CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e^ CHAMBRE

A R R Ê T

n^o^ 248.956 du 17 novembre 2020

A. 221.496/VI-20.964

En cause : **la société anonyme GENETEC**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Jean-Baptiste Brabant 56
5000 Namur,

contre :

la ville de Liège,
ayant élu domicile chez
M^es^ André DELVAUX et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par la voie électronique le 17 février 2017, la SA Genetec demande l'annulation de « différentes décisions prises par la Ville de Liège dans le cadre d'un marché de travaux passé par procédure négociée directe avec publicité pour le remplacement de plusieurs feux tricolores aux carrefours formés par, d'une part le pont St Léonard, le quai Ste Barbe, et le quai Godefroid Kurth et d'autre part l'avenue J. Prévers et la rue de Visé (CSC 2016 - 535) et notamment les décisions suivantes :

- la décision du 19 décembre 2016 par laquelle la Ville de Liège a décidé de tenir l'offre de la requérante pour irrégulière;
- la décision de date inconnue par laquelle la Ville de Liège a décidé d'examiner les offres des candidats concurrents et de négocier avec ceux-ci à l'exclusion de la requérante;
- la décision d'attribuer le marché à une société concurrente ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^me^ Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 21 novembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 décembre 2019.

Par une lettre du 3 décembre 2019, l'affaire a été remise à l'audience du 15 janvier 2020.

Par une lettre du 8 janvier 2020, l'affaire a été remise *sine die*.

Par une ordonnance du 28 septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 octobre 2020.

Le droit visé 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 a été acquitté.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e^ Sophie Baudoin, *loco* M^e^ Gilles Vandermeeren, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Julie Bockourt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^me^ Geneviève Martou, premier auditeur, a été entendue en son avis.

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

1. Par un avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 25 octobre 2016, la partie adverse lance un marché de travaux portant sur le remplacement des feux tricolores aux carrefours formés par d'une part le pont Maghin (pont Saint Léonard), le quai Sainte-Barbe et le quai Godefroid Kurth, à 4000 LIEGE, et d'autre part l'avenue Joseph Prévers et la rue de Visé à 4020 Liège (Jupille-sur-Meuse).

Le marché est divisé en deux tranches :
- tranche 1 (certaine) : carrefour formé par le pont Maghin (pont Saint Léonard), le quai Sainte-Barbe et le quai Godefroid Kurth, à 4000 Liège,
- tranche 2 (conditionnelle) : carrefour formé par l'avenue Joseph Prévers et la rue de Visé à 4020 Liège (Jupille-sur-Meuse).

Le mode d'attribution choisi est la « procédure négociée directe avec publicité ».

Le marché est régi par un cahier spécial des charges n° 2016-535, lequel prévoit notamment :

« 8. Documents, modèles et échantillons à joindre à l'offre.

Conformément à l'article 30 de l'A.R. du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires mobiles, le plan de sécurité et de santé afférent au marché figure en annexe au présent cahier spécial des charges sous l'intitulé « PLAN DE SÉCURITÉ ET DE SANTÉ ».

Les soumissionnaires sont tenus de remettre une offre conforme à ce plan.

Sous peine de nullité absolue de leur offre, ils doivent joindre à celle-ci une annexe :
- décrivant la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte du plan de sécurité et de santé;
- comportant un calcul détaillé du coût des mesures et moyens de prévention déterminés dans le plan de sécurité et de santé.

Pour satisfaire à l'obligation qui précède, les soumissionnaires sont tenus d'utiliser le formulaire *ad hoc* annexé au plan de sécurité et de santé.

L'attention des soumissionnaires est attirée sur le fait que leur offre pourra être déclarée nulle si, soit les modes d'exécution décrits dans le formulaire annexé à leur offre sont jugés non conformes au plan de sécurité et de santé, soit le coût des

mesures et moyens de prévention y mentionné est jugé anormal » .

Le Plan de Sécurité et de Santé (P.S.S.) joint à ce cahier spécial des charges contient, par ailleurs, les deux indications suivantes:

« (…) Afin que le coordinateur-projet puisse juger de la valeur et de la concordance avec son plan de sécurité et de santé et conformément à l'article 30 de l'Arrêté Royal du 25/01/2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles:
- les soumissionnaires annexent à leurs offres un document qui réfère au PS.S. et dans lequel ils décrivent la manière dont ils exécuteront l'ouvrage pour tenir compte de ce P.S.S.;
- les soumissionnaires annexent à leurs offres un calcul de prix séparé concernant les mesures et moyens de prévention déterminés par P.P.S., y compris les mesures et moyens extraordinaires de protection individuelle. »

« L'entreprise qui désire soumissionner doit rentrer un dossier de sécurité joint aux différents documents d'adjudication.
Ce dossier de sécurité doit comporter:
1. Le Plan de sécurité et de santé propre à l'entreprise et plus spécialement l'analyse des risques pour les travaux du chantier concerné : Le Plan de sécurité et de santé sera rédigé et signé par le Dirigeant de l'entreprise et validé par le Conseiller en prévention minimum niveau 2 (à défaut, le Plan de sécurité et de santé sera validé par le conseiller en prévention compétent du SEPP)
2. Une méthodologie de travail pour les différentes phases importantes du projet. Cette méthodologie doit reprendre la description de la méthode de travail, les moyens humains et matériel mis en oeuvre ainsi que les différentes mesures de sécurité qui seront appliquées pour chacune des phases.
3. Documents à compléter et signer :
- La fiche d'entreprise jointe au présent document
- La fiche d'adhésion aux documents de sécurité jointe au présent document
4. Par chapitre, les montants estimés par le soumissionnaire, du coût des prestations liées à la sécurité. Les montants portés dans une annexe par le soumissionnaire sont donnés à titre indicatif et sont censés être compris dans les prix unitaires et forfaitaires déposés par le soumissionnaire. Ils ne feront donc en aucun cas l'objet d'un paiement distinct ».

2. Deux soumissionnaires déposent une offre, à savoir la requérante (pour un montant de 113.790,00 EUR TVAC) et la SA Yvan Paque (pour un montant de 124.968,96 EUR TVAC).

3. Par une délibération du 16 décembre 2016, le collège communal de la partie adverse écarte notamment l'offre de la requérante, qu'elle juge ne pas être conforme « en matière de coordination sécurité et santé ».

Cette décision se présente, à la lecture de la requête, comme étant le premier acte attaqué par le présent recours. L'extrait de la délibération du 16 décembre 2016 qui s'y rapporte se lit comme suit :

« 3.5. Analyse de l'adéquation des mesures et coûts prévus par l'offre pour répondre aux risques envisagés par le P.S.S. (Plan sécurité et santé)

Les firmes GENETEC SA et Yvan PAQUE SA ont joint à leur offre un PSS.

Le PSS, en son point 4 (tableau chiffré du coût de la sécurité) des documents à joindre aux documents d'adjudication précise que :

• Les montants estimés par le soumissionnaire du coût des prestations liées à la sécurité seront repris dans un tableau.
• Ils sont chiffrés par chapitre,
• Les montants indiqués dans le tableau sont donnés à titre purement indicatif et sont censés être compris dans les prix unitaires et forfaitaires repris dans l'offre par le soumissionnaire.
• Ils ne feront en aucune manière l'objet d'un payement distinct.

La firme GENETEC n'a pas joint une note de calcul détaillant le coût de la mise en œuvre des mesures de prévention prévues en application de l'analyse des risques mais a justifié une majoration du taux horaire. Le dossier n'est pas jugé conforme en matière de coordination sécurité et santé. L'offre de la S.A. GENETEC est donc écartée à ce stade de l'analyse.

La firme YVAN PAQUE S.A. a joint une note de calcul et un dossier complet jugé conforme en matière de sécurité et santé ».

Aux termes de cette même délibération du 16 décembre 2016, le collège communal de la partie adverse désigne, par ailleurs, la société Yvan Paque en qualité d'adjudicataire du marché, pour un montant de 103.280,13 euros H.T.V.A. Cette décision se présente, à la lecture de la requête, comme étant le troisième acte attaqué par le présent recours.

IV. Recevabilité du recours

Comme le relève la partie adverse et le reconnaît d'ailleurs la requérante, dans son mémoire en réplique, il n'existe pas de décision « d'examiner les offres des candidats concurrents et de négocier avec ceux-ci à l'exclusion de la requérante », de sorte que le recours est irrecevable en tant qu'il porte sur cet objet.

V. Réouverture des débats

La partie adverse dépose à titre confidentiel l'offre de la requérante (pièce 3.1. du dossier administratif) et celle de la société Yvan Pâque (pièce 3.2. du dossier administratif). Elle ne fait toutefois pas état de considérations particulières pour justifier du maintien de cette confidentialité.

La requérante ne sollicite pas formellement la levée de la confidentialité demandée par la partie adverse. Toutefois, dès l'introduction de sa requête, et à l'appui du premier moyen, elle note qu'il « conviendra également, à l'examen du dossier administratif, de vérifier que d'autres soumissionnaires n'ont pas, le cas échéant, été traités plus favorablement ». Dans son mémoire en réplique, elle relève qu'elle n'a pas eu accès à l'offre de son concurrent et « maintient donc sa demande que [le] Conseil [d'État] veuille bien examiner celle-ci spécialement du point de vue des renseignements communiqués sur la problématique litigieuse afin de déterminer si les parties ont été traitées de la même manière selon le respect du principe d'égalité ».

Le maintien de confidentialité des pièces concernées n'empêche, en règle, pas le Conseil d'État d'examiner, notamment à la lumière de ces pièces auxquelles il a bien accès puisqu'elles ont été déposées, les thèses soutenues par les parties à propos des différentes questions que suscite un recours. S'il doit être admis que la partie requérante, qui n'a pu accéder à ces pièces à ce stade, ait développé son argumentation de façon plus succincte, encore faut-il que l'examen auquel le Conseil d'État est, le cas échéant, amené à procéder en pareille circonstance, s'inscrive dans les limites tracées par les moyens soulevés à l'appui du recours.

En l'espèce, la requérante invite le Conseil d'État à examiner si, pour ce qui concerne l'exigence d'indication des coûts liés au plan de sécurité et de santé, les offres ont été traitées dans le respect du principe d'égalité. Cependant, au regard de l'exposé et des développements du premier moyen, qui n'invoque pas, en tant que telle, une violation du principe d'égalité des soumissionnaires ou de dispositions consacrant ce principe, le Conseil d'État ne peut déférer à la demande que lui soumet la requérante.

Cela étant, cette demande de la requérante fait bien apparaître que la divulgation de l'offre de la société Yvan Paque (et, plus particulièrement, de l'extrait de cette offre contenant l'indication des coûts afférents au plan de sécurité et de santé) est nécessaire à l'examen de l'affaire, dans le respect de la contradiction des débats, notamment pour examiner le grief de sévérité excessive dont aurait fait preuve la partie adverse à l'égard de l'offre de la requérante, laquelle sévérité peut être appréciée, comme le suggère la troisième branche du premier moyen, au regard du traitement réservé sur cette question litigieuse, aux autres offres. Cette nécessité de divulgation a d'ailleurs été expressément mise en évidence par Madame le premier auditeur, dont le rapport invitait la partie adverse à déposer « la note

complète de la société Yvan Paque concernant le calcul détaillé des coûts des mesures de sécurité », ce à quoi cette partie a répondu, dans son dernier mémoire, en désignant l'extrait de l'offre mentionnant les coûts des mesures de sécurité, sans toutefois renoncer au caractère confidentiel de cette offre.

Compte tenu des éléments qui précèdent, la question du maintien de la confidentialité de l'extrait précité de l'offre de la société Yvan Paque doit être tranchée avant l'examen des moyens. Très précisément, l'extrait en cause est celui que, dans son dernier mémoire, la partie adverse situe expressément aux pages 112 à 114 de la pièce 3.2. du dossier (lesquelles correspondent aux trois dernières pages, non numérotées, de l'offre de la SA Yvan Paque) et identifie comme étant « le tableau *ad hoc* relatif aux coûts des mesures de sécurité rempli par la SA YVAN PAQUE », tableau que, dans le cadre de la présente procédure devant le Conseil d'État, cette même partie adverse reproche à la requérante de n'avoir pas rempli et joint à son offre.

Tel qu'applicable en l'espèce, l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services était libellé comme suit :

« L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ».

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

En l'espèce, une levée de la confidentialité du « tableau *ad hoc* », ainsi désigné par la partie adverse, est de nature à servir la contradiction des débats, dès lors qu'elle peut être utile à l'examen des deux moyens dirigés contre la décision par laquelle la partie adverse a déclaré irrégulière l'offre de la requérante au motif que

celle-ci n'avait pas joint la note de calcul exigée. Toutefois, la nécessaire conciliation entre les préoccupations rappelées ci-dessus contraint à permettre à la partie adverse d'exprimer son point de vue sur le caractère confidentiel, ou non, des informations contenues dans le « tableau *ad hoc* » auquel elle se réfère, et ce même si, *prima facie* et à défaut d'indications qui permettraient d'en juger autrement, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi une divulgation de ces informations compromettrait la protection due au secret des affaires et de la vie privée de l'entreprise du soumissionnaire concerné.

Dans ces circonstances, et pour permettre au Conseil d'État de statuer – dans le respect de la contradiction des débats – sur le maintien de confidentialité des trois dernières pages de l'offre de la SA Yvan Paque contenant « le tableau *ad hoc* » rempli par ce soumissionnaire et de fixer les modalités de poursuite de la procédure, il y a lieu de rouvrir les débats et d'inviter la partie adverse soit à indiquer expressément, pour le 2 décembre 2020 au plus tard, qu'elle ne s'oppose pas à une levée de la confidentialité de ce tableau, soit à désigner les informations contenues dans celui-ci, pour lesquelles elle souhaite que la confidentialité soit maintenue, en justifiant en quoi ces informations relèvent du secret des affaires ou de la vie privée des entreprises, et à communiquer au seul Conseil d'État, dans le même délai, une copie de cet extrait de l'offre de ladite société, dans la version expurgée, susceptible, selon elle, d'être rendue accessible.

Par ailleurs, l'examen de la cause que le Conseil d'État a pu effectuer à ce stade le conduit à observer que les deux moyens soulevés dans la requête mettent en cause la décision par laquelle la partie adverse déclare irrégulière l'offre de la requérante au motif que celle-ci n'a pas satisfait à l'exigence de joindre à son offre une note de calcul détaillant le coût de la mise en œuvre des mesures de prévention prévues en application de l'analyse des risques mais a justifié une majoration du taux horaire.

Les griefs formulés à l'appui de chacun de ces deux moyens ne permettent pas, à ce stade de la procédure, d'exclure que les examens respectifs de l'un et de l'autre ne puissent être dissociés.

Dans ce contexte, l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande également d'ordonner une réouverture des débats, pour permettre au membre de l'auditorat désigné par l'Auditeur général d'examiner le deuxième moyen dans un rapport complémentaire, celui-ci tenant également compte, le cas échéant,

des suites d'une levée de confidentialité qui, le cas échéant aurait été ordonnée dans l'intervalle. Compte tenu de la nécessité de statuer préalablement sur le maintien de confidentialité précédemment évoqué, les modalités de l'instruction complémentaire et de dépôt des derniers mémoires que les parties seront ensuite invitées à déposer seront précisées dans l'arrêt qui statuera sur le maintien ou la levée de confidentialité.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

Le recours est rejeté en tant qu'il porte sur « la décision de date inconnue par laquelle la Ville de Liège a décidé d'examiner les offres des candidats concurrents et de négocier avec ceux-ci à l'exclusion de la requérante ».

Article 2.

Les débats sont rouverts.

Article 3.

La partie adverse est invitée pour le 2 décembre 2020 au plus tard, soit à indiquer expressément, qu'elle ne s'oppose pas à une levée de la confidentialité du « tableau *ad hoc* relatif aux coûts des mesures de sécurité rempli par la SA YVAN PAQUE », soit à désigner les informations contenues dans cet extrait de l'offre de ce soumissionnaire, pour lesquelles elle souhaite que la confidentialité soit maintenue, en justifiant en quoi ces informations relèvent du secret des affaires ou de la vie privée des entreprises, et à communiquer au seul Conseil d'État, une copie de cet extrait, dans la version expurgée, susceptible, selon elle, d'être rendue accessible.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le 17 novembre 2020 par :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
David De Roy,	conseiller d'État,
Florence Piret,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Nathalie Roba	Imre Kovalovszky