en effet être déposée à titre confidentiel de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises, si une partie intervenante devait se manifester en cours de procédure", qu'il "en va de même de l'extrait de l'offre des requérantes jointes à la présente requête : il est déposé à titre confidentiel et à l'attention exclusive de votre Conseil".

La partie adverse indique qu'elle "dépose, à titre confidentiel et à l'attention unique de Votre Conseil, les offres déposées dans le cadre du présent marché", que "ces offres sont déposées à titre confidentiel de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (article 26 précité) et à assurer une concurrence loyale entre les entreprises (article 10 précité)", que "si Votre Conseil devait suspendre la décision attaquée, et que la partie adverse devait, le cas échéant, recommencer une procédure d'attribution, il convient qu'il y encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires", que "l'offre de l'attributaire doit rester confidentielle".

À ce stade de la procédure, aucune raison ne s'oppose à ce qu'il soit fait droit aux demandes de confidentialité des parties.

VII. Remboursement

La troisième partie intervenante s'est acquitté deux fois du montant du droit de rôle. Il y a lieu, en conséquence, d'ordonner le remboursement du montant de 150 euros indûment versé.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par les S.A. FRANKI, ACLAGRO et ENVISAN est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la SPAQUE, le 28 juin 2019, dans le cadre du marché européen de travaux visant la réhabilitation du site UCB à Le Roeulx-Mons, attribuant ce marché au "consortium" constitué par les S.A. FRANKI-ACLAGRO-ENVISAN.

Article 3.

La pièce A) jointe à la requête en suspension ainsi que la pièce n° 3 du dossier administratif (offres des soumissionnaires) resteront, à ce stade de la procédure, 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'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

Le montant de 150 euros indûment versé la troisième partie intervenante lui sera remboursé par le service désigné au sein du Service public fédéral des finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'Etat.

Article 7.

Les dépens sont réservés.

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

Yves HOUYET,	conseiller d'État, président f.f.,
Céline MOREL,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Céline MOREL

Yves HOUYET