

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

n° 256.433 du 4 mai 2023

A. 238.827/VI-22.544

En cause : **la société à responsabilité limitée ALAIN BORDET,**
HUISSIER DE JUSTICE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Stijn BUTENAERTS et
Simon LEFEBVRE, avocats,
boulevard Léopold II 180
1080 Bruxelles,

contre :

- 1. la SOCIÉTÉ WALLONNE DES EAUX,**
en abrégé « **SWDE** »,
- 2. la COMPAGNIE INTERCOMMUNALE LIEGEOISE**
DES EAUX, en abrégé « **CILE** »,
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Mathieu Thomas et
Lea Trefon, avocats,
rue de la Régence 58, bte 8,
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 7 avril 2023, la SRL Alain Bordet, Huissier de Justice, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution « de la décision prise à une date inconnue par la partie adverse d'adopter le cahier spécial des charges "3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 11 avril 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 avril 2023.

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

Les parties adverses ont déposé une note d'observations et le dossier administratif.

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

M^e Simon Lefebvre, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Mathieu Thomas et Léa Trefon, avocats, comparaissant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits

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

« 1. En 2016, la Société Wallonne Des Eaux (ci-après "SWDE") avait lancé un marché public de services portant sur la sous-traitance du recouvrement de ses créances.

Le Cahier spécial des charges n° PSA/SM/PC/Recouvrement 2016-2022 avait alors été adopté [...].

La durée du contrat était de 5 ans, avec possibilité de reconduction pour une durée maximale de 2 ans [...].

Ce marché avait été attribué à la société de recouvrement VENTURIS, soulevant de multiples contestations dans les mondes politique et médiatique dans la mesure où la quasi-totalité des activités de VENTURIS est située en dehors du territoire de l'Union Européenne, et plus spécifiquement en Tunisie.

2. La partie requérante assure actuellement le recouvrement des créances de la Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux (ci-après "CILE").

3. Par un courriel du 2 mars 2022, Monsieur Stéphane VOLDERS – Service Achats de la SWDE – a invité les opérateurs majeurs du secteur du recouvrement de créances à une "rencontre" [...].

De ce fait, la requérante a également été conviée à une rencontre "afin d'échanger sur son expérience dans le domaine du recouvrement de créances", "en tant qu'opérateur majeur du secteur" :

“ Dans le cadre d'analyses préliminaires en vue de l'établissement d'un prochain cahier des charges, nous souhaiterions vous rencontrer, en tant qu'opérateur majeur dans votre secteur, afin de pouvoir échanger sur votre expérience dans le domaine du recouvrement de créances.

L'objet 1^{er} de ce RFI est de connaître la capacité du marché à répondre à la problématique du recouvrement des factures énergétiques. La réponse à la demande d'informations permettra de faire part de votre expérience pour un besoin similaire et notamment au bénéfice d'autres fournisseurs d'énergie.

Cette présentation d'une durée maximale de 1h30 (en nos bureaux de la rue de la Concorde n°41 à 4800 Verviers) reprendrait les points suivants :

- Présentation des services offerts par votre société
- Canaux de communication utilisés/plateforme débiteur/Reporting
- Volumétrie annuelle/Chiffre d'affaires annuel dans votre activité de recouvrement de créances
- Capacité organisationnelle
- Partenariats/sous-traitances
- Références

Afin de permettre une utilisation optimale des informations recueillies, nous préconisons l'établissement d'un document (Word, Power point) reprenant l'ensemble des informations souhaitées.

La présente demande d'informations ne constitue ni un appel d'offres, ni un quelconque engagement de la SWDE. Réciproquement, les réponses fournies ne constitueront pas des engagements contractuels ou précontractuels de la part de leurs auteurs”.

[...].

Il était attendu de la partie requérante qu'elle présente, au cours de cette réunion plusieurs points parmi lesquels figuraient la volumétrie annuelle et le chiffre d'affaires annuel.

4. Le jour même, soit le 2 mars 2022, la partie requérante a confirmé le rendez-vous ainsi que l'établissement d'un document Power Point regroupant les informations souhaitées par la partie adverse.

5. Par un avis de marché publié le 13 mars 2023 au Bulletin des Adjudications [...], la partie adverse a lancé un nouveau marché de services portant sur la sous-traitance du recouvrement des créances de la partie adverse et de la CILE.

La partie adverse est l'autorité qui interviendra au nom collectif des 2 sociétés en qualité de pouvoir adjudicateur.

L'avis de marché prévoit que les demandes de participation doivent être déposées pour le 14 avril 2023 à 11h59 au plus tard.

6. Le cahier spécial des charges “3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031” est annexé à l'avis de marché [...].

Il s'agit de l'acte attaqué.

7. L'acte attaqué fixe les critères de sélection suivants [...]:

“ I.4.2.1 Critères de sélection (Section III.1.1 et III.1.3 de l'avis de marché)

Afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier sa capacité à exécuter le marché dans les conditions prévues, l'opérateur économique communique, complète et signe, les documents utiles à prouver :

- o Sa capacité financière,
 - o D'une déclaration sur l'honneur attestant que son chiffre d'affaires a été supérieur à 1.000.000 € dans l'activité recouvrement de créances chaque année durant les 3 dernières années (2019, 2020 et 2021).
- Niveau minimal : 1.000.000 € par an

o Sa capacité technique par la présentation de 3 attestations de bonne exécution selon laquelle, aux cours des trois dernières années (2019, 2020 et 2021), le soumissionnaire a assuré une gestion annuelle d'au moins 70.000 dossiers en recouvrement pour le compte d'un même client. Le candidat indique le nombre de dossiers gérés annuellement ainsi que le montant à recouvrer, l'objet de la mission, le type d'actions menées principalement, la date de début du marché ou de la mission, sa durée. Il indiquera aussi le nombre total de dossiers confiés sur toute la durée de la mission ainsi que les montants à recouvrer correspondants.

Niveau minimal : Le nombre de 70.000 dossiers doit avoir été confié sur un seul exercice et pour compte d'un même client, il ne peut donc pas s'agir d'un cumul sur différents exercices. Par dossiers, on entend lots de factures confiées pour un même débiteur.

- o L'engagement écrit de tiers¹ s'il est fait appel à leur capacité”.

[...].

8. L'acte attaqué comprend 10 annexes parmi lesquelles figurent l'annexe 3 relative au RGPD [...].

L'article 6 (p.4) de l'annexe 3 tend à autoriser le transfert de données à caractère personnel vers des Etats situés en dehors de l'Espace Economique Européen et se lit comme suit :

“ 6. Localisation des données

Le Sous-traitant s'engage à traiter, par lui-même ainsi que par le biais d'éventuels sous-traitants ultérieurs, toute donnée à caractère personnel du Responsable du traitement dans un Etat membre de l'Espace Economique Européen (“EEE”) ou dans un pays tiers qui assure un niveau de protection adéquat en raison de sa législation interne ou des engagements internationaux qu'il a conclus conformément à une décision de la Commission européenne sur la base de l'article 25(6) de la directive 95/46/CE ou de l'article 45 (1) du RGPD.

Avec le consentement écrit préalable du Responsable du traitement (qui peut être conditionnel), le Traitement peut avoir lieu dans un pays tiers qui n'assure pas un niveau de protection adéquat si :

- une analyse de la législation du pays de l'importateur des données en matière de protection des données à caractère personnel est fournie, ainsi qu'un détail des mesures complémentaires adéquates que le Sous-traitant s'engage à adopter, conformément aux articles 46 ou 47 du règlement (UE) 2016/679, en plus de la conclusion d'un contrat reprenant le modèle de clauses contractuelles types imposé par la décision d'exécution 2021/914 de la Commission européenne du 4 juin 2021 se trouvant en Annexe 3 ; ”.

9. Dès que la requérante a eu connaissance de l'existence de l'acte et de son contenu, elle a interpellé par l'intermédiaire de ses conseils la partie adverse.

Le 28 mars 2023, un courrier a été adressé à la partie adverse afin de solliciter, notamment, (i) la révision des critères de sélection afin de ne pas limiter artificiellement la concurrence et de ne pas favoriser ou défavoriser indûment un opérateur économique ; (ii) la révision de l'annexe 3 relative au RGPD, et plus

précisément de la clause autorisant le transfert de données à caractère personnel vers un Etat tiers.

La partie requérante précisait dans son courrier qu'à défaut de réponse avant le 4 avril 2023, elle serait contrainte d'introduire un recours auprès du Conseil d'Etat.

10. En date du 7 avril 2023, la partie adverse a répondu à la partie requérante :

- Par courrier officiel de son avocat, qu'elle entendait poursuivre la procédure de passation sur base de l'avis de marché et des documents de marché tels qu'ils ont été publiés [...];
- Par courriel de M. Stéphane VOLDERS, qu'elle rejetait la demande de communication (i) des mesures appropriées "prises", (ii) de la décision motivée en fait et en droit ayant justifié le choix des critères de sélection ainsi que (iii) les raisons pour lesquelles la partie adverse a estimé que seules les références liées à un seul client étaient admissibles [...].

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la requérante

Sous le titre « II. Sur l'urgence » de sa requête, la requérante justifie la recevabilité *ratione temporis* de sa demande de suspension, dans les termes suivants :

« 11. L'acte attaqué a été publié le 13 mars 2023 au Bulletin des Adjudications en annexe de l'avis de marché.

12. L'article 23, §3 de la loi du 17 juin 2013 prévoit que la demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours.

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 prévoit que le Conseil d'Etat peut, sans que la preuve de l'urgence doive être rapportée, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14.

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précise qu'à "la demande de toute personne ayant ou ayant eu in intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée", le Conseil d'Etat peut annuler "les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires".

Les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2013 indiquent explicitement que, pour les marchés européens, le délai de quinze jours correspond à celui visé à l'article 11 de la loi, c'est-à-dire au délai de *standstill* qui vise les décisions d'attribution :

“ Cet article [l'article 11] traite de la conclusion du marché qui suit la décision d'attribution. Celle-ci ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'attente de quinze jours. Ce délai de quinze jours correspond au délai visé au troisième paragraphe de l'article 23 pour l'introduction d'une demande de suspension (qui est également de quinze jours). Cet article reprend sans le modifier l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993, inséré par la loi du 23 décembre 2009, sauf que le délai d'attente est également prévu pour les participants dans le cadre du dialogue compétitif ou d'un système

d'acquisition dynamique.” (Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 2012-2013, n°2752/001, p.13).

Ceci implique que le délai de 15 jours prévu à l'article 23 de la loi est intimement lié au délai de standstill de 15 jours prévu à l'article 11 de la loi.

La section 5 “Procédures de recours » de la loi fait en effet directement suite à la section 4 « Délai d'attente”. Elles s'intègrent toutes les deux dans le même chapitre de la loi consacré aux “Marchés et concessions atteignant les seuils européens”.

Par conséquent, eu égard aux termes de la loi et à ses travaux préparatoires, le délai de quinze jours dans lequel une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence doit être déposée ne concerne que les décisions d'attribution et non les décisions préalables uniquement.

Aucun délai d'attente n'existe pour les décisions d'adoption d'un cahier spécial des charges.

13. La partie requérante note que dans l'arrêt n° 251.367 du 12 août 2021, la partie requérante d'alors avait introduit une demande en suspension selon la procédure d'extrême urgence le 25 juillet 2021 alors que la partie adverse avait publié l'acte attaqué en date du 9 juillet 2021.

De plus, dans l'arrêt n° 235.366 du 7 juillet 2016, la partie requérante avait introduit une demande en suspension selon la procédure d'extrême urgence le 10 juin 2016 alors que la partie adverse avait publié les documents de marché au Bulletin des adjudications le 20 mai 2016, et au supplément au Journal officiel de l'Union européenne, le 25 mai 2016.

Dans ces deux cas, les recours visaient les décisions d'approuver les cahiers spéciaux des charges comme en l'espèce.

La jurisprudence du Conseil d'Etat permet donc aux parties requérantes d'introduire des recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence contre ce type de décision au-delà du délai de quinze jours prévu à l'article 23 de la loi du 17 juin 2013.

14. En l'espèce, il y a encore lieu de tenir compte du refus de la partie adverse, notifié en date du 7 avril 2023, de communiquer sa décision d'approbation du cahier spécial des charges ainsi que la décision motivée en fait et en droit ayant justifié le choix des critères de sélection figurant dans ledit cahier spécial des charges.

15. A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où il fallait considérer que la loi du 17 juin 2013 devait s'appliquer en l'espèce, il y a lieu de rappeler que son article 15 prévoit que le Conseil d'Etat peut suspendre l'exécution d'un acte attaqué “sans que la preuve de l'urgence doive être apportée”.

Lorsque la requête en suspension d'extrême urgence est introduite dans ce délai, l'extrême urgence est présumée et établie.

L'article 15 de la loi n'empêche toutefois pas la partie requérante, lorsqu'elle ne se situe pas dans ce délai de quinze jours, et lorsque l'acte attaqué vise une décision d'adoption d'un cahier spécial des charges, de pouvoir démontrer l'urgence en dehors de la présomption établie par l'introduction d'une requête dans le délai de quinze jours.

16. A cet égard, la partie requérante rappelle qu'elle a préalablement pris contact avec la partie adverse afin de demander la révision des critères de sélection et de l'annexe n° 3 relative au RGPD.

La partie adverse a refusé de réviser les documents du marché et a rejeté la demande de communication des documents demandés le 7 avril 2023.

Dès réception de ces refus, la partie requérante a fait toute diligence pour introduire un recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence, le jour même.

En outre, il est rappelé que le délai pour le dépôt des candidatures est fixé au 14 avril 2023, obligeant en toute hypothèse la partie requérante à agir par le biais d'un recours en suspension d'extrême urgence.

17. *In fine*, la partie requérante demande à ce que Votre Conseil puisse fixer une date d'audience à délai rapproché qui permette l'obtention d'un arrêt avant le 14 avril 2023 ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Les parties adverses opposent à la demande une exception d'irrecevabilité prise de la tardiveté d'introduction de la requête portant sur une demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Les articles 14, 15 et 23, §§ 1^{er} et 3, 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 sont libellés comme suit :

- « Art. 14. A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
 - 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession » ;
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
 - 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le

Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément » ;

« Art. 23. § 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée.

[...]

§ 3. La demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 18, le délai est de dix jours ».

Le délai de quinze jours fixé par l'article 23, § 3, précité vaut à l'égard de toutes les décisions d'autorités adjudicatrices susceptibles de faire l'objet du recours organisé par l'article 15 de la même loi, et ce sans distinction selon les objets respectifs des décisions de ces autorités, à l'encontre desquelles un recours peut être formé. Ce délai de quinze jours ne concerne donc pas uniquement – et quoi que soutienne la requérante à ce sujet – les seules décisions d'attribution.

En l'espèce, la demande de suspension porte sur la décision d'adopter le cahier spécial des charges du marché litigieux prise par la première partie adverse, en sa qualité d'adjudicateur du marché conjoint, à une date qui, selon ses dires, était inconnue de la requérante ; il ressort de la note d'observations et du dossier administratif que cette date est le 10 mars 2023.

La requérante ne soutient pas qu'elle n'aurait pas eu connaissance de l'avis de marché, dès sa publication au *Bulletin des adjudications* du 13 mars 2023, ce qui implique qu'elle a nécessairement dû avoir une connaissance suffisante de l'existence d'une décision d'adopter le cahier spécial des charges relatif à ce marché : même si – à défaut d'avoir pu y accéder – la requérante n'a pu – comme elle l'a fait valoir à l'audience – examiner cette décision sous tous ses aspects de légalité, telle la compétence de son auteur, elle a – à tout le moins – pu avoir connaissance des conditions du marché fixées par le cahier spécial des charges ainsi adopté, en considération desquelles elle fait, par ailleurs, valoir son intérêt au

recours, conditions qui – selon ce qu’elle soutient – la privent d’accès à la procédure de passation du marché litigieux.

Dès lors que la requérante ne conteste pas avoir eu connaissance de l’existence de l’acte attaqué plus de quinze jours avant l’introduction de la présente demande de suspension, cette demande est tardive au regard des conditions fixées par les dispositions précitées.

La requérante soutient certes, à titre subsidiaire, que sa demande pourrait – hors les conditions fixées par l’article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, tel que lu en combinaison avec les dispositions précitées – être déclarée recevable *ratione temporis*, à la faveur d’une démonstration de « l’urgence en dehors de la présomption établie par l’introduction d’une requête dans le délai de quinze jours ».

Cette thèse ne peut toutefois prospérer. Quand bien même la requérante serait recevable à introduire sa demande de suspension dans des conditions autres que celles que fixe la loi du 17 juin 2013, dont l’applicabilité en l’espèce n’est ni contestée ni contestable, force serait de constater qu’en introduisant cette demande près de vingt-cinq jours après la prise de connaissance d’une décision d’approbation du cahier spécial des charges, la requérante n’a pas fait preuve de la diligence requise pour l’introduction d’une demande de suspension selon la procédure d’extrême urgence. Elle ne peut, en toute hypothèse, se prévaloir de ce qu’elle n’a été informée que le 7 avril 2023 du refus des parties adverses opposé à sa demande de révision des conditions du marché, alors qu’elle n’avait adressé cette demande de révision que le 28 mars, c’est-à-dire à l’expiration du délai de recours qui lui était imparti conformément aux dispositions de la loi du 17 juin 2013.

Pour les motifs ainsi exposés, la demande de suspension est irrecevable.

V. Confidentialité

V.1. Thèses des parties

Les parties adverses demandent que soit maintenue la confidentialité des pièces 1 à 10, 12, 13, ainsi que 17 à 21 du dossier administratif. Elles motivent cette demande comme suit :

« 54. L’article 13, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit ce qui suit :

“ Aussi longtemps que l’adjudicateur n’a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats ou participants, de la régularité des offres, de l’attribution du marché ou de la renonciation à la

passation du marché, les candidats, les participants, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'adjudicateur ”.

L'article 10 de la loi “recours” prévoit que les règles de confidentialité qu'elle contient sont “sans préjudice de l'article 13 de la loi relative aux marchés publics”. Les règles de confidentialité fixées à l'article 13 de la loi du 17 juin 2016 s'appliquent donc même dans le cadre d'un recours devant l'instance de recours.

Selon les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2016, la règle de l'article 13 est une règle absolue et ce n'est qu'après la prise de décision que l'accès peut, le cas échéant, être accordé.

55. A ce stade de la procédure de passation du marché, aucune décision n'a encore été prise concernant la sélection des candidats, les demandes de participation qui ont été déposées au 14 avril 2023 étant toujours en cours d'analyse. Rappelons par ailleurs que la partie requérante a déposé une candidature. Dès lors qu'aucune des décisions visées à l'article 13, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 n'a, à ce jour, encore été prise, aucun des documents relatifs à la procédure de passation du marché ne peut être communiqué, en vertu des articles 13 de la loi du 17 juin 2016 et 10 de la loi “recours”.

Ces considérations expliquent pour quelles raisons tous les documents relatifs à la procédure de passation du marché sont versés dans la partie confidentielle du dossier administratif, à l'exception des documents qui ont été publiés, à savoir l'avis de marché et le cahier spécial des charges.

A cet égard, les échanges entre la SWDE et la partie requérante sont également versés dans la partie confidentielle du dossier administratif, dans l'hypothèse où un concurrent de la partie requérante entendrait intervenir à la procédure.

La demande de confidentialité formulée par la première partie adverse s'inscrit dans le strict respect des règles légales fixées en la matière.

56. A titre tout à fait exceptionnel, la première partie adverse accepte de reproduire dans la présente note d'observations -dans la réfutation de la première branche du premier moyen- les paragraphes de la note au Conseil d'administration concernant le choix de ne prévoir qu'un seul lot. Cette reproduction ne remet nullement en cause le bien-fondé du rejet de la demande de communication des documents formulée par la partie requérante le 28 mars 2023. Cette mesure exceptionnelle n'a pas d'autre but que de permettre à la première partie adverse, dans le respect du contradictoire, de défendre la légalité de la procédure du marché dans le cadre du présent recours ».

La requérante conteste cette demande et demande au Conseil d'Etat de la rejeter. Après s'être référée à l'article 13 de la loi du 17 juin 2016 précitée, elle fait valoir que les pièces du dossier administratif ne constituent pas des documents confidentiels mais des échanges ou des décisions qui ont dû, en vertu de la loi, être prises par la SWDE et dont la communication n'a aucun impact sur l'égalité de traitement des candidats ni sur la concurrence loyale entre ceux-ci et qu'en outre, l'article 10 de la loi du 17 juin 2013 précitée prévoit que certains renseignements “peuvent ne pas être communiqués”, ce qui implique que d'autres peuvent l'être. Elle soutient que l'objectif d'égalité de traitement entre les candidats et de garantie

de la concurrence poursuivi au travers de l'article 13 précité poursuivi par les législations doit certes être respecté mais ne peut porter atteinte délibérément aux principes de transparence administrative et du contradictoire. Elle estime que, par ailleurs, les motifs conduisant les parties adverses à solliciter la confidentialité n'identifient pas précisément la teneur de ces informations. Selon elle, ils n'établissent pas concrètement en quoi il se justifie de faire bénéficier l'intégralité du contenu de ces pièces de la confidentialité, au mépris de la protection juridictionnelle effective et du respect des droits de la défense, que doit garantir le Conseil d'État conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013. En outre, et toujours selon la requérante, la circonstance que ces pièces comporteraient des informations confidentielles (ce qui n'est pas démontré) ne justifie pas qu'une version caviardée de chacune de ces pièces ne lui soit pas communiquée afin qu'elle puisse exercer ses droits. Elle déclare s'interroger d'autant plus sur le caractère réellement confidentiel de ces pièces dès lors que les parties adverses en reproduisent elles-mêmes plusieurs paragraphes dans leur note d'observations. Elle considère que le dossier administratif (non confidentiel) déposé par les parties adverses ne lui permet pas d'exercer ses droits ni d'établir que les articles 4, 5, 51, 52 et 71 de la loi du 17 juin 2016, les articles 44, 45 et 46 du RGPD ainsi que les principes d'égalité, de concurrence et de bonne administration auraient notamment été respectés.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 10 et 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, d'une part, et 13 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, d'autre part, sont invoqués par les parties à l'appui de leurs thèses respectives. Par ailleurs, les débats suscités tant par la demande de maintien de confidentialité formulée par les parties adverses que par la contestation élevée à ce sujet par la requérante révèlent des questions qui pourraient devoir être tranchées à propos, d'une part, des conditions d'application de ces différentes dispositions et, d'autre part, de la nature intrinsèquement confidentielle des documents pour lesquels la confidentialité fait débat.

Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher ces questions dans le cas d'espèce.

Dans le cadre des débats, la requérante a invoqué la nécessité de pouvoir exercer ses droits, ce qui – en l'espèce – s'entend particulièrement de son droit à l'exercice d'un recours effectif, lui permettant de soumettre l'acte attaqué à un contrôle de légalité au regard des dispositions et principes qu'elle vise ; elle a

également ajouté que – à défaut de pouvoir accéder aux pièces – elle ne pouvait notamment pas s’assurer de la légalité de l’acte attaqué en tous ses aspects, notamment pour ce qui concerne la compétence de son auteur.

Cette argumentation laisse clairement entendre que la requérante pourrait, si l’accès aux pièces litigieuses lui était ouvert, envisager de soulever des moyens nouveaux formulant des critiques de légalité qu’elle n’aurait pas été en mesure de soumettre au Conseil d’Etat dès l’introduction de sa requête.

Dès lors que – comme en décide le présent arrêt, sur la base des motifs précédemment exposés – la demande de suspension doit être déclarée irrecevable en raison de la tardiveté de son introduction, la requérante ne pourrait – si l’accès aux pièces litigieuses lui était ouvert – bénéficier de la suspension sollicitée, fût-ce en soulevant de nouveaux moyens, puisque ceux-ci ne pourraient, en toute hypothèse, être examinés. La privation d’accès à ces pièces du dossier administratif n’affecte donc, *prima facie* et à ce stade du litige, pas l’exercice de son droit à un recours effectif. La requérante n’expose, enfin, aucun autre argument dont la prise en considération pourrait amener le Conseil d’Etat à décider autrement.

Dans ces circonstances, il y a lieu de faire droit à la demande de maintien de confidentialité formulée par les parties adverses.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

Les parties adverses sollicitent la condamnation de la requérante au paiement d'une indemnité de procédure de 770 euros.

A l'audience du 26 avril 2023, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure des parties adverses.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie requérante.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 1 à 10, 12, 13 et 17 à 21 du dossier administratif 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 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée aux parties adverses.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 4 mai 2023, par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy