

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

n° 253.997 du 14 juin 2022

A. 236.420/VI-22.345

En cause : **la société anonyme ÉCOTERRES,**
 ayant élu domicile chez
 M^e Gauthier ERVYN, avocat,
 avenue Herrmann-Debroux 40
 1160 Bruxelles,

contre :

la société anonyme SPAQUE,
 ayant élu domicile chez
 M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat,
 rue des Augustin, 32
 4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 mai 2022, la société anonyme Écoterres demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « 1. la décision de la Spaque, adoptée le 22 février 2022, de passer l'Accord-cadre pour le chargement, le transport et le traitement de terres excavées et d'approuver le mode de passation et les documents de marché (avis de marché et cahier spécial des charges 2022-04) ;
2. la décision de la Spaque, adoptée le 29 avril 2022, d'attribuer l'Accord-cadre pour le chargement, le transport et le traitement de terres excavées ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 mai 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 juin 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

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

M^e Gauthier Eryvn, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Jean-Marc Secretin, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus 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

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

- « 1. La requérante, la SA ECOTERRES est une société spécialisée dans les travaux et services environnementaux, dont en particulier les services de traitement, valorisation et élimination de terres [...].

La partie adverse, la SPAQUE a été créée comme filiale de la société régionale d'investissement de Wallonie, en application de l'article 38 de la loi du 2 avril 1962 constituant une Société Nationale d'Investissement et des Sociétés Régionales d'Investissement. Les article 39 et suivants du décret relatif aux déchets du 27 juin 1996, confèrent à la SPAQUE la qualité de société publique à forme commerciale, à laquelle sont confiées des missions déléguées dans le domaine de l'environnement et plus spécifiquement dans le cadre des déchets.

2. La SPAQUE lance, par décision du 22 février 2022, un "ACCORD-CADRE POUR LE CHARGEMENT, LE TRANSPORT ET LE TRAITEMENT DE TERRES EXCAVÉES".

Il s'agit de la première décision attaquée. La requérante ne dispose pas de la copie de cette décision.

L'accord-cadre de la SPAQUE est un marché public de services, passé par procédure ouverte et soumis à la publicité européenne. [...]

L'accord-cadre est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et à l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

3. L'accord-cadre est passé par la SPAQUE en qualité de centrale d'achats, au sens de l'article 2, 6° a) de la loi du 17 juin 2016. [...]

D'une part, la SPAQUE pourra, elle-même, commander des services de traitement de terres excavées pour ses propres besoins. [...]

D'autre part, d'autres pouvoirs adjudicateurs pourront passer des marchés publics subséquents sur base de cet accord-cadre. Ils sont qualifiés dans le cahier des charges de "bénéficiaires potentiels".

Ces bénéficiaires sont particulièrement nombreux et incluent (outre la SPAQUE elle-même) la quasi-totalité des pouvoirs publics établis en Wallonie, en ce compris des autorités dépendant de la Communauté française ou de l'Etat fédéral. Il s'agit des autorités suivantes :

- “ - La Région wallonne ;
- Les Provinces wallonnes ;
- Les Villes et Communes wallonnes ;
- Les CPAS wallons ;
- Les intercommunales wallonnes ;
- Les sociétés wallonnes de logement social ;
- Les ports autonomes wallons ;
- Les sociétés wallonnes de droit public ;
- Les centres IFAPME ;
- Les universités et les établissements scolaires wallons ;
- La Fédération Wallonie Bruxelles pour ses implantations en Wallonie ;
- La Régie des Bâtiments du Service public fédéral pour ses implantations en Wallonie ;
- Les Services publics fédéraux pour leurs implantations en Wallonie.” [...]

Le cahier des charges confirme que, pendant toute la durée de l'accord-cadre, ces bénéficiaires "seront ainsi dispensés de l'obligation d'organiser elles-mêmes une procédure de passation de marché". [...]

Le cahier des charges précise encore : "L'existence de cette centrale d'achat a pour conséquence que, pendant toute la durée d'exécution de l'accord-cadre, chaque adjudicataire a l'obligation de pratiquer les mêmes prix à l'égard des bénéficiaires de la centrale d'achat, et de leur consentir les mêmes avantages que ceux octroyés au Pouvoir adjudicateur ; et ce, pour toute commande que ceux-ci viendront à passer sur leurs fonds propres, en plus et indépendamment des commandes passées par SPAQUE." [...]

4. L'objet du marché est décrit comme suit par le cahier des charges :

- “ Les missions visées par le présent accord-cadre consistent en la prise en charge de terres excavées, polluées et/ou non polluées, sur divers sites situés en Région Wallonne.

Il s'agira principalement d'assurer le chargement, le transport et le traitement de terres excavées via des filières agréées de traitement ou de valorisation.

Le soumissionnaire est tenu de remettre prix (chargement, transport, traitement, toutes taxes, droits de dossier et redevances compris) pour l'ensemble des filières suivantes, ainsi que de remettre les critères d'acceptation demandés par les différents centres de traitement ou sites de valorisation :

- Traitement thermique ;
- Traitement physico-chimique ;
- Traitement biologique ;
- Valorisation en Région flamande ;
- Valorisation en Région Wallonne ;
- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 1 ;

- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 2 ;
- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 3 ;
- Prise en charge dans un centre de recyclage des déchets de construction ;
- Prise en charge de terres contenant de l'amiante (concentration en fibres d'amiante > 100 mg/kg).

Le choix de la filière utilisée dépendra du résultat des analyses effectuées par andain de matériaux de manière indépendante par un Expert agréé. La filière la moins chère et compatible du fait de ses critères d'acceptation avec les andains à évacuer devra systématiquement être privilégiée, quel que soit le tonnage à évacuer." [...]

L'objectif poursuivi par la SPAQUE est décrit à l'article 2.1 du cahier des charges [...] :

“ Dans le cadre des travaux de terrassement qu'ils mènent en Région Wallonne, les Maîtres d'ouvrage peuvent être confrontés à la découverte de terres non polluées excédentaires et/ou polluées qui nécessitent une évacuation vers des filières de traitement ou de valorisation agréées.

Afin de ne pas entraîner de coûteux arrêts ou suppléments de chantier dans le cadre desdits terrassements, SPAQUE a décidé de mettre en œuvre un accord-cadre pour faire face à ce type de situations fréquentes tant pour ses chantiers que pour ceux des bénéficiaires de la centrale d'achat.”

La volonté de la SPAQUE est donc, au travers de cet accord-cadre de permettre à tous les maîtres d'ouvrage publics de pouvoir, sur tous les chantiers publics situés en Wallonie, faire traiter par les soumissionnaires retenus en vertu de l'accord-cadre, les terres excavées.

Les marchés subséquents qui pourront donc être passés, à la suite de l'accord-cadre, sont donc extrêmement nombreux, puisque la quasi-totalité des pouvoirs adjudicateurs wallons qui excavent des terres sur un chantier de construction pourront y recourir.

5. La durée de l'accord-cadre est fixée à 1 an, renouvelable trois fois sur décision de la SPAQUE, pour la même durée. [...]

6. L'accord-cadre implique la désignation des cinq soumissionnaires ayant remis les offres régulières et économiquement les plus avantageuses. [...]

Tous les bénéficiaires de la centrale d'achat recevront les inventaires des prestations des adjudicataires retenus dans l'accord-cadre et, pendant toute la durée de l'accord-cadre, “en fonction de ses besoins, le Pouvoir adjudicateur ou chaque bénéficiaire de la centrale d'achat passe directement commande à un adjudicataire, conformément aux dispositions du présent cahier spécial des charges.” [...]

Une nouvelle mise en concurrence sera opérée dans le cadre de ces marchés subséquents [...], étant entendu que les prix offerts par les soumissionnaires retenus constituent des “prix plafond”. [...] Lors de ces mises en concurrence, le pouvoir adjudicateur “bénéficiaire” concerné adressera aux soumissionnaires retenus, un nouvel inventaire avec un estimatif des terres à excaver en quantités présumées. [...]

7. Les prix de l'accord-cadre sont “à bordereau de prix”. Les quantités sont donc “présumées ou exprimées à titre estimatif”. La partie adverse précise “Ces quantités, par leur nature même, ne peuvent être calculées avec une exactitude suffisante pour pouvoir donner lieu à des modifications du chef d'erreurs ou

d'omissions. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.” [...]

L'inventaire des prestations, joint en annexe 3.1 du cahier des charges [...] fixe effectivement les quantités des différentes prestations en quantités présumées. Il est ainsi prévu une quantité estimée de 84.600 tonnes de terres à évacuer [...], lesquelles sont à traiter dans les différentes filières. Par ailleurs, l'inventaire prévoit 10 unités pour la quantité présumée du poste “installation de chantier” (poste 2.3.3.1), ce qui signifie que la SPAQUE prévoit seulement 10 chantiers d'excavation distincts pour (la première année) de l'accord-cadre.

L'article 1.13.3 du cahier des charges [...] stipule expressément qu'en cas de reconduction de l'accord-cadre, les quantités présumées pourront être revues dès lors que les quantités précisées dans l'inventaire sont, d'une part, des estimations, et d'autre part qu'elles ne valent que pour la première année de l'accord-cadre :

“ Les quantités présumées pourront être revues par le Pouvoir adjudicateur et ce, sans que l'adjudicataire ne puisse réclamer aucune indemnité. En effet, les quantités présumées mentionnées dans l'inventaire des prestations récapitulatifs sont estimées pour une première période d'un an et ne peuvent en aucun cas être considérées comme quantités valant en cas de renouvellement du marché.”

8. L'article 1.1 du cahier des charges [...] impose aux soumissionnaires, d'une part, de remettre prix “pour l'ensemble des filières suivantes” et, d'autre part, de déterminer les critères d'acceptation des “différents centres de traitement ou sites de valorisation” des terres excavées.

Il est donc demandé un prix pour chaque filière ci-dessous :

“ Le soumissionnaire est tenu de remettre prix (chargement, transport, traitement, toutes taxes, droits de dossier et redevances compris) pour l'ensemble des filières suivantes, ainsi que de remettre les critères d'acceptation demandés par les différents centres de traitement ou sites de valorisation :

- Traitement thermique ;
- Traitement physico-chimique ;
- Traitement biologique ;
- Valorisation en Région flamande ;
- Valorisation en Région Wallonne ;
- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 1 ;
- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 2 ;
- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 3 ;
- Prise en charge dans un centre de recyclage des déchets de construction ;
- Prise en charge de terres contenant de l'amiante (concentration en fibres d'amiante > 100 mg/kg)”.

Il est par ailleurs demandé de préciser, uniquement pour les « centres de traitement ou sites de valorisation », les critères d'acceptation des terres. Chaque centre de valorisation ou de traitement de terres travaille, en effet, sur base de critères d'acceptation qui peuvent différer, en fonction du permis d'environnement qui lui est délivré.

Les critères d'acceptation des centres de traitement et sites de valorisation, tels que fixés dans les offres des soumissionnaires, permettront ensuite de déterminer le choix de la filière de traitement des déchets :

“ Le choix de la filière utilisée dépendra du résultat des analyses effectuées par andain de manière indépendante par un expert agréé. La filière la moins chère

et compatible du fait de ses critères d'acceptation avec chaque andain à évacuer devra systématiquement être privilégiée, quel que soit le tonnage à évacuer.”

Ces éléments sont répétés aux articles 1.8 [...], 2.1 [...] et 2.3.4 [...] : il y est toujours fait référence aux filières de « “traitement / valorisation” et pas aux filières d'élimination.

Cette information figure également dans l'avis de marché au point II.2.4. [...]

L'article 1.8 du cahier des charges [...] précise aussi que les critères d'acceptation des centres pourraient varier en cours d'exécution du chantier et que “Au cas où il apparaîtrait que de nouveaux critères seraient imposés par les centres en cours de chantier, tout surcoût éventuel lié à un changement de filière imposé par ces modifications sera intégralement supporté par le prestataire. Les prix remis à la soumission restent fermes et définitifs.” Ceci est répété à la page 36 du cahier des charges. [...]

9. L'avis de marché a été publié le 28 février 2022 au Journal de l'Union européenne. [...]

L'avis ne précise pas la valeur totale estimée de l'accord-cadre. [...]

Il précise que l'accord-cadre a une durée de 12 mois, reconductible suivant les modalités fixées dans les documents de marché. [...] Ceci est toutefois contradictoire avec la mention reprise au point VI.1 de l'avis qui indique que l'accord n'est pas renouvelable. [...]

Les offres devaient être déposées pour le 24 mars 2022 à 10 heures. [...]

10. Il ressort du rapport d'analyse des offres (Pièce 4) que cinq offres ont été remises, dont celle de la requérante (Pièce confidentielle A) :

1. Ouverture des offres

A l'ouverture des offres, le 24 mars 2022, cinq offres ont été remises :

Soumissionnaire	CP	Localité	Montant HTVA	Montant TVAC
B.S.V.	8530	HARELBEKE	2.585.602,00	3.128.578,42
ECOTERRES	6240	FARCIENNES	2.990.100,00	3.618.021,00
ENVISAN	9308	AALST	2.848.435,00	3.446.606,35
David LUCAS	4360	OREYE	2.431.434,00	2.942.035,14
SUEZ RR IWS Remediation	1850	GRIMBERGEN	2.715.090,00	3.285.258,90

L'offre de la requérante a été jugée irrégulière et écartée pour les motifs suivants :

“ Dans son offre, le soumissionnaire ECOTERRES n'a pas transmis les critères d'acceptation pour les filières de traitement suivantes :

- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 1 ;
- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 2 ;
- Envoi vers un centre d'enfouissement technique de classe 3.

La note technique transmise par ECOTERRES ne reprend qu'une seule liste de critères d'acceptation pour la “mise en CET” alors que le cahier spécial des charges prévoit trois filières distinctes en fonction de la nature des déchets (classe 1, 2 ou 3). Or, ces documents sont exigés sous peine de nullité de l'offre. Le non-respect de cette exigence est constitutif d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 76, § 1 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017.

L'offre du soumissionnaire ECOTERRES est donc déclarée irrégulière et écartée de la suite de l'analyse des offres.”

Il est exact que l'offre d'ECOTERRES mentionne les critères d'acceptation en CET, sans distinguer les trois classes de CET.

Il convient toutefois de savoir que les critères d'acceptation des CET sont – sous réserve de certaines adaptations possibles dans les permis d'environnement – réglementairement fixés. Ces critères d'acceptation sont ainsi précisément déterminés aux annexes 1 à 3 de l'arrêté du gouvernement wallon du 18 mars 2004 interdisant la mise en centre d'enfouissement technique de certains déchets et fixant les critères d'admission des déchets en centre d'enfouissement technique. Par contre, il n'existe pas de réglementation qui fixe les critères d'acceptation réglementaire de ces centres de traitement et de valorisation de déchets.

L'offre du soumissionnaire David LUCAS a également été déclarée irrégulière et écartée.

11. La partie adverse a ensuite, après analyse, retenu les trois offres suivantes :

Soumissionnaire	CP	Localité	Montant HTVA	Montant TVAC
B.S.V.	8530	HARELBEKE	2.585.602,00	3.128.578,42
SUEZ RR IWS Remediation	1850	GRIMBERGEN	2.715.090,00	3.285.258,90
ENVISAN	9308	AALST	2.848.435,00	3.446.606,35

En date du 29 avril 2002, le Conseil d'Administration de la SPAQuE décide de désigner les soumissionnaires B.S.V., ENVISAN et SUEZ RR IWS Remediation comme adjudicataires de l'accord-cadre pour le chargement, le transport et le traitement de terres excavées. [...]

Cette décision est notifiée à la requérante par courrier daté du 2 mai 2022. Ce courrier est envoyé par email du 3 mai 2022 [...] et par recommandé [...].

12. Le 18 mai 2022 [...], le conseil de la requérante envoie un email à la partie adverse pour l'avertir de l'introduction du présent recours en suspension d'extrême urgence contre la décision attaquée ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante expose qu'elle a introduit son recours dans les quinze jours de la double communication intervenue le 3 mai 2022 de la décision du 29 avril 2022 d'attribuer l'accord-cadre litigieux (deuxième acte attaqué), qu'elle ne dispose pas de la copie de la décision du 22 février 2022 de passer cet accord-cadre et d'approuver le mode de passation et les documents du marché (premier acte attaqué), mais que « l'existence et la date de cette décision sont toutefois confirmées dans le rapport d'analyse des offres établi par la partie adverse ».

Elle justifie son intérêt à agir en ces termes :

« [...] La présente action est également recevable en ce qui concerne l'intérêt à agir.

La requérante invoque deux moyens à l'appui de son offre.

Le premier moyen est relatif à la violation des règles de publicité et transparence. D'une part, ce moyen est d'ordre public. La violation des règles de publicité affecte l'ordre public économique. La requérante n'a donc pas besoin de démontrer un intérêt pour que celui-ci puisse être invoqué.

Le principe de concurrence (et son corollaire, la transparence) est consacré, en matière de marchés publics, comme un principe d'ordre public, de sorte que toute personne peut critiquer sa violation, quand bien même n'y aurait-il pas intérêt.

En effet, il ressort de la jurisprudence de Votre Conseil que les illégalités dans la publication d'avis de marché touchent au principe fondamental de concurrence, qui est d'ordre public :

“ Considérant que, s'agissant d'une procédure devant mener à la passation d'un marché public, fût-ce dans l'un des secteurs spéciaux tel que celui de l'eau, le recours à la procédure négociée sans publicité demeure exceptionnel, en ce qu'il n'est autorisé que dans des cas limitativement énumérés à l'article 39, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, précitée; que cette procédure déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi, lequel est d'ordre public; qu'il s'ensuit que le moyen, bien que soulevé pour la première fois dans le mémoire en réplique, est recevable.”

Cette jurisprudence est constante.

Le caractère d'ordre public de la violation des règles de transparence est également consacré par la XIIe Chambre de Votre Conseil.

Le Tribunal de première instance de Bruxelles a également jugé que “Les prescriptions de publication sont des prescriptions formelles essentielles étant donné qu'elles garantissent le principe de concurrence et le principe d'égalité. Le fait de ne pas publier, à tort et au niveau européen, un marché soumis à la réglementation sur les marchés publics doit être sanctionné par la nullité absolue de la décision du pouvoir adjudicateur.”

La Cour d'appel d'Anvers (25 février 2019, *NjW* 2019, liv. 407, 614, note DE KONINCK C.; *RABG* 2019, liv. 15, 1345; *T. Gem.* 2019, liv. 2, 84, note) confirme également que l'attribution d'un bail emphytéotique par une autorité sans publication préalable et sans concurrence n'est pas conforme à l'exigence des articles 49 et 56 TFUE, ni aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de transparence et à l'obligation de garantir un degré adéquat de publicité. Ces principes touchent à l'ordre public.

La Cour de cassation a validé ce raisonnement par arrêt du 22 janvier 2021 (*PROXIMUS nv/ INTERKABEL VLAANDEREN cv, FLUVIUS ANTWERPEN*), *Entr. et dr.* 2021, liv. 3, 260, concl. (extrait) MORTIER, R., note X.; www.jurportal.be : une convention où un service adjudicateur d'un État membre attribue directement, donc en méconnaissance des principes d'égalité de traitement et de transparence contenus aux articles 49 et 56 TFUE, à un opérateur économique du même État membre une concession de services avec un évident intérêt transfrontalier fait naître une situation contraire à l'ordre public et est, par conséquent, nulle de nullité absolue à défaut d'objet licite.

De la même manière, le fait de ne pas mentionner dans l'avis de marché ou les documents de marché publiés, une information essentielle, à savoir la limite maximale des services pouvant être commandés sur base de l'accord-cadre, vicie

la mise en concurrence puisqu'elle lèse l'information des soumissionnaires et opérateurs intéressés.

D'autre part, nonobstant le caractère d'ordre public de ce moyen, la requérante a incontestablement un intérêt à ce moyen.

Premièrement, la requérante a intérêt à son moyen en sa qualité de soumissionnaire du marché. En effet, si ce premier moyen est déclaré sérieux, il obligera la partie adverse à mettre un terme à la procédure engagée et à la relancer *ab initio*. Ceci donnera une nouvelle chance à la requérante de faire offre pour ce marché.

Deuxièmement, la requérante a intérêt à son moyen en tant qu'opérateur économique actif dans le secteur du traitement des terres. En effet, dans la mesure où la requérante est un opérateur actif sur le marché wallon, elle a intérêt à ce qu'une quantité ou valeur maximale soit fixée à l'accord-cadre litigieux afin que les marchés subséquents qui pourront être conclus à sa suite soient limités en nombre et en valeur. Or, en s'abstenant de fixer une quantité ou valeur maximale dans les documents de l'accord-cadre, des marchés subséquents pourront être conclus pendant 4 années, sans limite de quantité et de valeur, non seulement par la SPAQUE, mais également par tous pouvoirs publics wallons bénéficiaires de l'accord. Ceci pourrait aboutir à ce que plus aucune mise en concurrence des services de traitement de terres ne soit réalisée sur le territoire wallon pendant 4 ans hors de cet accord-cadre, ce qui réduirait donc les possibilités que la requérante puisse faire offre de services.

Le second moyen est un moyen qui critique la légalité des règles d'attribution du marché, en ce que les prix qui sont exigés des soumissionnaires ne réfèrent pas à des critères d'acceptation identiques des terres à traiter.

Premièrement, la requérante a intérêt à ce moyen en tant que soumissionnaire potentiel de l'accord-cadre. L'illégalité dénoncée vicie la procédure dans son ensemble. Les règles d'attribution de cet accord-cadre ne permettent pas une comparaison objective des offres. De plus, ce vice affecte également les futurs marchés subséquents qui seront passés pendant la durée de l'accord-cadre. Pour tous ces marchés, des prix ont été et seront émis par les soumissionnaires, sur base de critères d'acceptation différents des terres à traiter.

La procédure de marché étant donc viciée, elle doit être recommencée *ab initio* et la requérante retrouvera donc une nouvelle chance de faire offre.

Deuxièmement, la requérante a intérêt à son moyen en tant qu'opérateur économique actif dans le secteur du traitement des terres. En effet, dans la mesure où la requérante est un opérateur actif sur le marché wallon, elle a intérêt à ce que les marchés subséquents qui seront passés par la SPAQUE et les autres adjudicateurs potentiels soient fondés sur des prix et des conditions cohérentes. En effet, comme l'indique expressément le cahier spécial des charges, les pouvoirs adjudicateurs potentiels n'ont aucune obligation de passer des marchés subséquents : ils peuvent également solliciter prix chez les différents opérateurs du marché (dont la requérante) au moyen de marchés publics spécifiques. Or, les pouvoirs adjudicateurs pourraient, puisque les critères d'attribution ne sont pas identiques entre les soumissionnaires de l'accord-cadre, avoir intérêt à privilégier la mise en œuvre de marchés subséquents, plutôt que de passer des marchés publics indépendants dans lesquels les prix pourraient être moins avantageux, si les critères d'acceptation des terres en centre sont figés de manière égalitaire pour tous. La requérante est donc lésée en tant qu'opérateur par l'absence de fixation égalitaire des critères d'acceptation des terres dans l'accord-cadre.

La requérante a donc un intérêt à son recours et à ses deux moyens. »

2. Note d'observations

La partie adverse estime que le recours est irrecevable en tant qu'il est introduit contre la décision du 22 février 2022 de passer l'accord-cadre litigieux et d'approuver le mode de passation et les documents du marché (premier acte attaqué), s'agissant d'un acte purement préparatoire et non d'une décision préalable qui emporterait des effets juridiques définitifs pour la requérante. Elle estime que cette décision « n'a aucunement privé la partie requérante de participer utilement au marché ni de se le voir attribué, condition pour que cet acte soit susceptible de lui faire directement grief ».

Elle considère que le recours est également irrecevable, à défaut d'intérêt, en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution de l'accord-cadre litigieux (deuxième acte attaqué). Elle expose, à ce sujet, ce qui suit :

« [...] Comme il a été précédemment exposé, l'offre déposée par la partie requérante dans le cadre du marché litigieux a été déclarée irrecevable parce qu'entachée d'une irrégularité substantielle.
La partie requérante ne le conteste pas et aucun des moyens d'illégalité qu'elle allègue ne remet en question la pertinence et la validité de la décision prise par la partie adverse de déclarer cette offre irrégulière.

[...] Il ressort de la jurisprudence constante de Votre Conseil que le soumissionnaire qui n'a pas été sélectionné, ou dont l'offre n'a pas été jugée régulière, n'a intérêt à poursuivre l'annulation et/ou la suspension de la décision d'attribution que dans la seule mesure où il prend un moyen de l'irrégularité de sa non-sélection ou du rejet de son offre, ou encore de la sélection ou de la reconnaissance de la régularité des offres de ses concurrents, dont l'adjudicataire. Ainsi, un soumissionnaire dont l'offre a été considérée comme irrégulière ne justifie pas d'un intérêt au recours en annulation de la décision d'attribution du marché, sauf s'il peut établir que la décision de réputer son offre irrégulière est illégale ou qu'une autre offre, affectée d'une irrégularité qui aurait dû conduire à son écartement, a été retenue illégalement par le pouvoir adjudicateur.

[...] En l'occurrence, la partie requérante n'invoque aucun moyen qui critiquerait la décision de déclarer son offre irrégulière ou qui ferait grief à l'acte attaqué d'avoir déclaré régulière l'offre d'un autre soumissionnaire qui n'aurait pas dû l'être.

Dès lors, conformément à la jurisprudence constante de Votre Conseil, le recours est irrecevable à défaut d'intérêt.

[...] La partie requérante s'en défend.

D'une part, elle estime que, dans la mesure où son premier moyen invoque la violation d'un principe d'ordre public, à savoir le principe de concurrence et de transparence, toute personne pourrait agir contre une décision entachée d'une telle illégalité, quand bien même n'y aurait-elle pas intérêt.

Ensuite, elle estime avoir de toute façon intérêt au recours parce que si un des deux moyens qu'elle invoque était accueilli, la partie adverse serait contrainte de mettre à néant la procédure engagée et de la relancer *ab initio*, ce qui lui donnerait une nouvelle chance de faire valablement offre pour ce marché.

[...] L'intérêt au recours et l'intérêt au moyen ne doivent pas se confondre.

À supposer que tout requérant puisse invoquer un moyen d'illégalité d'ordre public sans devoir justifier qu'il ait un intérêt spécifique audit moyen, on ne peut en revanche admettre l'idée que quiconque puisse se pourvoir en suspension et/ou en annulation devant le Conseil d'État à l'encontre d'un acte administratif pour dénoncer une irrégularité d'ordre public dont il serait affecté, sans qu'il doive à tout le moins justifier de son intérêt au recours.

Raisonnement autrement reviendrait à admettre l'action populaire, ce qui n'est évidemment pas concevable.

En l'espèce, le marché litigieux ne pouvait pas être attribué à la partie requérante parce que son offre, affectée d'une irrégularité substantielle, a été déclarée irrecevable.

Les moyens d'annulation que la partie requérante invoque, fussent-ils pour partie d'ordre public, sont sans rapport avec le constat d'irrecevabilité de son offre.

Il ne suffit donc pas d'invoquer un moyen d'annulation d'ordre public pour que, d'office, l'intérêt au recours soit établi. Celui-ci doit être réel et effectif.

[...] La partie requérante soutient que, quand bien même elle devrait justifier d'un intérêt, celui-ci résiderait dans la possibilité d'obtenir que toute la procédure de passation du marché doive être recommencée, sur base d'un nouveau cahier des charges et avec le dépôt de nouvelles offres, dans l'hypothèse où l'un des deux moyens d'annulation qu'elle invoque serait accueilli. Ce qui lui rendrait une chance d'obtenir le marché.

En substance donc, la partie requérante tente d'échapper aux conséquences décisives de l'erreur qu'elle a commise en déposant une offre irrégulière, car incomplète, en critiquant la légalité de la procédure d'attribution en amont, dans l'espoir que celle-ci doive ainsi être recommencée.

Cependant, force est bien d'admettre que si l'attribution du marché a échappé à la requérante, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même, d'autant plus que le marché prévoyait de retenir cinq adjudicataires pour l'accord-cadre à conclure, soit le nombre de soumissionnaires ayant déposé offre en temps utiles – dont bien sûr la requérante. Par conséquent, si son offre avait été régulière, la requérante aurait été désignée comme adjudicataire du marché, aux côtés des trois autres soumissionnaires désignés, et ce nonobstant les illégalités qu'elle prétend dénoncer dans le cadre du présent recours.

L'intérêt au recours doit être concret et avéré. L'acte attaqué doit porter préjudice à la partie requérante, et il faut donc que son offre ait été susceptible de conduire à l'obtention du marché que l'acte attaqué attribue.

Ce n'est pas le cas lorsque, son offre ayant été déclarée irrégulière, le requérant n'aurait pas pu se voir attribuer le marché concerné, sauf dans la mesure où il prend un moyen de l'irrégularité du rejet de son offre, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[...] Des développements qui précèdent et pour les raisons exposées, il résulte que la partie requérante est sans intérêt au recours, en ce qu'il est dirigé contre la décision de la partie adverse du 29 avril 2022 procédant à l'attribution du marché relatif à l'accord-cadre pour le chargement, le transport et le traitement des terres excavées. »

3. Débats à l'audience

Interrogée à l'audience sur la recevabilité *ratione temporis* de la demande de suspension, en tant qu'elle est dirigée contre la décision du 22 février 2022 (premier acte attaqué), la requérante répond (1) qu'elle n'a eu connaissance de l'existence de cette décision et de la date de son adoption qu'en même temps que la communication, le 3 mai 2022, du rapport d'analyse des offres joint à la décision d'attribution du 29 avril 2022 (deuxième acte attaqué) et (2) qu'elle n'a pu identifier

l'auteur de la décision du 22 février 2022 et eu accès au contenu de celle-ci que lorsque la partie adverse a, le 25 mai 2022, déposé cette pièce au dossier administratif. Elle indique que cette prise de connaissance lui a permis de constater que cette décision avait été prise par un auteur incompétent, raison pour laquelle elle a pu annoncer, par courriel du 30 mai 2022, qu'elle soulèverait, à l'audience, un moyen pris de l'incompétence de l'auteur du premier acte attaqué. Selon elle, il ne peut lui être reproché de ne pas avoir attaqué plus tôt cette décision dont elle pouvait, certes, soupçonner l'existence, mais dont elle ne connaissait ni l'auteur ni la date. Elle ajoute que, même si le recours devait être déclaré irrecevable en tant qu'il est dirigé contre la décision du 22 février 2022 (premier acte attaqué), elle est toujours recevable à invoquer, à l'appui du recours qu'elle dirige contre la décision d'attribution du 29 avril 2022 (deuxième acte attaqué), les illégalités qui affectent la première décision citée, s'agissant d'un acte préparatoire à la décision finale d'attribution de l'accord-cadre litigieux.

Quant à son intérêt à agir, la requérante fait valoir qu'elle soulève deux moyens d'ordre public (un moyen nouveau pris de l'incompétence de l'auteur du premier acte attaqué ainsi que le premier moyen de la requête), ce qui la dispense de justifier d'un intérêt à agir. Elle répète qu'elle introduit son recours en deux qualités distinctes : celle de soumissionnaire du marché et celle d'opérateur économique actif dans le secteur d'activités couvert par l'accord-cadre litigieux. Selon elle, le fait qu'elle a soumissionné à ce marché et que son offre a été déclarée irrégulière ne peut la priver de la possibilité d'invoquer, à l'appui du présent recours, des vices de compétence et de procédure qui affectent la décision finale d'attribution. Elle ajoute qu'en tant qu'opérateur économique actif dans le secteur du traitement des terres en Région wallonne, l'accord-cadre aura, de par son ampleur, un impact certain sur son *core business* et que toutes les illégalités qu'elle dénonce à l'appui de son recours sont susceptibles de la léser (risque de lésion) puisque (1) le vice de compétence qui affecte la décision de lancer le marché rend irrégulière la décision de l'attribuer à des sociétés concurrentes (moyen nouveau), (2) l'absence d'indication de quantité ou valeur maximale de l'accord-cadre lui impose de subir, sans aucune limite, la concurrence de cet accord-cadre qui va totalement bouleverser le marché des terres excavées en Région wallonne (premier moyen de la requête) et (3) si la requérante fait offre dans le cadre d'autres marchés lancés alternativement au système de l'accord-cadre, elle devra subir la concurrence de prix résultant de celui-ci, alors que ces prix n'ont pas été correctement fixés (deuxième moyen de la requête).

La partie adverse rappelle la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'intérêt à agir lorsque le requérant est un soumissionnaire qui a remis une offre irrégulière ainsi que la distinction à opérer entre l'intérêt au recours et l'intérêt aux moyens. Elle fait valoir que la requérante ne peut invoquer sa qualité d'opérateur

économique pour introduire un recours qui s'assimile, en réalité, à une action populaire et que toute partie requérante doit justifier d'un intérêt personnel à agir. Elle relève que la requérante a déposé offre pour le marché litigieux, que c'est un élément dont il faut tenir compte pour apprécier son intérêt au recours et qu'elle n'agit dès lors pas en tant qu'opérateur économique.

IV.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Dans la requête, il est précisé que « la présente demande de suspension d'extrême urgence est introduite sur la base des articles 11, 15 et 23 à 25 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 concession] ».

A. Quant au premier acte attaqué

Il résulte de la combinaison des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée que le législateur a confié au Conseil d'État la compétence de statuer sur « les décisions prises par les autorités adjudicatrices ».

Conformément à l'article 23, §§ 1^{er} et 3, de la loi même loi, la demande de suspension doit, en règle, être introduite dans un délai de quinze jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

Dès lors que la décision du 22 février 2022 de passer l'accord-cadre litigieux et d'approuver le mode de passation et les documents du marché (premier acte attaqué) ne devait être ni publiée ni communiquée, le point de départ du délai pour l'introduction de la demande de suspension est celui de la prise de connaissance de cette décision. En l'occurrence, la requérante admet qu'elle pouvait supposer que cette décision existait dès la publication, les 23 et 28 février 2022, de l'avis de marché, lequel fournissait un accès gratuit, direct et complet aux documents du marché. Dès lors qu'elle estimait que cette décision pouvait lui causer grief, il appartenait à la requérante d'interroger la partie adverse et de la lui réclamer en vue de l'introduction d'un éventuel recours dans le délai imparti. Une partie requérante ne peut reporter arbitrairement le point de départ du délai prévu pour l'introduction d'un recours et doit se montrer normalement prudente et diligente pour acquérir la connaissance de l'acte dont elle peut raisonnablement supposer l'existence.

En tant qu'elle est dirigée contre le premier acte attaqué, la présente demande de suspension introduite le 18 mai 2022 est irrecevable *ratione temporis*.

Cette conclusion n'exclut toutefois pas que la requérante puisse invoquer, dans le cadre du recours qu'elle dirige contre la décision d'attribution de l'accord-cadre litigieux, les irrégularités qui, à son estime, entacheraient la décision

du 22 février 2022 de passer l'accord-cadre litigieux et d'approuver le mode de passation et les documents du marché.

B. Quant au deuxième acte attaqué

L'article 15 de loi du 17 juin 2013 précitée dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

La requérante indique agir contre l'acte attaqué en sa qualité de soumissionnaire, mais également en tant qu'opérateur économique actif sur le marché wallon dans le secteur du traitement des terres.

La présente demande est irrecevable en tant que la requérante agit en cette deuxième qualité. En effet, lorsque, pour justifier son intérêt au recours, la requérante invoque sa qualité d'opérateur dont la situation est modifiée par la mise en œuvre de l'accord-cadre litigieux, elle n'agit pas en tant que personne « ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché » au sens des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée. Elle ne peut, dès lors, fonder son recours sur cette loi et se prévaloir de ses dispositions. Son intérêt à agir en tant qu'opérateur pourrait, le cas échéant, s'apprécier au regard de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, mais la demande de suspension introduite selon la procédure d'extrême urgence devrait alors respecter les conditions fixées à l'article 16 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, lequel exige notamment que la demande de suspension contienne « un exposé des faits justifiant l'extrême urgence », *quod non* en l'espèce.

En revanche, la présente demande est recevable en tant que la requérante agit en tant que personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché. Elle a fait offre pour le marché considéré et, dans un moyen nouveau qu'elle développe à l'audience, elle soutient que la décision du 22 février 2022 de passer le marché et d'approuver le mode de passation et les documents du marché a été adoptée par un organe incompétent. Un cahier spécial des charges adopté par un auteur incompétent est dépourvu de valeur juridique et ne peut fonder une décision afférente au marché en cause, telle, en l'espèce, en particulier, la décision de déclarer irrégulière l'offre de la requérante au motif précisément qu'elle ne respecte pas une exigence que le

cahier spécial des charges impose à peine de nullité de l'offre. Dès lors que la requérante soulève au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser, son intérêt aux autres moyens de la requête ne doit pas être examiné à ce stade.

La présente demande est recevable en tant qu'elle est dirigée contre la décision d'attribution du marché litigieux (deuxième acte attaqué), dans la mesure où la requérante agit en tant que « personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché ».

V. Moyen nouveau (développé à l'audience)

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen nouveau pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de l'article 33 de la Constitution, de l'article 169, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 7.121 du Code des sociétés et des associations, des articles 39, alinéa 2, et 39^{undecies} du décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets et des articles 14, § 1^{er}, et 17, § 2, des statuts de la SPAQUE.

Elle conteste la compétence du comité de direction d'adopter la décision du 22 février 2022 de passer l'accord-cadre litigieux et d'approuver le mode de passation et les documents du marché. Selon elle, cette décision devait être adoptée par le conseil d'administration de la partie adverse, conformément, à l'article 14, § 1^{er}, de ses statuts.

Elle qualifie ce moyen nouveau d'ordre public, en expliquant avoir eu connaissance de l'auteur de la décision du 22 février 2022 au moment du dépôt du dossier administratif. Elle affirme que l'absence d'adoption par l'autorité compétente de cette décision implique que le cahier spécial des charges est dépourvu de toute valeur juridique et ne peut fonder une décision afférente au marché en cause.

La requérante expose que la délégation de pouvoir du 28 juin 2019 octroyée par le conseil d'administration au comité de direction ne permettait pas à ce dernier d'adopter la décision du 22 février 2022 aux motifs, en substance, que :

- premièrement, la délégation de pouvoir du 28 juin 2019 constitue une description des pouvoirs de gestion journalière, laquelle doit être lue à la lumière de l'article 7.121 du Code des sociétés et des associations et ne peut dès lors être interprétée

comme autorisant le comité de direction à lancer toute procédure de marchés publics sans aucune limite ;

- deuxièmement, la décision du 22 février 2022 ne relève pas de la « gestion journalière » au sens de l'article 7.121 du Code des sociétés et des associations, dès lors que le nouveau marché n'est pas uniquement passé pour la SPAQUE, mais également, en centrale d'achats, pour près de mille autres adjudicateurs, qu'il couvre l'ensemble du territoire de la Région wallonne, qu'il a une valeur estimée à trois millions d'euros par an, soit douze millions d'euros sur la durée potentielle de l'accord-cadre, que celui-ci permet l'octroi de marchés subséquents pendant quatre ans et qu'il est lancé alors même que le précédent accord-cadre attribué par le conseil d'administration est toujours en cours, le comité de direction décidant d'y mettre fin ;
- troisièmement, même si la délégation opérée en faveur du comité de direction devait être analysée indépendamment de la gestion journalière, cette délégation ne serait pas juridiquement admissible, dès lors qu'elle porte sur l'ensemble de la politique de passation des marchés et délègue la totalité des pouvoirs du conseil d'administration, dénaturant, par là même, les rôles des différents organes de la SPAQUE, en faisant du conseil d'administration – composé d'administrateurs responsables – une simple chambre d'entérinement des décisions prises par le comité de direction – composé d'employés salariés qui n'assument qu'une responsabilité civile limitée, ce même pour les marchés dont la valeur est supérieure aux seuils de publicité européenne, puisqu'il ne reste plus au conseil d'administration qu'à « attribuer » (ou ne pas attribuer) les marchés décidés préalablement.

Elle conclut que ce qui est visé dans la décision de délégation comme relevant de la gestion journalière ne relève pas de cette notion, tandis qu'il n'est pas admis d'étendre celle-ci ou de la dénaturer, en lui donnant un contenu différent de celui qui lui est conféré par le législateur. Elle ajoute qu'il ne peut non plus être question d'un mandat spécial, car celui-ci revient pour le conseil d'administration à déléguer l'ensemble de ses pouvoirs, le comité de direction devant décider de toute la politique de passation des marchés de la SPAQUE.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

À l'occasion de l'examen de la recevabilité du recours, il a déjà été constaté que l'illégalité soulevée dans le moyen nouveau est de nature à causer grief à la requérante. Par ailleurs, le moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte est d'ordre public. Il peut dès lors être soulevé à tout moment de la procédure

jusqu'à la clôture des débats, dans le respect du principe de loyauté procédurale. En l'espèce, le conseil de la requérante a pris soin d'informer, avant l'audience, par courriel, le Conseil d'État et le conseil de la partie adverse de la teneur du moyen nouveau qu'il développerait lors des plaidoiries. Le moyen a, par ailleurs, pu être débattu en tous ses aspects à l'audience.

Le moyen nouveau est recevable.

L'article 14, § 1^{er}, des statuts de la SPAQUE prévoit que « [l]e conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi ou les présents statuts réservent à l'assemblée générale ». L'article 17, § 1^{er}, des statuts précisent que « [l]e conseil d'administration peut déléguer au comité de direction visé à l'article 19 tout ou partie de ses pouvoirs, à l'exception des pouvoirs suivants : 1° la définition de la politique générale de la société ; 2° ceux que la loi, le décret ou les présents statuts réservent expressément au conseil d'administration » et que « [t]out acte de délégation identifie de manière précise les pouvoirs visés par cette délégation et leur durée ». Quant à l'article 19, § 1^{er}, des statuts, il dispose que « [l]e comité de direction assure la gestion journalière de la société [...] ».

Les articles 14, 17 et 19 des statuts de la SPAQUE reproduisent les termes des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 39*undecies* du décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets. Ainsi, le paragraphe 4 de cette disposition prévoit ce qui suit :

« Le Conseil d'administration peut déléguer au comité de direction tout ou partie de ses pouvoirs, à l'exception des pouvoirs suivants :
1° la définition de la politique générale de SPAQuE;
2° ceux que la loi, le décret ou les statuts réservent expressément au Conseil d'administration.
Tout acte de délégation identifie de manière précise les pouvoirs visés par cette délégation et leur durée ».

La partie adverse dépose une décision de son conseil d'administration du 28 juin 2019, publiée au *Moniteur belge* du 20 septembre 2019, qui délègue au comité de direction « [...] la passation, l'attribution et la notification de tout marché pour l'achat et la vente de tout matériel, équipement et autres biens d'investissement, ainsi que tous travaux, fournitures et services » sauf « l'attribution des marchés supérieurs au montant HTVA repris à l'article 11, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (et ses modifications ultérieures), relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

Ni la loi, ni le décret, ni les statuts de la SPAQUE ne réservent expressément la passation, l'attribution ou la notification des marchés publics au

conseil d'administration. Ces différentes opérations ne relèvent par ailleurs pas de « la définition de la politique générale de la SPAQUE ». Il s'agit donc bien d'une compétence du conseil d'administration que celui-ci peut entièrement déléguer au comité de direction, conformément aux articles 39*undecies*, § 4, du décret du 27 juin 1996 et 17, § 1^{er}, des statuts de la SPAQUE. L'acte de délégation identifie de manière précise les pouvoirs visés par cette délégation, ainsi que sa durée, qui prend fin le 28 juin 2022. Il importe peu que l'acte de délégation indique que les pouvoirs en question relèvent de la « gestion journalière » de la partie adverse, dès lors qu'il détermine expressément les pouvoirs qui sont délégués et que le législateur régional permet une telle délégation. La définition de la « gestion journalière » contenue à l'article 7.121 du Code des sociétés et des associations ne peut pas empêcher le conseil d'administration d'opérer les délégations de pouvoir que l'article 39*undecies* du décret autorise. C'est d'autant plus le cas que l'article 39, alinéa 2, du décret du 27 juin 1996 précité prévoit que le Code des sociétés et des associations est applicable à la SPAQUE « sauf dérogation dans le présent décret ».

Il apparaît *prima facie* que le comité de direction était bien l'organe compétent pour adopter la décision du 22 février 2022 de passer l'accord-cadre et d'approuver le mode de passation et les documents du marché.

Le moyen nouveau n'est pas sérieux.

VI. Premier et deuxième moyens de la requête

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des principes généraux d'égalité, de transparence, de proportionnalité et de non-discrimination, des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier, des articles 2, 35°, 4, 43 et 47, et de l'arrêt royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier, des articles 6 et 7. Elle reproche, en substance, à la partie adverse de ne pas avoir indiqué dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges la quantité ou valeur maximale des services à fournir en exécution de l'accord-cadre, alors que, suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice* du 19 décembre 2018, C-216/17, et arrêt *Simonsen & Weel A/S / Region Nordjylland og Region Syddanmark* du 17 juin 2021, C-23/20), il s'agit d'une exigence à respecter sous peine de méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés à la conclusion dudit accord-cadre. Elle estime que le défaut de communication dans l'avis de marché ou le cahier spécial

des charges de quantité ou valeur maximale de l'accord-cadre vicie la procédure « en ce que l'information des opérateurs économiques, qu'ils aient soumissionné (comme la requérante) ou non, n'a pas été correctement réalisée » et que « ce manquement présente également un risque de dérive anticoncurrentielle, au détriment des opérateurs du marché, dont la requérante » puisque « Ecoterres n'a aucune garantie sur les quantités de services qui vont être commandés dans le cadre de cet accord-cadre par les nombreux pouvoirs adjudicateurs y visés, ce qui va restreindre ses possibilités de faire des offres pendant ces années pour d'autres marchés [...] ces risques [étant] d'autant plus importants que l'ampleur du marché, vu le nombre d'adjudicateurs bénéficiaires et la durée de l'accord-cadre, est grande ». Elle affirme encore que la violation est d'ordre public, touchant à la publicité de la procédure et au principe de transparence.

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des principes généraux d'égalité, de transparence, de proportionnalité et de non-discrimination, des articles 10 et 11 de la Constitution et de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier, des articles 4 et 81. Elle soutient, en substance, que le seul critère d'attribution (critère du prix) ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, dès lors que les prix proposés par les soumissionnaires sont relatifs à des filières de traitement et de valorisation qui appliquent des critères d'acceptation qui varient d'une offre à l'autre et qu'en conséquence, « des terres présentant le même degré de pollution pourraient être traitées suivant une filière plus performante chez un soumissionnaire et suivant une filière moins performante chez un autre soumissionnaire, avec des prix qui ne sont plus comparables ». Selon elle, se limiter à comparer les prix proposés par les soumissionnaires ne permet pas une comparaison égalitaire des offres puisque ces prix sont fonction de critères d'acceptation des filières qui sont différents d'une offre à l'autre et qui ne font l'objet d'aucune comparaison entre les offres. Elle affirme avoir intérêt au moyen même si son offre a été écartée pour irrégularité substantielle, en faisant valoir ce qui suit :

« [...] D'une part, la requérante estime avoir intérêt à son moyen en tant que soumissionnaire à l'accord-cadre.

Premièrement, il est indiscutable que les règles fixées par la SPAQUE dans l'accord-cadre n'ont pas seulement pour simple effet de perturber le classement des offres régulières, mais elles vont bien au-delà : elles rendent, en effet, impossible toute détermination d'une offre la plus avantageuse.

Dès lors que les règles de la procédure impliquent l'impossibilité de désigner le meilleur attributaire du marché, la procédure est viciée dans son ensemble et doit être recommencée *ab initio*. Il ne s'agit pas uniquement de considérer que le classement des offres aurait pu être différent. Il s'agit de constater qu'aucune comparaison des offres égalitaire, transparente et non discriminatoire ne peut avoir lieu sur base de telles règles de marché.

La requérante a donc intérêt, en sa qualité de soumissionnaire, à ce qu'une telle procédure ne puisse pas aboutir à la désignation d'attributaire et soit relancée *ab initio*.

L'intérêt de la requérante est d'autant plus évident que l'attribution de l'accord-cadre n'implique pas encore l'attribution des commandes. Or, il sera impossible pour les adjudicateurs bénéficiaires de l'accord-cadre de déterminer, sur base du critère unique de cet accord-cadre, la meilleure offre.

[...] D'autre part, la requérante estime également avoir intérêt à ce moyen en tant qu'opérateur économique actif pour le traitement de terres excavées en Wallonie. En effet, l'accord-cadre bénéficie à un nombre majeur de pouvoirs publics situés en Wallonie. L'ensemble de ces pouvoirs publics qui auront adhéré à la centrale d'achats vont recevoir les prix proposés par les soumissionnaires retenus par la SPAQUE, pour chaque filière, en application de l'article 1.4.3 du Cahier des charges [...] Ceci implique que ces pouvoirs adjudicateurs pourront décider, soit de faire appel aux attributaires de l'accord-cadre (en sollicitant une offre finale de prix), soit de passer un marché public spécifique pour leur projet. Certains pouvoirs adjudicateurs choisiront d'ailleurs peut-être d'opter pour les deux solutions en parallèle afin d'obtenir les meilleurs prix.

ECOTERRES va donc nécessairement, en sa qualité d'opérateur actif pour le traitement de terres, être mise en concurrence, directe ou indirecte, avec les attributaires de l'accord-cadre dont les prix ont été fixés sans prise en compte des critères d'acceptation qu'ils proposent.

ECOTERRES a donc un intérêt à son moyen dans la mesure où la suspension de la décision attaquée lui permet (i) d'augmenter ses chances d'obtenir de nouvelles missions via des procédures de marchés publics distinctes de l'accord-cadre et (ii) d'éviter une concurrence déloyale des attributaires de l'accord-cadre dont les prix ont été fixés pour chaque filière sans prise en compte des critères d'acceptation respectifs de ces filières. »

VI.2. *Appréciation du Conseil d'État*

La requérante n'établit pas que les illégalités qu'elle invoque à l'appui des deux moyens de sa requête – à savoir (1) le défaut d'indication dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges d'une quantité ou valeur maximale de l'accord-cadre et (2) l'impossibilité de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du seul critère d'attribution du prix prévu par ce cahier – ont pu lui causer grief. Ces illégalités sont étrangères à son éviction du marché litigieux : elles sont sans rapport avec les motifs qui ont justifié l'écartement de l'offre de la requérante pour irrégularité substantielle, à savoir, pour rappel, le défaut de transmission de critères d'acceptation distincts pour les trois filières de mise en CET (classes 1, 2 et 3), alors que ces documents sont exigés par le cahier spécial des charges à peine de nullité de l'offre. Les illégalités dénoncées à l'appui des deux moyens de la requête n'ont eu aucune incidence sur la décision d'écarter l'offre de la requérante. Elles ne remettent nullement en cause la régularité de cette décision.

La perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution, de la faire recommencer *ab initio* et d'obtenir ainsi une nouvelle chance de remporter le marché ne suffit pas à justifier d'un intérêt aux deux moyens de la requête. Un tel argument ne permet pas de démontrer concrètement les lésions que lui auraient causées ou risqué de lui causer les violations qui sont alléguées.

La requérante fait valoir que les illégalités dénoncées dans les deux moyens de sa requête pourraient la préjudicier en sa qualité d'opérateur économique actif dans le secteur du traitement des terres (1) en l'absence d'une limite maximale des services à fournir en exécution de l'accord-cadre, la privant potentiellement, pour plusieurs années, d'une part importante de marché de ce secteur d'activités et (2) à défaut de prix cohérents avec lesquels elle pourrait, le cas échéant, rivaliser à l'occasion de marchés concurrents à l'accord-cadre. Dès lors que – comme cela est décidé par ailleurs – la recevabilité du recours introduit en cette qualité ne peut être admise, il est vain, pour la requérante, de soutenir qu'elle aurait en cette même qualité intérêt aux deux moyens de la requête.

La requérante soutient encore que le premier moyen de la requête serait d'ordre public, en sorte qu'elle ne devrait pas justifier d'un intérêt à celui-ci. Il n'apparaît cependant pas que l'exigence de mention, dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges, d'une valeur ou d'une quantité maximale des services à fournir en exécution d'un accord-cadre constitue une règle d'ordre public. Les références jurisprudentielles citées dans sa requête concernent des hypothèses dans lesquelles sont contestés le choix de recourir à une procédure négociée (sans publicité) ou la conclusion de marchés de gré à gré sans publication préalable d'un avis de marché. Comme le relève la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Simonsen & Weel A/S / Region Nordjylland og Region Syddanmark* du 17 juin 2021 (C-23/20) – cité par la requérante –, le manquement du pouvoir adjudicateur à son obligation de mentionner l'étendue d'un accord-cadre ne peut être assimilé à la situation où un marché est conclu sans publication préalable d'un avis de marché alors que cet avis est obligatoire. Du point de vue de la Cour, le premier manquement cité, à la différence du second, n'entre pas dans les hypothèses les plus graves de violations du droit de l'Union en matière de marchés publics (points 81 à 90 de l'arrêt). Pour les mêmes motifs, il ne semble pas *prima facie* que l'illégalité dénoncée dans le premier moyen relève de l'ordre public belge. En droit interne, sont, en effet, des moyens d'ordre public ceux qui sont pris de la violation d'une règle qui vise à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire une règle qui concerne des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touche de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit et qui, pour ces raisons, doit toujours être garantie au profit de la société dans son ensemble. Il n'est pas établi que l'exigence de communication d'une quantité ou valeur maximale de l'accord-cadre, même si elle est de nature à assurer le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement et à empêcher les atteintes à la concurrence, touche aux fondements juridiques au point que le défaut de cette mention dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges doive être soulevé d'office par le Conseil d'État, sans obligation pour la partie requérante de justifier d'un intérêt spécifique à dénoncer ce manquement.

Les premier et deuxième moyens de la requête sont irrecevables.

VII. Confidentialité

La requérante sollicite que son offre soit confidentielle, de manière à ne pas nuire aux secrets d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce A, telle qu'identifiée dans l'inventaire annexé à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour les cinq offres reçues dans le cadre de la procédure de passation de l'accord-cadre litigieux. Il s'agit des pièces 7.01 à 7.05 du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VIII. Indemnité de procédure

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

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

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les pièces 7.01 à 7.05 du dossier administratif et la pièce A, telle qu'identifiée dans l'inventaire annexé à la requête, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 14 juin 2022, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret