

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 249.203 du 11 décembre 2020

A. 232.155/VI-21.898

A. 232.156/VI-21.899

A. 232.157/VI-21.900

En cause : **la société à responsabilité limitée ASSISTANCE
ET GESTION ENVIRONNEMENTALE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Maëlle RIXHON et Bob MARTENS, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,
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 3 novembre 2020, la SRL Assistance et Gestion Environnementale demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse en date du 19 octobre 2020 de déclarer son offre irrégulière en ce qui concerne le lot 2 du marché public de services relatif au prélèvement et à l'analyse de sols et de terres en vue d'établir suivant la réglementation, le rapport de qualité des terres à présenter pour validation à l'autorité compétente chargée de la certification du contrôle de la qualité et du suivi de la gestion des terres (Walterre) ainsi que la décision, prise à une date inconnue, d'attribuer le lot 2 dudit marché à une société concurrente » (A.232.155/VI-21.898).

Par une requête introduite le 3 novembre 2020, la même requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse en date du 19 octobre 2020 de déclarer son offre irrégulière en ce qui concerne le lot 3 du marché public de services relatif au prélèvement et à l'analyse de sols et de terres en vue d'établir suivant la

réglementation, le rapport de qualité des terres à présenter pour validation à l'autorité compétente chargée de la certification du contrôle de la qualité et du suivi de la gestion des terres (Walterre) ainsi que la décision, prise à une date inconnue, d'attribuer le lot 3 dudit marché à une société concurrente » (A. 232.156/VI-21.899).

Par une requête introduite le 3 novembre 2020, la même requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse en date du 19 octobre 2020 de déclarer son offre irrégulière en ce qui concerne le lot 4 du marché public de services relatif au prélèvement et à l'analyse de sols et de terres en vue d'établir suivant la réglementation, le rapport de qualité des terres à présenter pour validation à l'autorité compétente chargée de la certification du contrôle de la qualité et du suivi de la gestion des terres (Walterre) ainsi que la décision, prise à une date inconnue, d'attribuer le lot 4 dudit marché à une société concurrente » (A. 232.157/VI-21.900).

II. Procédure

Par des ordonnances du 4 novembre 2020, les affaires ont été fixées à l'audience du 24 novembre 2020.

La partie adverse a déposé une note d'observations, pour les trois recours, et le dossier administratif.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Maëlle Rixhon, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M. Constantin Nikis, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Le 23 décembre 2019, un avis de marché de services ayant pour objet le prélèvement et l'analyse de sols et de terres en vue d'établir le rapport de qualité des terres à présenter pour validation à l'autorité compétente chargée de la certification

du contrôle de qualité et du suivi de la gestion des terres (Walterre) est publié au *Bulletin des adjudications*. Le même avis est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 27 décembre 2019.

Le marché a pour but « d'aider les directions territoriales dans les démarches pour obtenir le certificat de contrôle de qualité des terres, document qui doit être joint à toute demande d'offre et à tout cahier des charges pour l'exécution de travaux ».

Il s'agit d'un marché de services divisé en 5 lots liés aux 5 provinces wallonnes : lot 1 (Province de Hainaut), lot 2 (Province du Brabant wallon), lot 3 (Province de Namur), lot 4 (Province de Luxembourg) et lot 5 (Province de Liège). La nature des services à exécuter est la même pour les cinq lots.

Le pouvoir adjudicateur est la Région wallonne qui agit comme « centrale d'achat ». Il est précisé que les bénéficiaires de ce marché sont :

- « - Les directions des routes et des voies hydrauliques territoriales de chaque lot;
- Les communes wallonnes situées dans les zones géographiques de chaque lot, ayant signé une convention d'adhésion au présent marché pour leurs travaux subsidiés;
- Les 4 ports autonomes de Wallonie : PACO, PAC, PAN et PAL;
- La SOFICO (Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures) ».

Le marché est à bordereau de prix, passé pour un an, renouvelable deux fois sur la base de l'article 42, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse se fait sur la base du seul critère du prix.

Huit entreprises déposent des offres, dont la requérante.

Par des décisions du 15 octobre 2020, le lot 2 du marché est attribué à la SRL Abesim et les lots 3 et 4 sont attribués à la SA SGS Belgium.

Les offres de la requérante sont écartées, car considérées comme irrégulières en raison de « réserves portant sur des éléments substantiels du marché rendant incertain son engagement à exécuter celui-ci dans les conditions prévues et empêchant la comparaison de l'offre de ce soumissionnaire avec les autres offres ».

Ces décisions sont notifiées par courrier recommandé et fax/courriel du 19 octobre 2020.

IV. Jonction des causes

Les trois recours, introduits par la même requérante, sont dirigés contre trois décisions qui ont été prises à la suite d'une même procédure de passation et qui portent sur les différents lots auxquels elles se rapportent respectivement. Par ailleurs, les critiques de légalité formulées par la requérante à l'appui ses trois recours sont identiques. Dans un souci de bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre les trois causes.

V. Premier moyen commun aux trois recours

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination, des articles 2, 6°, 7° et 35°, 4, 43, §§ 1^{er} à 4 et 47 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de transparence, du raisonnable, de diligence, de confiance, de prudence et de proportionnalité ainsi que le devoir de minutie et du principe général de droit de sécurité juridique.

Elle expose que le marché litigieux est un « marché à bons de commande, qui [...] correspond [...] à un accord-cadre, dont tous les termes sont fixés de manière contraignante, conclu avec un seul adjudicataire », les marchés subséquents correspondant aux bons de commande dans le cadre du présent marché. La requérante en veut pour preuve que « chaque pouvoir adjudicateur [...] va devoir adresser lui-même son bon de commande à l'adjudicataire, que la facture sera établie au nom de ce pouvoir adjudicateur et, d'une manière générale, que ce dernier devra assurer la direction de la commande, son contrôle et le suivi de son exécution ». Partant de l'hypothèse qu'il s'agit d'un accord-cadre, la requérante développe les griefs suivants :

- alors que les pouvoirs adjudicateurs doivent être clairement désignés dans les documents du marché, les bénéficiaires potentiels ne sont, en l'espèce, pas clairement identifiés puisqu'on retrouve, parmi ceux-ci, « les communes wallonnes situées dans les zones géographiques de chaque lot », en sorte que « potentiellement, toutes les communes wallonnes [...] pourraient adhérer à la centrale d'achat » ;
- alors que les quantités maximales doivent être indiquées dans l'accord-cadre, il est, en l'espèce, certain « compte tenu de l'imprécision manifeste quant au nombre de pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires potentiels du [...] marché [...] que le volume

des prestations qui pourra être requis n'a pas été déterminé en tenant compte de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs non signataires du marché » alors que la requérante doute que des conventions d'adhésions aient été conclues au préalable entre la partie adverse et les bénéficiaires de la centrale d'achat, « ce qui aurait permis de déterminer les *minima* et *maxima* requis pour chaque poste de l'inventaire ».

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 2, 35°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics définit l'accord-cadre comme « l'accord entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ». L'accord-cadre se caractérise par le fait qu'au jour de sa conclusion, il n'y pas nécessairement de commandes. Celles-ci sont passées ultérieurement, en fonction de la détermination de l'état des besoins à satisfaire. L'accord-cadre formalise déjà les futurs marchés ou commandes à passer.

La centrale d'achat est définie à l'article 2, 6°, de la même loi comme « au sens du titre 2 [de la loi], un pouvoir adjudicateur qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités d'achat auxiliaires telles que visées respectivement aux 7° et 8° ». Le point 7° précise que « les activités d'achat centralisées » sont « des activités menées en permanence qui prennent l'une des formes suivantes :

- a) l'acquisition de fournitures et/ou de services destinés à des adjudicateurs;
- b) la passation de marchés publics et d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des adjudicateurs ».

La centrale d'achat peut, dès lors, remplir deux missions principales :

- a) un rôle de « grossiste » lorsqu'elle acquiert des fournitures ou des services qu'elle cède ensuite à des adjudicateurs;
- b) un rôle d' « intermédiaire » lorsqu'elle passe des marchés publics pour répondre aux besoins des adjudicateurs et pour le compte de ces derniers, ces marchés pouvant alors prendre la forme d'accords-cadres.

En l'espèce, la partie adverse, qui indique agir comme « centrale d'achat », n'acquiert aucun service qu'elle cède ensuite aux bénéficiaires de l'opération, à savoir, les directions des routes et des voies hydrauliques territoriales de chaque lot (qui dépendent directement de la partie adverse), les communes wallonnes situées dans les zones géographiques de chaque lot, les quatre ports autonomes de Wallonie et la SOFICO. Elle passe, par contre, un marché à bons de

commande, pour son compte (premier bénéficiaire cité) et pour le compte des trois derniers bénéficiaires précités. C'est ce que confirme le cahier spécial des charges qui indique que « chaque demande fait l'objet d'un bon de commande qui lui est propre », que « [l]es prestations relatives à chaque intervention font l'objet d'une commande établie [...] sur la base du bon de commande conforme au modèle de l'annexe 5 » et que « [l]e prestataire de service dresse trimestriellement [...] un relevé quantitatif de l'ensemble des commandes qui lui ont été passées [...] ». Il est aussi précisé que « [l]es services à exécuter ne sont pas encore définis » et que « [c]eux-ci seront déterminés au moment de la délivrance des bons de commande ». Les conventions d'adhésion dont les modèles sont annexés au cahier spécial des charges mentionnent que « la Région intervient en qualité de pouvoir adjudicateur à la seule fin de gérer la procédure de passation du marché et de l'attribuer au soumissionnaire sélectionné qui aura remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse pour le lot concerné » et que « après attribution du marché, [le bénéficiaire] passera commandes en fonction de ses besoins et en assurera la direction, le contrôle et le suivi d'exécution (réceptions, paiements et application d'amendes ou pénalités notamment) ».

Comme le soutient la requérante, le marché à bons de commande conclu par la partie adverse peut *prima facie* être qualifié d'accord-cadre, dès lors que l'opération paraît bien entrer dans la définition de ce type de contrat. L'accord-cadre est, en l'espèce, conclu avec un seul opérateur économique par lot et fixe, de manière contraignante, tous les termes relatifs aux commandes futures à passer par les bénéficiaires de la centrale d'achat. Il s'exécutera par l'émission de bons de commande qui préciseront celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution sera demandée et en détermineront les quantités. C'est donc par le biais d'un accord-cadre conclu par une centrale d'achat que les quatre catégories de pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires précitées pourront acquérir les services de « prélèvement et analyse des sols et terres en vue d'établir [...] le rapport de qualité des terres à présenter pour validation à l'autorité compétente chargée de la certification du contrôle de qualité et du suivi de la gestion des terres (Walterre) ».

Le fait que les documents du marché ne contiennent aucune mention à ce sujet n'empêche pas de requalifier le marché litigieux en accord-cadre. Cette requalification n'est pas contredite par la circonstance que le marché est à bordereau de prix, s'agissant d'un mode de détermination du prix qui, à l'évidence, peut s'appliquer à ce type de contrat.

L'article 43, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 impose de pouvoir identifier clairement les pouvoirs adjudicateurs qui pourront passer les commandes fondées sur l'accord-cadre. Dans l'arrêt du 19 décembre 2018 (C-216/17) – cité par la

requérante, la Cour a cependant précisé qu' « il est suffisant qu'un tel pouvoir adjudicateur apparaisse comme un bénéficiaire potentiel de cet accord dès la date de sa conclusion ». Le considérant 60 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE précise, à ce sujet, ce qui suit :

« L'accord-cadre est un instrument largement utilisé et considéré comme une technique de passation de marché efficace dans toute l'Europe. Il convient donc de le maintenir en l'état pour l'essentiel. Il est cependant nécessaire d'en clarifier certains aspects, notamment le fait que les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas recourir à un accord-cadre dans lequel ils ne sont pas nommés. À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs qui sont, dès le départ, parties à un accord-cadre spécifique, devraient être clairement désignés, soit par leur nom ou par d'autres moyens tels qu'un renvoi à une catégorie donnée de pouvoirs adjudicateurs dans une zone géographique clairement délimitée, de manière que les pouvoirs adjudicateurs concernés puissent être identifiés aisément et sans ambiguïté. De même, une fois conclu, un accord-cadre ne devrait pas être ouvert à de nouveaux opérateurs économiques. Ainsi, par exemple, lorsqu'une centrale d'achat fait usage d'un registre général des pouvoirs adjudicateurs ou de catégories de ceux-ci, tels que les collectivités locales d'une zone géographique donnée, qui sont autorisés à recourir aux accords-cadres qu'elle conclut, elle devrait procéder de manière à ce qu'il soit possible de vérifier, non seulement l'identité du pouvoir adjudicateur concerné, mais aussi la date à compter de laquelle il acquiert le droit de recourir à l'accord-cadre conclu par la centrale d'achat, étant donné que cette date détermine les accords-cadres spécifiques auxquels ledit pouvoir adjudicateur devrait être autorisé à avoir recours. »

Il s'ensuit que l'obligation d'identifier les adjudicateurs dès le départ peut se faire soit en les désignant nommément, soit par la détermination de catégories précises, fondées, par exemple, sur le renvoi à une catégorie donnée de pouvoirs adjudicateurs dans une zone géographique clairement délimitée. Le cahier spécial des charges identifie, en l'espèce, clairement les bénéficiaires de l'accord-cadre en les désignant nommément ou en renvoyant à des catégories précises dans un périmètre géographique déterminé. Il n'est pas requis que les conventions d'adhésion à la centrale d'achat interviennent avant la conclusion de l'accord-cadre. Il importe seulement de pouvoir identifier les pouvoirs adjudicateurs concernés et vérifier la date à laquelle ils acquièrent le droit de recourir à l'accord-cadre conclu par la centrale d'achat.

Par ailleurs, le volume des prestations qui pourraient être requises de l'adjudicataire est renseigné dans l' « inventaire descriptif » joint au cahier spécial des charges. Celui-ci indique, pour chaque poste les quantités présumées ou les sommes à réserver, lesquelles varient en fonction des lots (provinces) concernés. Il est indiqué, à titre liminaire, que « [l]es montants et les quantités cités dans cet inventaire ainsi que dans l'inventaire récapitulatif sont valables pour une année de contrat », étant ailleurs précisé que celui-ci est renouvelable deux fois, sur la base de

l'article 42, § 1^{er}, 2°, de la loi du 17 juin 2016. La requérante ne conteste pas les quantités présumées et les sommes à réserver qui figurent dans l'inventaire.

Certes, les documents du marché ne renseignent pas le volume et le montant maximaux des prestations couvertes par l'accord-cadre. Ceci étant, le fait de recourir à un marché à bordereau de prix – dans lesquels les prix unitaires sont forfaitaires – et la mention, pour chaque poste, des quantités présumées ou de sommes à réserver, paraît *prima facie* suffire. Ces indications de volume et de (détermination du) prix sont formulées de manière claire, précise et univoque dans les documents du marché de façon (1) à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et (2) à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause, comme l'exige la Cour de justice de l'Union européenne notamment dans l'arrêt du 19 décembre 2018 (C-216/17) précité. Il semble que cette manière de procéder permette d'assurer le respect des principes de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires. La requérante n'indique, en tout cas, pas concrètement en quoi l'absence de mention des valeur et quantité maximales du marché l'aurait préjudiciée. Il n'est, par ailleurs, pas soutenu que la partie adverse aurait recouru de manière abusive à la formule de l'accord-cadre, de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence. Enfin, le risque de fractionnement artificiel du marché également mentionné par la Cour, dans l'arrêt précité, paraît pouvoir être écarté, la partie adverse relevant, dans sa note d'observations, que « le marché était clairement au-dessus des seuils européens » et qu'il « a donc fait l'objet d'une publicité européenne la plus large possible ».

Les premiers moyens, dans les trois recours, ne sont pas sérieux.

VI. Deuxième moyen commun aux trois recours

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un second moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination, des articles 4, 5 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4, alinéa 1^{er}, 8°, 5, 8° et 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des

principes généraux de bonne administration que sont les principes de motivation tant formelle que matérielle, de concurrence, du raisonnable, de diligence, de confiance, de prudence et de proportionnalité ainsi que le devoir de minutie, des principes généraux de droit *patere legem quam ipse fecisti* et de sécurité juridique et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle reproche à la partie adverse de ne pas indiquer, dans la décision d'écarter son offre, la raison pour laquelle elle considère que les postes de l'inventaire – pour lesquels elle aurait émis des réserves – revêtiraient un caractère essentiel. Elle conteste, par ailleurs, que les précisions qu'elle a apportées à l'inventaire dans un souci de transparence puissent être qualifiées de « réserves ». Après avoir rappelé que le pouvoir adjudicateur ne peut écarter valablement une offre en se fondant sur une irrégularité résultant de l'imprécision ou de l'ambiguïté du cahier spécial des charges, elle avance, plus précisément, les arguments suivants :

- « En ce qui concerne la première précision, il convient de mettre en exergue qu'il ne ressort d'aucun document du marché qu'il fallait inclure le coût du tracteur dans le poste "déplacement d'une foreuse sur chenille d'un poids supérieur > 3 tonnes pour des forages < 10 mètres avec opérateur - forfait". Bien au contraire, dans la mesure où le poste précédent ("[d]éplacement d'un véhicule > 3,5 T avec opérateur dans les limites de la province concernée - forfait", (...)) vise précisément le coût du tracteur, il est évident que ce coût ne devait pas être additionné au prix mentionné au poste concernant la foreuse sur chenille. Donner une interprétation contraire serait étendre de manière imprévisible ledit poste, sans aucune justification, et mettre à mal l'égalité entre les soumissionnaires et le principe de concurrence. L'explication de la partie adverse, selon laquelle "[l]e coût du véhicule tracteur devait être compris dans ce poste et ne fait pas partie d'un autre poste" contredit le libellé du cahier spécial des charges (...), ce qui met à mal les principes *patere legem quam ipse fecisti* et de sécurité juridique. La précision faite par la partie requérante ne peut, en tout état de cause, être considérée comme une réserve vu que le coût du tracteur est, de manière évidente, reprise au poste précédent.

En ce qui concerne la deuxième précision, à nouveau, il ne ressort d'aucun document du marché qu'il fallait inclure l'encodage dans ce poste précis.

Il convient, en outre, de prendre en considération l'ensemble de la précision apportée par la partie requérante, qui se lit comme suit :

"Hors coût pour les extraits de la BDES et les droits de dossiers et hors encodage des résultats sur la plateforme Walterre" (...).

À la lecture complète de cette précision et du cahier spécial des charges, on comprend immédiatement que la partie requérante n'a aucunement entendu exclure les coûts que représente l'encodage de son offre, comme semble le suggérer la partie adverse. Il convient, en effet, de relever que la partie adverse ne s'est pas émue du fait que les coûts pour les extraits de la BDES et les droits de dossiers n'étaient pas compris dans ce poste, et pour cause. Tous ces coûts devaient, en effet, être inclus dans le prix global au titre des points "toutes les fournitures et prestations intellectuelles", "les frais administratifs et de secrétariat" et "les droits de dossier liés à tout dossier de gestion des terres" (...). Ainsi, au même titre que les coûts pour les extraits de la BDES et les droits de dossiers, l'encodage est bien compris dans le prix global, si bien qu'il ne pourrait aucunement être question de réserve.

Prétendre le contraire contredirait, à nouveau, le cahier spécial des charges et mettrait, encore une fois, à mal les principes *patere legem quam ipse fecisti* et de sécurité juridique.

En ce qui concerne, la troisième précision, elle a été rédigée en tenant compte de l'expérience de terrain et des règles de l'art, à nouveau dans un souci de transparence. L'institut scientifique de service public a publié un Guide de référence relatif à la gestion des terres que la partie requérante est tenue d'appliquer lors du prélèvement de terre (...).

Ce guide permet de mieux comprendre ce dont il est concrètement question ici.

Ainsi, pour les postes de l'inventaire pour lesquels ces précisions ont été faites (à savoir les terres destinées à être excavées et les terres disposées en tas ou en andains), trois échantillons permettent d'effectuer une analyse d'un volume de terre pouvant aller jusqu'à 5000 m³ (...). Cela représente environ 280 camions semi-remorques de terre.

Le guide susvisé précise que :

“La volumétrie d'un lot de terre, quel que soit son état lors des prélèvements, est limitée à 5000 m³. Si le volume de terres mobilisées est supérieur à cette limite, il y a lieu de le subdiviser en lots.” (...).

De ce fait, dix échantillons composites - qui représentent plus de trois fois le maximum du poste précédent (qui était de 3 échantillons composites - ...) - permettent d'analyser un volume d'un peu plus de 15.000 m³ de terre. Cela représente environ 850 camions semi-remorques de terre.

Ces explications permettent donc de mieux visualiser ce que représentent, en pratique, dix échantillons composites dans le cadre d'analyses de terres destinées à être excavées ou disposées en tas.

À propos de la raison d'être de la précision faite par la partie requérante, il convient de préciser que la plateforme Walterre a une capacité de réception limitée à 50 MB, étant entendu que les fichiers au format.zip ne sont pas acceptés.

C'est sur cette plateforme que doivent être encodés les rapports de qualité des terres et doivent être déposés les documents annexes à ce rapport (tels que les extraits conformes de la banque de données de l'état des sols des parcelles de terrain concernées, le plan de tri des terres, un fichier Excel contenant les résultats des analyses, un fichier Excel par lot contenant les résultats d'analyse (par lot), un document qui décrit les différents types de sol (les lithologies rencontrées, etc.).

Ainsi, en pratique, il n'est pas possible d'y encoder un rapport de qualité des terres (relatif à des terres en place destinées à être excavées ou à des terres disposées en tas ou en andains) et ses annexes, qui comporteraient plus de dix échantillons composites, au vu de la capacité de réception limitée de la plateforme. Cela s'explique par le fait qu'au plus le nombre de mètres cubes est élevé, au plus le nombre d'informations devant être encodées dans le rapport et le nombre d'annexes à celui-ci sont élevés également.

Rien n'empêche, par ailleurs, de remplir plusieurs rapports de qualité de terres pour les plus grands chantiers que représenteraient de plus grands volumes de terres destinées à être excavées ou disposées en tas. À la connaissance de la partie requérante, ce genre de situation ne s'est toutefois présenté qu'une fois dans sa pratique. Il va sans dire que cette hypothèse est donc extrêmement rare. Afin de permettre l'instruction du dossier par l'ASBL Walterre, cette dernière lui avait demandé de limiter les rapports de qualité des terres à un volume maximal de 15.000 m³ par rapport (ce qui correspond à neuf échantillons), afin que chaque rapport de qualité des terres puisse être encodé sur la plateforme et que toutes les annexes puissent y être déposées sans encombre.

Ainsi, en formulant sa précision, la partie requérante n'a fait que préciser ce qui relève de l'évidence pour les gens du métier. Il ne fait nul doute que tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents ont dû comprendre les postes de cette manière-là pour pouvoir fixer un prix. Compte tenu des explications qui précèdent, cela ne peut en aucun cas être considéré comme une réserve. »

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les décisions attaquées justifient l'écartement des offres déposées par la requérante pour les lots 2, 3 et 4, en ces termes :

- « Considérant que le soumissionnaire Sprl Assistance et Gestion Environnementale a émis des réserves portant sur des éléments substantiels du marché rendant incertain son engagement à exécuter celui-ci dans les conditions prévues et empêchant la comparaison de l'offre de ce soumissionnaire avec les autres offres; Considérant que son offre est dès lors affectée d'une irrégularité substantielle en vertu de l'article 76, § 1^{er}, de l'Arrêté royal du 18 avril 2017; Considérant que son examen n'est plus poursuivi [...]»

Les rapports d'analyse des offres pour les lots 2, 3 et 4, auxquels les décisions attaquées renvoient, contiennent les explications suivantes :

« 4.2. Réserves

Le soumissionnaire Sprl Assistance et Gestion Environnementale indique dans son offre une série de "précisions" relatives à plusieurs postes faisant l'objet du marché. Ces "précisions" sont considérées comme des réserves qui rendent incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Les postes du marché impactés sont les suivants :

- Le poste "déplacement d'une foreuse sur chenille d'un poids supérieur > 3 tonnes pour des forages < 10 mètres avec opérateur - forfait" :

Le soumissionnaire a indiqué que le prix concerne le transport de la machine sur la remorque, à l'exclusion du véhicule tracteur (autre poste, car dépend du type de véhicule). Or comment la machine peut-elle être déplacée sans le véhicule tracteur ? Le coût du véhicule tracteur devait être compris dans ce poste et ne fait pas partie d'un autre poste.

- Les postes relatifs au rapport de qualité des terres :

- o Le soumissionnaire précise que le coût du rapport ne comprend pas l'encodage des résultats sur la plateforme Walterre or cet encodage est mentionné dans le métré. Bien qu'aucun poste n'ait été créé pour cela, le soumissionnaire devait intégrer ce travail dans ses postes (tout comme l'étude préliminaire, la visite du terrain, etc.).

- o Le soumissionnaire indique que "hors spécification reprise dans le métré, nos RQT sont limités à maximum 10 échantillons composites". Or le métré comprend notamment les postes suivants : "RQT pour 1 à 3 échantillons composites" et "RQT pour plus de 3 échantillons composites". Cette limitation à 10 échantillons n'est donc pas acceptable, car elle ne répond pas aux prescriptions du cahier des charges.

Ces réserves portent sur des éléments substantiels du marché. En effet, ces éléments empêchent la comparaison de l'offre du soumissionnaire aux autres offres. L'offre est en conséquence affectée d'une irrégularité substantielle en vertu de l'article 76 § 1^{er} de l'Arrêté royal du 18 avril 2017. Son examen n'est dès lors plus poursuivi. »

Concernant la première « précision », la requérante indique, dans son offre, que, pour les postes « déplacement d'une foreuse sur chenille d'un poids supérieur > 3 tonnes pour des forages < 10 mètres avec opérateur - forfait », est compris le « prix pour le transport de la machine, la remorque, à l'exclusion du véhicule tracteur (autre poste) ». Aucun élément du cahier spécial des charges, de

l'inventaire descriptif ou des autres pièces du dossier administratif ne permet de considérer que le « déplacement de la foreuse sur chenille » permettait d'inclure dans les prix forfaitaires exclusivement la « remorque », à l'exclusion du véhicule nécessaire pour la tracter, c'est-à-dire pour assurer le « déplacement de la foreuse sur chenille » qui est précisément la prestation visée par les postes concernés. La requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que le coût du véhicule nécessaire pour le transport de cet engin est repris dans les postes précédents « déplacement d'un véhicule > 3,5 T avec opérateur dans les limites de la province concernée - forfait ». Pour les motifs précités, il apparaît que les quantités présumées pour ces postes ont été établies sans compter les véhicules tracteurs destinés à assurer le « déplacement de la foreuse sur chenille » expressément visé, pour chaque lot, aux postes suivants de l'inventaire.

S'agissant de la deuxième « précision », la requérante indique, dans son offre, que les prix forfaitaires relatifs aux postes « rapport de qualité des terres (RQT) » n'incluent pas l'« encodage des résultats sur la plateforme Walterre ». Dans le cahier spécial des charges, il est pourtant précisé que les prestations comprennent notamment la rédaction et la transmission pour validation du rapport de qualité des terres (RQT) à l'ASBL Walterre, qui est l'autorité chargée de la certification du contrôle de la qualité et du suivi de la gestion des terres. L'inventaire descriptif répète, pour chaque lot et chaque type de terres, que les prestations portent notamment sur la « rédaction et transmission de RQT ». La requérante reconnaît, elle-même, que les tâches de transmission du RQT se réalisent via l'encodage des résultats des analyses sur la plateforme Walterre. Le coût de cet encodage constitue, dès lors, une composante essentielle des postes « rapports de qualité des terres (RQT) » visés à l'inventaire. Le fait que le cahier spécial des charges prévoit que l'adjudicateur est censé inclure, dans son prix global, l'ensemble des frais, mesures et charges quelconques inhérents à l'exécution du marché, tels les « fournitures et prestations intellectuelles » ou les « frais administratifs et de secrétariat », ne permet pas au soumissionnaire de soustraire certains coûts spécialement repris dans des postes de l'inventaire, au motif que ces coûts devraient, de toute façon, être compris dans le « prix global » de l'offre. Pour les motifs précités, les postes « rapport de qualité des terres (RQT) » incluaient nécessairement le coût de l'encodage des résultats sur la plateforme Walterre. De même, les droits de dossiers – dont la requérante fait grand état dans ses requêtes – devaient nécessairement être repris dans les postes « droit de dossier pour le certificat de contrôle de qualité terre (CCQT) » visés également spécifiquement à l'inventaire.

Quant à la troisième « précision », la requérante indique, dans son offre, que « [h]ors spécification reprise dans le métré, nos RQT sont limités à maximum 10 échantillons composites ». Il s'agit bien d'une réserve, dès lors qu'elle porte sur

plusieurs prestations pour lesquelles les postes de l'inventaire ne prévoient pas de limite maximale, mais fait uniquement la distinction entre les « Rapport de qualité des terres (RQT) pour 1 à 3 échantillons composites » et les « Rapport de qualité des terres (RQT) pour plus de 3 échantillons composites ». À défaut pour la requérante d'indiquer dans son offre les motifs pour lesquels elle entendait limiter les rapports de qualité des terres à maximum 10 échantillons composites, raisons pourtant longuement développées dans la requête, il ne peut être fait reproche à la partie adverse d'avoir estimé que l'offre de la requérante ne répondait pas au cahier spécial des charges. Par ailleurs, le Conseil d'État ne perçoit pas l'intérêt d'émettre une telle réserve si ce n'est pour justifier le fractionnement de rapports et une augmentation proportionnelle du prix, dans l'hypothèse où plus de 10 échantillons composites devraient être analysés pour de gros volumes de terre.

La requérante ne démontre pas que les documents du marché présentaient, sur les trois points précités, des ambiguïtés ou des imprécisions qui pourraient justifier les « précisions » qu'elle a apportées dans ses offres. La partie adverse a *prima facie* valablement pu considérer que ces imprécisions qui concernent plusieurs postes de l'inventaire de chacun des lots, n'étaient pas conformes aux documents du marché et les qualifier d'irrégularités substantielles, dans la mesure où « elles rend[ent] incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues et empêch[ent] la comparaison de l'offre de ce soumissionnaire avec les autres offres ». En excluant ces postes de l'inventaire des prestations qu'ils sont censés couvrir, la requérante émet soit une réserve, soit remet des prix forfaitaires qui empêchent la comparaison des offres avec les prix remis par les autres soumissionnaires.

Les deuxièmes moyens, dans les trois recours, ne sont pas sérieux.

VII. Confidentialité

La requérante sollicite que les offres qu'elle a présentées pour les lots 2 à 4 soient tenues pour confidentielles « car elle[s] précise[nt] le[s] prix de chaque poste de l'inventaire [...], ce qui relève de sa stratégie commerciale et, donc, du secret des affaires ». Il s'agit des pièces 6 qui sont annexées aux trois requêtes.

La partie adverse dépose les offres des adjudicataires et de la requérante pour les lots 2, 3 et 4, à titre de « pièces confidentielles ». Il s'agit des pièces A et B de son dossier.

La demande de la requérante n'étant pas contestée, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par

ailleurs, conformément à 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 et de concessions, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des pièces A et B du dossier administratif.

VIII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros, pour les trois affaires. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Les affaires portant les n^{os} A. 232.155/VI-21.898, A. 232.156/VI-21.899 et A. 232.157/VI-21.900 sont jointes.

Article 2.

Les demandes de suspension d'extrême urgence sont rejetées.

Article 3.

Les pièces 6 annexées aux trois requêtes et les pièces A et B du dossier administratif, qualifiées de « confidentielles », sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 600 euros, et les contributions de 60 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

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 à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 11 décembre 2020, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret