

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 257.458 du 27 septembre 2023

A. 225.621/VI-21.284

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
ASSOCIATION INTERCOMMUNALE
DE TRAITEMENT DES DÉCHETS LIÉGEOIS,**
en abrégé « **INTRADEL** »,
ayant élu domicile chez
M^{es} Eric LEMMENS et
Elisabeth KIEHL, avocats,
boulevard de la Sauvenière 68 bte 2/2
4000 Liège,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER et
François VISEUR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. **la société anonyme STRABAG BELGIUM,**
2. **la société de droit allemand STRABAG
Umwelttechnik GmbH,**
ayant formé la société momentanée
Strabag Belgium – Strabag Umwelttechnik GmbH,
ayant élu domicile chez
M^{es} Frank JUDO et Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles,
3. **la société anonyme CFE,**
4. **la société de droit français VINCI ENVIRONNEMENT,**
5. **la société anonyme CEGELEC,**
ayant formé la société momentanée CFE – Vinci – Cegelec,
ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL, Valentine DE FRANQUEN et
Gautier ROLLAND, avocats,
place Flagey 18 (5^{ème} étage)
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 juillet 2018, la SCRL Association intercommunale de traitement des déchets liégeois (Intradel) demande l'annulation de « l'arrêté de la Ministre des Pouvoirs locaux, du Logement et des Infrastructures sportives du 8 mai 2018 annulant la délibération du 22 février 2018 par laquelle le Conseil d'administration de la société coopérative à responsabilité limitée "Intercommunale de Traitement des Déchets Liégeois", en abrégé "INTRADEL", a attribué le marché public de travaux ayant pour objet "Marché public de travaux – conception et exécution de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat – Marché 10.24.INT" à l'Association momentanée des sociétés Strabag belgium s.a. – Strabag umweltsanlagen SPRL ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 5 septembre 2018, la SA Strabag Belgium et la société de droit allemand Strabag Umwelttechnik GmbH demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

Par une requête introduite le 6 septembre 2018, la SA CFE, la société de droit français Vinci Environnement et la SA Cegelec demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

Ces interventions ont été accueillies provisoirement par une ordonnance du 28 septembre 2018.

Le dossier administratif a été déposé.

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

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties requérante, adverse et les deux premières parties requérantes en intervention ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 5 octobre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 novembre 2022.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Elisabeth Kiehl, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e François Viseur, avocat, comparaissant pour la partie adverse, M^e Lola Maluquin, *loco* M^{es} Frank Judo et Aurélien Vandeburie, avocat, comparaissant pour les première et deuxième parties intervenantes, et M^e Gauthier Rolland, avocat, comparaissant pour les troisième, quatrième et cinquième parties intervenantes ont été entendus en leurs observations.

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint, 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. Exposé des faits utiles

1. En 2011, la SCRL Association intercommunale de traitement des déchets liégeois, en abrégé Intradel, lance un marché public de travaux dont l'objet est détaillé comme suit :

« Le marché a pour objet la conception et l'exécution de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques :

- Sur le site de Herstal, dans la zone libre côté viaduc : réception des biodéchets, traitement par biométhanisation des biodéchets et déshydratation du digestat hygiénisé avant transport vers le site de Jeneffe;
- Sur le site de Jeneffe : post-traitement du digestat, affinage et stockage avant évacuation en vue de sa valorisation agronomique.

Le marché comprendra trois phases : (une phase ferme et deux phases conditionnelles).
Le Soumissionnaire est obligé de remettre prix pour les trois phases du marché. Il précisera dans son offre les montants de chacune des phases ».

2. Ce marché a été passé sous forme d'un appel d'offres avec publicité européenne. Il a fait l'objet d'un avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne du 20 décembre 2011 et au Bulletin des Adjudications du 16 décembre 2011. Le marché est soumis à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et à ses arrêtés

d'exécution, dont l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures, de services et des concessions.

3. Le 29 mai 2012, quatre soumissionnaires avaient remis une offre : la société momentanée CFE – Vinci Environnement – Cegelec (ci-après : le soumissionnaire non retenu), la société momentanée Waterleau Group – Franki, la société momentanée Fabricom – OWS – Galere et la société momentanée Strabag Belgium – Strabag Umweltanlagen (ci-après : « Strabag »).

4. Un rapport d'attribution a été établi le 24 octobre 2013. Il précise que, le 30 mai 2012 (soit le lendemain de l'ouverture des offres), Strabag a spontanément complété son offre par une « Note expresse relative aux performances de fonctionnement exigée en 9ième partie du CSC (art 3 et suivants)

La note est présentée par Strabag comme faisant partie intégrante de l'offre et explique en réalité des données et le prix qui sont repris dans l'offre.

La requérante considère, dans le rapport d'attribution, qu'il s'agit d'un complément d'information qu'elle aurait de toute façon demandé sur la base de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

5. Le 28 novembre 2013, suivant les conclusions du rapport d'attribution, la requérante décide d'écarter l'offre de la société momentanée Waterleau Group-Franki et d'attribuer le marché en cause à Strabag.

6. Par un courrier du 3 janvier 2014, le ministre wallon des Pouvoirs locaux et de la ville écrit à la partie requérante pour lui indiquer que la décision d'attribution du 28 novembre 2013 n'appelait aucune mesure de tutelle de sa part et qu'elle était donc devenue pleinement exécutoire.

7. Par une requête du 16 décembre 2013, le soumissionnaire non retenu sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision du 28 novembre 2013 et du rapport d'analyse des offres précités. Par une requête du 30 janvier 2014, les mêmes entreprises demandent l'annulation des mêmes décisions.

Par un arrêt n° 226.387 du 11 février 2014, le Conseil d'État rejette la demande de suspension.

Par un arrêt n° 239.867 du 14 novembre 2017, le Conseil d'État annule la décision d'attribution du 28 novembre 2013 sur la base du deuxième moyen « pris de la violation de la Constitution, en particulier des articles 10 et 11, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, en particulier l'article 16, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, en particulier des articles 89, 90, § 2, 103, 104, 105, 110, §2, 115, alinéa 6, des documents du marché et en particulier de l'avis rectificatif du 10 avril 2012, des principes de bonne administration, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'obligation de motivation matérielle et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles et, pour autant que de besoin, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3 ».

L'arrêt précité résume l'argumentation des parties requérantes (ici troisième, quatrième et cinquième requérantes en intervention aux côtés de la partie adverse) comme suit :

« Elles y exposent que STRABAG a déposé une partie importante de son offre, à savoir la note expresse relative aux performances de fonctionnement exigée en 9^{ème} partie du cahier des charges, en date du 30 mai 2012 par courriel, que cet envoi a été confirmé par un courrier recommandé de STRABAG du 1^{er} juin 2012, que l'avis rectificatif du 10 avril 2012 a fixé la séance d'ouverture des offres au 29 mai 2012 et que celle-ci a eu lieu ce même jour à 11 heures, que les documents du marché déterminent que cette note constituait un élément substantiel que les soumissionnaires devaient joindre à leur offre, que le pouvoir adjudicateur n'avait pas de pouvoir d'appréciation par rapport à cette irrégularité et était tenu d'écarter l'offre de STRABAG, qu'il n'est pas démontré que le contenu intégral de ce qui était réclamé dans la note se retrouvait déjà dans l'offre et était muni des signatures nécessaires, que la note exigeait des performances et des garanties, qu'un soumissionnaire ne peut être interrogé pour pallier une irrégularité de l'offre, que STRABAG semble avoir fourni spontanément la note litigieuse et que la formule de l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'a pu être respectée, que le pouvoir adjudicateur ne justifie pas ni formellement ni matériellement pourquoi, compte tenu de l'irrégularité substantielle, l'offre a été retenue et considérée comme régulière, que STRABAG a obtenu un délai supplémentaire pour compléter sa note en ayant connaissance d'informations qui peuvent influencer son offre, tels le nombre ou l'identité des offrants, que, dans la note de comparaison entre l'offre et la note expresse, 57 éléments manquaient selon le pouvoir adjudicateur (suit un passage incompréhensible), que certains éléments manquants sont pourtant indispensables, qu'ainsi STRABAG n'a fourni aucun engagement de disponibilité, que la torchère était également manquante et que des valeurs prévisionnelles présentes dans l'offre n'ont pas la même valeur d'engagement qu'une note expresse ».

Après un rappel du contenu des articles 110, § 2, et 104, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, le Conseil d'État statue comme suit :

- « Conformément à cette disposition, dès lors qu'une prescription des documents du marché est considérée comme essentielle, l'offre introduite en méconnaissance de cette prescription est, *ipso facto*, entachée de nullité, sans que le pouvoir adjudicateur puisse exercer quelque appréciation quant au sort qui doit lui être réservé.

[...]

En l'espèce, il n'est pas contesté que la date d'ouverture des offres avait été fixée au 29 mai 2012 et que la note expresse imposée par le cahier spécial des charges, et qui fait partie intégrante de la section G de l'offre, n'a été transmise par les intervenantes à la partie adverse que le 30 mai 2012, par courrier électronique, et le 31 mai 2012, par courrier postal.

L'obligation de déposer l'offre avant que soit déclarée ouverte la séance d'ouverture des offres procède du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires : elle permet notamment – dans le cas de marchés pour lesquels, comme en l'espèce, l'élaboration de l'offre s'annonce particulièrement fastidieuse – d'éviter que des soumissionnaires soient avantagés en ayant disposé d'un délai de préparation de leurs offres plus long que celui que leurs concurrents se sont astreints à respecter. Pour cette raison, la prescription des documents du marché qui fixe la date d'ouverture des offres doit être considérée comme une prescription essentielle au sens de l'article 110 précité, de sorte que l'offre introduite tardivement est affectée d'une irrégularité substantielle, imposant au pouvoir adjudicateur de l'écarter. Par ailleurs, en raison, d'une part, de la justification précédemment rappelée de l'exigence de dépôt des offres avant que soit déclarée ouverte la séance d'ouverture et, d'autre part, de ce que le caractère essentiel d'une prescription est révélé *in abstracto*, il importe peu, le cas échéant, que le contenu du document spontanément communiqué par le soumissionnaire concerné après l'ouverture des offres pouvait être directement ou indirectement décelé à l'analyse des parties de l'offre déposées dans le délai prescrit.

Sauf à priver de sens l'exigence de dépôt des offres dans le délai prescrit et à compromettre la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit, force est de considérer qu'elle s'étend à toutes les composantes de l'offre, particulièrement aux documents qui ont été exigés par le pouvoir adjudicateur et doivent être établis pour permettre une meilleure comparaison des offres, de sorte que la transmission d'une de ces composantes après qu'ait été déclarée ouverte la séance d'ouverture des offres a pour effet que l'offre doit, en règle, être tenue pour tardive. En l'espèce, tel est bien le cas de la note expresse dont l'importance en vue de procéder à une meilleure comparaison des offres ne peut être contestée, sauf à priver de sens l'obligation faite aux soumissionnaires de l'établir et de la joindre à leur offre.

Il ne peut, par ailleurs, être dérogé à la règle d'intangibilité des offres que lorsque des dispositions spécifiques le permettent, lesquelles dispositions doivent toutefois recevoir une interprétation stricte à raison de leur caractère dérogatoire. Il en va ainsi des dispositions qui accordent au pouvoir adjudicateur la faculté d'inviter un soumissionnaire à compléter son dossier de candidature, ou de celle, contenue à l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité et évoquée au cours des débats tenus en la présente cause, aux termes de laquelle "[l]e pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre". Cette disposition ne peut toutefois être invoquée

en l'espèce aux fins de valider la démarche spontanée des intervenantes pour compléter leur offre. En effet, dès lors que cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'au stade de la comparaison des offres qui – par hypothèse – ont été jugées régulières, elle ne peut être mise en œuvre pour régulariser une offre entachée d'une irrégularité substantielle.

Dans ces circonstances, la partie adverse n'a pas pu considérer l'offre des intervenantes comme régulière et susceptible d'entrer en ligne de compte en vue de la comparer avec les autres offres, sans méconnaître plusieurs des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, au premier rang desquels figure le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Il s'ensuit que le moyen doit être déclaré fondé.

Il n'y a, par ailleurs, pas lieu d'examiner les autres moyens, qui – à les supposer fondés – ne pourraient entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué ».

L'arrêt annule la décision d'attribution du 28 novembre 2013 d'attribuer le marché de travaux 10/24/INT pour l'exécution et la conception de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat Strabag.

8. Le 22 février 2018, la requérante procède à une nouvelle attribution du marché. Cette décision d'attribution est motivée comme suit :

- « Vu la décision du Conseil d'administration du 1^{er} décembre 2011 de lancer un marché public d'exécution et de conception de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et de post-traitement du digestat, de faire choix de la procédure d'appel d'offres général soumise à publicité européenne pour procéder à son attribution et d'approuver le cahier spécial des charges 10/24/INT y relatif;
- Vu la décision du Conseil d'administration du 28 novembre 2013 d'attribuer le marché de travaux 10/24/INT pour l'exécution et la conception de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat à l'Association Momentanée des sociétés "Strabag Belgium SA – Strabag Umwelthanlagen Srl", Liège Airport B52 à 4460 Grâce-Hollogne [...];
- Vu la décision n° 226.387 du Conseil d'État du 11 février 2014 de rejeter la demande en suspension introduite par CFE – Vinci Environnement – Cegelec;
- Vu la notification de la décision d'attribuer le marché par courrier du 10 juin 2014;
- Vu la décision n° 239.867 du Conseil d'État du 14 novembre 2017 d'annuler la décision du Conseil d'administration du 28 novembre 2013 susvisée, cette annulation n'ayant aucun effet sur la validité du marché qui peut dès lors continuer à être exécuté;
- Vu l'ensemble des actes de procédure déposés dans le cadre de cette procédure en annulation;
- Vu le plan stratégique 2011-2013 arrêté par l'Assemblée générale le 21 décembre 2010;
- Vu l'annexe à l'AGW du 15 septembre 2016 relatif aux subsides;
- Vu la promesse ferme de subsides du Gouvernement wallon datée du 21 octobre 2016;
- Vu le procès-verbal d'ouverture des offres du 29 mai 2012;
- Vu le rapport d'attribution des offres du 24 octobre 2013, que le Conseil d'administration fait sien et qui fait partie intégrante de la présente décision;

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, notamment l'article 16;

Vu l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics, notamment les articles 110, 114 et 115;

Vu les articles L-3121 et L 3122-3 du Code de la Démocratie Locale et de la Décentralisation;

Que STRABAG a complété spontanément son offre en envoyant à INTRADEL, le 30 mai 2012, par email, la note expresse relative aux performances de fonctionnement exigée en 9^{ème} partie du cahier spécial des charges et confirmée par courrier officiel du 1^{er} juin 2012;

Qu'aucune des dispositions du cahier spécial des charges n'érige l'absence de cette note en irrégularité absolue, une offre incomplète n'étant pas en soi irrégulière;

Que cette note expresse ne fait que préciser des éléments techniques figurant dans d'autres documents de l'offre et ne modifie aucunement l'offre déposée;

Qu'elle ne constitue qu'un tableau de synthèse;

Qu'afin de tenir compte de l'arrêt du Conseil d'État du 14 novembre 2017, cette note étant parvenue après la date du dépôt des offres, elle n'a pas été prise en compte dans le cadre de la cotation des offres et la cotation a été revue en l'excluant de l'analyse;

Qu'en conséquence, deux éléments repris dans la cotation réalisée antérieurement doivent être omis :

- le taux de 20% d'organique dans les indésirables qui a été coté à -2,
- la concentration odeur en sortie inférieure à 500 uOE/m³ qui a été coté à +2, éléments qui s'annulent et donne un total de 0 point;

Que l'offre recevable, régulière et conforme la plus intéressante sur bases des critères prévus par le cahier spécial des charges est celle de l'association momentanée des sociétés "Strabag Belgium – Strabag Umwelanlagen" avec 828,75 points sur 1.000;

Le Conseil d'administration,

CONSIDÈRE comme recevable mais non conforme et irrégulière d'un point de vue technique, l'offre de l'Association Momentanée des sociétés "Waterleau Group – Franki",

CONSIDÈRE comme recevables, conformes et régulières, les offres de :

- l'Association Momentanée des sociétés "CFE - Vinci Environnement – Cegelec"
- l'Association Momentanée des sociétés "Fabricom – OWS – Galere"
- l'Association Momentanée des sociétés "Strabag Belgium – Strabag Umwelanlagen",

ATTRIBUE le marché de travaux 10/24/INT pour l'exécution et la conception de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat à l'Association Momentanée des sociétés "Strabag Belgium SA – Strabag Umwelanlagen Srl", Liège Airport B52 à 4460 Grâce-Hollogne [...] ».

La partie requérante transmet cette décision à la partie adverse le 21 mars 2018.

9. Par courrier du 26 mars 2018, la partie adverse demande à la partie requérante de lui fournir les documents lui permettant d'exercer son pouvoir de tutelle. Un rappel est adressé le 11 avril 2018.

10. Par un arrêté du 19 avril 2018, la partie adverse proroge le délai de tutelle jusqu'au 8 mai 2018 afin que la partie requérante donne suite au courrier du

26 mars 2018 et au rappel du 11 avril 2018 lui demandant de lui transmettre son dossier.

11. Le 3 mai 2018, la Direction des Marchés publics et du Patrimoine – Département des Politiques publiques locales du service public de Wallonie remet un avis à la ministre chargée de la tutelle et lui conseille soit de laisser la décision d’attribution devenir exécutoire par expiration du délai de tutelle, soit de l’annuler. La note d’analyse de l’administration du 26 avril 2018 précise notamment ce qui suit :

« [...] Vu ce qui précède, l’administration propose à Madame la Ministre de laisser la présente décision d’attribution du marché public dont objet repris sous rubrique devenir exécutoire par expiration du délai. Toutefois, si Madame la Ministre devait comprendre les arguments invoqués par le Conseil d’État comme nécessitant de déclarer l’offre de l’adjudicataire irrégulière, et devait donc estimer que la décision d’attribution soumise à examen devait être annulée, elle trouvera, en annexe, un projet d’arrêté d’annulation rédigé en ce sens ».

12. Par un arrêté du 8 mai 2018, la ministre décide d’annuler la décision motivée d’attribution adoptée par la partie requérante. Il s’agit de l’acte attaqué, lequel est rédigé comme suit :

« LA MINISTRE DES POUVOIRS LOCAUX, DU LOGEMENT ET DES INFRASTRUCTURES SPORTIVES,

Vu la Constitution coordonnée le 17 février 1994, notamment les articles 41 et 162;

Vu l’arrêté du Gouvernement wallon du 28 juillet 2017 fixant la répartition des compétences entre les Ministres et réglant la signature des actes du Gouvernement;

Vu l’arrêté du Gouvernement wallon du 3 août 2017, portant règlement du fonctionnement du Gouvernement;

Vu la délibération du 01 décembre 2011 par laquelle le Conseil d’administration de la Société Coopérative à Responsabilité Limitée “Intercommunale de Traitement des Déchets Liégeois”, en abrégé “I.N.T.R.A.D.E.L.”, a arrêté le mode de passation (appel d’offres général avec publicité au niveau européen) et les documents de marché (avis de marché et cahier spécial des charges) appelés à s’appliquer au marché public de travaux ayant pour objet “Marché public de travaux – Conception et exécution de travaux de construction d’une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat - Marché 10.24.1NT”;

Vu le courrier du 16 janvier 2012 par lequel Monsieur le Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville Paul FURLAN informe le pouvoir adjudicateur que “la délibération du Conseil d’administration de l’intercommunale I.N.T.R.A.D.E.L. du 01 décembre 2011 dont question ci-dessus n’a fait l’objet d’aucune mesure de tutelle et qu’elle est donc devenue pleinement exécutoire”;

Vu la délibération du 28 novembre 2013 par laquelle le Conseil d’administration de la Société Coopérative à Responsabilité Limitée “Intercommunale de

Traitement des Déchets Liégeois”, en abrégé “I.N.T.R.A.D.E.L.”, a attribué le marché public de travaux ayant pour objet “Marché public de travaux - Conception et exécution de travaux de construction d’une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat - Marché 10.24.INT” à l’Association Momentanée des sociétés “STRABAG BELGIUM SA - STRABAG UMWELTANLAGEN SRL” aux conditions telles que reprises dans son offre;

Vu le courrier du 03 janvier 2014 par lequel Monsieur le Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville Paul FURLAN informe le pouvoir adjudicateur que “la délibération du Conseil d’administration de l’intercommunale I.N.T.R.A.D.E.L du 28 novembre 2013 dont question ci-dessus n’a fait l’objet d’aucune mesure de tutelle et qu’elle est donc devenue pleinement exécutoire”;

Vu l’Arrêt du Conseil d’État n° 239.867 du 14 novembre 2017 annulant la décision du Conseil d’administration de l’intercommunale I.N.T.R.A.D.E.L du 28 novembre 2013 attribuant le marché de travaux 10/24/INT pour l’exécution et la conception de travaux de construction d’une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat à l’Association Momentanée “STRABAG BELGIUM S.A. - STRABAG UMWELTANLAGEN SRL” susvisée;

Vu la délibération du 22 février 2018 par laquelle le Conseil d’administration de la Société Coopérative à Responsabilité Limitée “Intercommunale de Traitement des Déchets Liégeois”, en abrégé “I.N.T.R.A.D.E.L.”, a attribué le marché public de travaux ayant pour objet “Marché public de travaux - Conception et exécution de travaux de construction d’une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat - Marché 10.24.INT” à l’Association Momentanée des sociétés “STRABAG BELGIUM SA - STRABAG UMWELTANLAGEN SRL” aux conditions telles que reprises dans son offre;

Considérant que la délibération précitée est parvenue au Gouvernement Wallon le 22 mars 2018 sous le couvert du courrier du 21 mars 2018;

Vu l’Arrêté Ministériel du 19 avril 2018 par lequel Madame la Ministre des Pouvoirs locaux, du Logement et des Infrastructures sportives décide de proroger le délai lui imparti pour statuer sur la délibération du Conseil d’administration de l’Intercommunale I.N.T.R.A.D.E.L du 22 février 2018 susvisée jusqu’au 08 mai 2018;

Vu la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Vu l’Arrêté Royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Vu l’Arrêté Royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d’exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics;

Considérant qu’il ressort des éléments du dossier que la séance d’ouverture des offres dans le cadre du présent marché était fixé au 29 mai 2012;

Considérant que l’Association Momentanée des sociétés “STRABAG BELGIUM SA - STRABAG UMWELTANLAGEN SRL” a remis une offre avant la date fixée pour la séance d’ouverture des offres dont question ci-dessus;

Considérant toutefois qu’il ressort des éléments du dossier que le soumissionnaire retenu par le pouvoir adjudicateur a transmis spontanément, par courrier électronique du 30 mai 2012 et par courrier recommandé du 01 juin 2012 une note

expresse relative aux performances, note dont la production était requise par le cahier spécial des charges, sans qu'il y soit précisé que cette note devait être jointe à peine de nullité de l'offre;

Considérant qu'il convient de se poser la question de savoir si la transmission tardive de la note susvisée entraîne ou pas le caractère tardif de l'ensemble de l'offre transmise par le soumissionnaire en question, ceci ayant pour conséquence que ladite offre aurait dû être écartée par le pouvoir adjudicateur et ce sur base de l'article 104 § 2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Considérant que sur ce point, le Conseil d'État, dans son arrêt n° 239.867 du 14 novembre 2017 précise que "L'article 104 § 2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996 susvisé est libellé comme suit : toute offre doit parvenir au président de la séance d'ouverture des offres avant qu'il ne déclare la séance ouverte. Toutefois, une offre arrivée tardivement est prise en considération pour autant

1. Que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore notifié sa décision
2. Et que l'offre ait été déposée à la poste sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant le jour fixé pour la réception des offres";

Considérant que le Conseil d'État poursuit en ses termes : "En l'espèce, il n'est pas contesté que la date d'ouverture des offres avait été fixée au 29 mai 2012 et que la note expresse imposée par le cahier spécial des charges et qui fait partie intégrante de la section G de l'offre, n'a pas été transmise par les intervenants (lire le soumissionnaire à qui le marché a été attribué) et n'a été transmise à la partie adverse (lire le pouvoir adjudicateur) que le 30 mai 2012 par courrier électronique, et le 31 mai 2012, par courrier postal.";

Que le Conseil d'État ajoute que "L'obligation de déposer l'offre avant que soit déclarée ouverte la séance d'ouverture des offres procède du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. Cette obligation permet notamment - dans le cas de marchés pour lesquels, comme en l'espèce, l'élaboration de l'offre s'annonce particulièrement fastidieuse - d'éviter que des soumissionnaires soient avantagés en ayant disposé d'un délai de préparation de leurs offres plus long que celui que leurs concurrents se sont astreints à respecter. Pour cette raison, la prescription des documents du marché qui fixe la date d'ouverture des offres doit être considérée comme une prescription essentielle au sens de l'article 110 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996 susvisé, de sorte que l'offre introduite tardivement est affectée d'une irrégularité substantielle, imposant au pouvoir adjudicateur de l'écarter";

Que le Conseil d'État poursuit en précisant que "Sauf à priver de sens l'exigence du dépôt des offres dans le délai prescrit et à compromettre la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit, à savoir le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, force est de constater qu'elle s'étend à toutes les composantes de l'offre, particulièrement aux documents qui ont été exigés par le pouvoir adjudicateur et doivent être établis pour permettre une meilleure comparaison des offres, de sorte que la transmission d'une de ces composantes après qu'ait été déclarée ouverte la séance d'ouverture des offres a pour effet que l'offre doit, en règle, être tenue pour tardive. En l'espèce, tel est bien le cas de la note expresse dont l'importance en vue de procéder à une meilleure comparaison des offres ne peut être contestée, sauf à priver de sens l'obligation faite aux soumissionnaires de l'établir et de la joindre à leur offre. Il ne peut, par ailleurs, être dérogé à la règle d'intangibilité des offres que lorsque des dispositions spécifiques le permettent, lesquelles dispositions doivent toutefois recevoir une interprétation stricte à raison de leur caractère dérogatoire. Il en va ainsi des dispositions qui accordent au pouvoir adjudicateur la faculté d'inviter un soumissionnaire à compléter son dossier de candidature, ou de celle, comme à

l'article 115, alinéa 6 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996 précité et évoqué au cours des débats tenus en la présente cause, au terme de laquelle le pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour se faire préciser ou compléter la teneur de l'offre. Cette disposition ne peut toutefois être invoquée en l'espèce aux fins de valider la démarche spontanée des intervenants (lire le soumissionnaire retenu) pour compléter leur offre. En effet, dès lors que cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'au stade de la comparaison des offres qui - par hypothèse, ont été jugées régulières, elle ne peut être mise en œuvre pour régulariser une offre entachée d'une irrégularité substantielle";

Que le Conseil d'état termine en précisant que "Dans ces circonstances, la partie adverse (lire le pouvoir adjudicateur) n'a pas pu considérer l'offre des intervenants (lire le soumissionnaire retenu) comme régulière et susceptible d'entrer en ligne de compte en vue de la comparer avec les autres offres, sans méconnaître plusieurs des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen au premier rang desquels figure le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires";

Considérant qu'à la lecture de l'Arrêt du Conseil d'État précité, on en arrive à la conclusion que l'offre déposée par le soumissionnaire retenu par le pouvoir adjudicateur, à savoir l'Association Momentanée des sociétés "STRABAG BELGIUM SA - STRABAG UMWELTANLAGEN SRL", aurait dû être écartée par ledit pouvoir adjudicateur et ce sur base des-articles 104 § 2 et 110 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

Qu'en l'espèce tel n'est pas le cas, le pouvoir adjudicateur se contentant simplement d'écarter la note expresse transmise spontanément par le soumissionnaire retenu;

Qu'en agissant de la sorte, le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté le prescrit des articles 104 § 2 de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics ni le principe général relatif à l'égalité de traitement entre soumissionnaires;

Qu'il en résulte donc que la délibération du 22 février 2018 par laquelle le Conseil d'administration de la Société Coopérative à Responsabilité Limitée "Intercommunale de Traitement des Déchets Liégeois", en abrégé "I.N.T.R.A.D.E.L.", a attribué le marché public de travaux ayant pour objet "Marché public de travaux - Conception et exécution de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat-Marché 10.24.INT" à l'Association Momentanée des sociétés "STRABAG BELGIUM SA - STRABAG UMWELTANLAGEN SRL" aux conditions telles que reprises dans son offre est illégale.

ARRÊTE :

Art. 1 : La délibération du 22 février 2018 par laquelle le Conseil d'administration de la Société Coopérative à Responsabilité Limitée "Intercommunale de Traitement des Déchets Liégeois", en abrégé "I.N.T.R.A.D.E.L.", a attribué le marché public de travaux ayant pour objet "Marché public de travaux - Conception et exécution de travaux de construction d'une unité de biométhanisation de déchets organiques et du post-traitement de son digestat- Marché 10.24.INT" à l'Association Momentanée des sociétés "STRABAG BELGIUM SA -STRABAG UMWELTANLAGEN SRL" aux conditions telles que reprises dans son offre, EST ANNULEE.

Art. 2 : (voie de recours)

Art 4 : Mention du présent arrêté sera faite en marge des délibérations concernées.

Art. 5 : Le présent arrêté est publié par extrait au Moniteur belge.

Art. 6 : Le présent arrêté est notifié au Président du Conseil d'administration de l'intercommunale I.N.T.R.A.D.E.L.

Art. 7 : Copie du présent arrêté sera transmise à la Direction Générale Opérationnelle de l'Agriculture, des Ressources naturelles et de l'Environnement, Direction de la politique des Déchets, pour information.

Namur, le 8 mai 2018

(La Ministre) ».

IV. Intervention

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, la SA Strabag Belgium et la société de droit allemand Strabag Umwelttechnik GmbH, ayant formé la société momentanée Strabag Belgium – Strabag Umwelttechnik GmbH, justifient d'un intérêt suffisant pour intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir leur requête en intervention.

En tant que requérantes dans l'affaire A 211.042/VI-20.102 qui a donné lieu à l'arrêt d'annulation n° 239.867 du 14 novembre 2017 et dès lors que la présente affaire concerne la décision d'annulation de l'autorité de tutelle à l'encontre de la même décision, la SA CFE, la société de droit français Vinci Environnement et la SA Cegelec, ayant formé la société momentanée CFE – Vinci – Cegelec, justifient d'un intérêt suffisant pour intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir leur requête en intervention.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

Requête

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, notamment en son article 13, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, notamment en son article 16, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services

aux concessions de travaux publics, notamment en ses articles 104 et 110, § 2, ainsi que du cahier spécial des charges, notamment en ses clauses administratives, dont l'article 90, "contenu de l'offre", de la deuxième partie "Précisions de certaines dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996", du défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que de la violation des principes de bonne administration et d'équitable procédure.

En synthèse, la requérante expose que la neuvième partie du cahier spécial des charges prévoyait le dépôt d'une « note expresse relative aux performances de fonctionnement », qu'il est constant que Strabag a complété spontanément son offre en envoyant à Intradel, le 30 mai 2012, par courriel, le document demandé, envoi confirmé par courrier le 1^{er} juin 2012 et que la partie adverse considère à tort que l'offre de Strabag serait en conséquence affectée d'une cause d'irrégularité substantielle, de sorte que la partie requérante aurait dû déclarer l'offre de Strabag irrégulière et non simplement écarter la note déposée tardivement.

À titre principal, la requérante affirme que le dépôt de la « note expresse » n'est pas prescrit à peine de nullité.

Elle expose que, comme l'indique la décision d'attribution, aucune des dispositions du cahier spécial des charges n'érige l'absence de cette note en irrégularité absolue, une offre incomplète n'étant pas en soi irrégulière tandis que cette note expresse ne fait que préciser des éléments techniques figurant dans d'autres documents de l'offre et ne modifie aucunement l'offre déposée pour ne constituer qu'un tableau de synthèse. Elle relève que, cette note étant parvenue après la date du dépôt des offres, la décision d'attribution en a déduit qu'elle n'a pas été prise en compte dans le cadre de la cotation des offres. Elle allègue que la cotation a été revue en excluant ladite note de l'analyse avec, comme conséquence, que deux éléments repris dans la cotation réalisée antérieurement doivent être omis tout en s'annulant.

Selon la requérante, l'écartement de la note expresse tardive par la nouvelle décision d'attribution et avant la comparaison des offres est conforme au prescrit de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 car une offre incomplète n'est pas nécessairement irrégulière en soi puisque l'article 115, alinéa 6, de ce même arrêté royal permet la prise de contact avec les soumissionnaires pour préciser ou compléter la teneur de leur offre.

Elle en déduit que l'offre de l'attributaire était régulière dès lors que ce document n'était ni prescrit à peine de nullité ni indispensable pour la comparaison des offres.

Elle explique que la note expresse constitue un complément d'information qu'elle aurait valablement pu demander sur la base de l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, si Strabag n'avait pas spontanément complété l'offre. Elle souligne que le rapport d'attribution énonce d'ailleurs clairement qu'elle estime qu'elle aurait de toute façon dû interroger Strabag sur pied de cette disposition.

À l'estime de la requérante, interpréter l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dans le sens où le fait la partie adverse revient à lui imposer d'écarter une offre au motif qu'un complément d'information a été transmis spontanément par un des soumissionnaires alors même que ce complément n'était pas un élément substantiel ou essentiel de l'offre et que le même complément aurait pu être sollicité par le pouvoir adjudicateur.

Elle soutient qu'une telle interprétation viole l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Elle souligne que sont en effet traités de manière discriminatoire les soumissionnaires qui ont déposé une offre incomplète mais non affectée d'une cause d'irrégularité et les soumissionnaires qui ont déposé une offre incomplète, non affectée d'une cause d'irrégularité, mais qui adressent spontanément au pouvoir adjudicateur un complément d'offre.

Elle fait valoir que, dans la thèse de la partie adverse, seuls les soumissionnaires de la première catégorie pourraient voir leur offre jugée recevable tandis que les soumissionnaires de la seconde catégorie verraient nécessairement leur offre écartée au motif qu'un document, pourtant non pris en considération, aurait été déposé après la date ultime prévue pour le dépôt des offres, sans qu'il soit tenu compte ni de la nature du document manquant ni du fait que son absence ne constitue pas une cause d'irrégularité de l'offre.

Elle relève que ce débat de constitutionnalité n'a pas été mené dans le cadre des écrits de procédure préalables à l'arrêt d'annulation n° 239.867 du 14 novembre 2017 et que le Conseil d'État n'a pas non plus eu l'occasion d'examiner la situation au regard des dispositions de droit européen qui lui sont applicables et de la jurisprudence qui en découle. Or, souligne la requérante, la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de prendre contact avec les soumissionnaires pour faire

préciser ou compléter la teneur de leur offre était expressément prévue par la directive 90/531/CEE relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, dont la loi du 24 décembre 1993 et l'arrêté royal du 10 janvier 1996 assuraient la transposition. Plus précisément, poursuit-elle, cette possibilité a fait l'objet d'une déclaration additionnelle à l'article 15 de la directive 90/531/CEE et elle a toujours été admise, même si elle n'était pas expressément prévue par la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. La requérante relève qu'elle figure désormais à l'article 56 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Elle fait valoir que la Cour de Justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur ce qui est admissible lorsqu'un soumissionnaire ou un pouvoir adjudicateur entend compléter les informations ou les documents concernés. Elle fait état de ce que, dans l'arrêt C-599/10 du 29 mars 2012, en cause de SAG ELV Slovensko, la Cour a décidé ce qui suit :

« 36. Par sa nature même, la procédure d'appel d'offres restreint implique que, une fois la sélection des candidats opérée, et une fois leur offre déposée, cette dernière ne puisse plus, en principe, être modifiée ni à l'initiative du pouvoir adjudicateur ni à celle du candidat. En effet, le principe d'égalité de traitement des candidats et l'obligation de transparence qui en découle s'opposent, dans le cadre de cette procédure, à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et l'un ou l'autre des candidats.

37. Permettre au pouvoir adjudicateur de demander à un candidat dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges des éclaircissements à cet égard risquerait en effet de faire apparaître ce pouvoir adjudicateur, au cas où l'offre de ce candidat serait finalement retenue, comme ayant négocié celle-ci confidentiellement, au détriment des autres candidats, et en violation du principe d'égalité de traitement.

38. Du reste, il ne ressort ni de l'article 2, ni d'aucune autre disposition de la directive 2004/18, ni du principe d'égalité de traitement, non plus que de l'obligation de transparence que, dans une telle situation, le pouvoir adjudicateur serait tenu de prendre contact avec les candidats concernés. Ceux-ci ne sauraient, d'ailleurs, se plaindre de ce qu'aucune obligation ne pèse à cet égard sur le pouvoir adjudicateur, dès lors que l'absence de clarté de l'offre ne résulte que d'un manquement à leur devoir de diligence dans la rédaction de celle-ci, auquel ils sont soumis comme les autres candidats.

39. L'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose donc pas à l'absence, dans une législation nationale, d'une disposition qui ferait obligation au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats, dans une procédure d'appel d'offres restreint, de clarifier leurs offres au regard des spécifications techniques du cahier des charges avant de rejeter celles-ci en raison de leur caractère imprécis ou non conforme à ces spécifications.

40. Toutefois, cet article 2 ne s'oppose pas, en particulier, à ce que,

exceptionnellement, les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre. Ledit article ne s'oppose donc pas davantage à ce que figure dans la législation nationale une disposition telle que l'article 42, paragraphe 2, de la loi n° 25/2006, selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter aucune modification de l'offre.

41. Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose ainsi le pouvoir adjudicateur, il incombe à ce dernier de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande. [...] ».

Elle ajoute que la Cour a également précisé que ces enseignements sont transposables à la phase de présélection des candidats dans l'arrêt C.J.U.E., C-336/12, 10 octobre 2013, Manova.

La requérante soutient que les enseignements de ces arrêts sont pleinement transposables au cas d'espèce : une pièce complémentaire a été déposée à l'initiative du soumissionnaire, laquelle n'était pas exigée sous peine d'exclusion ou de nullité de l'offre; cette pièce est nécessairement antérieure au dépôt de l'offre; elle ne faisait que préciser des données techniques figurant déjà dans l'offre et elle ne la modifie en aucun cas; elle a été écartée par Intradel et n'a donc pu procurer aucun avantage à Strabag. La requérante estime que c'est à juste titre et en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qu'elle a considéré que l'offre de Strabag pouvait être considérée comme régulière.

Elle fait valoir que le raisonnement a été mené à un stade plus avancé puisque, dans le respect des principes généraux d'égalité et de non-discrimination, elle a pris soin de ne pas tenir compte de la note expresse litigieuse lors de la comparaison des offres, s'assurant ainsi nécessairement de ne pas favoriser l'un ou l'autre des soumissionnaires.

Elle souligne qu'au surplus, la note litigieuse a été déposée certes tardivement mais dans un délai extrêmement rapide (dès le lendemain de l'ouverture des offres) et ce alors que l'attributaire ignorait les niveaux de performances de ses concurrents. Elle en déduit que la rédaction de cette note était nécessairement et objectivement antérieure au dépôt de l'offre et qu'une modification de son offre par l'attributaire était en toute hypothèse rigoureusement impossible dans le cas d'espèce.

Elle estime que l'antériorité de la note résulte également du constat selon lequel les produits, matériels et fournitures requis, mais aussi le prix des travaux, l'aménagement des ouvrages et équipements, le bilan carbone, le délai de mise en service, *etc.* – bref, tous éléments déterminant la performance des installations envisagées – étaient déjà annoncés dans d'autres documents composant l'offre de l'attributaire (et remis quant à eux dans le délai requis) – en particulier, les éléments relatifs à la performance des installations envisagées pour les sites de Herstal et de Jeneffe. Selon elle, la note déposée tardivement ne faisant que préciser des éléments techniques figurant déjà dans d'autres documents composant l'offre de Strabag (et remis quant à eux dans le délai requis), ce document n'était donc pas nécessaire pour la comparaison des offres. Elle relève qu'il s'agit au demeurant de la raison pour laquelle ce document n'était pas exigé à peine de nullité par le cahier spécial des charges.

Elle expose, plus concrètement, que la note de Strabag récapitule des éléments expressément mentionnés dans d'autres parties de l'offre ou précise des éléments qui sont clairement mentionnés dans d'autres parties de l'offre, que toutes les performances mentionnées dans cette note concordent avec l'offre telle que déposée et que, dans l'offre de Strabag (c'est-à-dire dans les documents déposés par ses soins dans le délai requis), figurent plusieurs éléments repris dans la note expresse.

Elle considère que son analyse est confortée par l'arrêt n° 226.387 du 11 février 2014, prononcé dans le cadre de la demande de suspension initiale, lequel fait suite à une instruction approfondie menée par l'auditeur en charge du dossier. Elle explique que si tirant les enseignements de l'arrêt d'annulation ultérieur, elle a finalement décidé, dans le cadre de sa décision de réfection, d'écarter la note litigieuse, l'analyse qui précède n'en demeure pas moins valable en ce qui concerne le contenu de ladite note.

Selon la requérante, la partie adverse demeure en défaut de démontrer, au regard de ce qui précède, que la note litigieuse aurait été nécessaire pour établir une comparaison correcte des offres et elle ne tient pas compte du fait que la note litigieuse a pu être écartée, de sorte qu'elle estime à tort que l'offre de Strabag devait être considérée comme irrégulière et écartée.

Elle fait valoir que si la partie adverse soutient qu'en considérant l'offre de Strabag comme étant régulière, elle aurait avantagé Strabag en lui permettant de disposer d'un délai de préparation plus long que celui de ses concurrents, cette affirmation ne résiste pas non plus à l'analyse qui précède. En effet, indépendamment

même de l'antériorité du document, Strabag n'a nécessairement bénéficié d'aucun avantage puisque la note litigieuse n'a pas été prise en compte par la partie requérante. Selon celle-ci, la seule question qui se pose est de déterminer si cette pièce pouvait être isolée du reste de l'offre et écartée par le pouvoir adjudicateur ou si celui-ci devait considérer l'offre comme indivisible et l'écarter pour cause d'irrégularité substantielle. La requérante allègue que tel n'est pas le cas, le cahier spécial des charges ne précisant en aucun cas que la note litigieuse constituerait un élément prescrit à peine de nullité et donc une prescription essentielle du cahier spécial des charges, de sorte qu'en considérant le contraire, la partie adverse viole les clauses administratives du cahier spécial des charges.

Selon la requérante, le dépôt tardif de la note, dès lors qu'elle n'a pas été prise en compte par Intradel, n'a pas pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires, les exigences du cahier spécial des charges devant au demeurant être interprétées de manière raisonnable, singulièrement dans le cadre d'un marché public aussi complexe que le marché litigieux.

Elle estime qu'il résulte de l'argumentation développée ci-dessus que la partie adverse a violé l'article 104, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en considérant à tort que l'offre de Strabag devait être considérée comme tardive. Selon la requérante, il résulte également de ce raisonnement que la partie adverse a violé l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 car l'offre de Strabag est régulière et que celle-ci devait se voir octroyer le marché litigieux, et qu'en annulant la décision d'attribution de marché adoptée en ce sens, la partie adverse a nécessairement violé l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993.

Elle allègue également qu'il résulte de ce qui précède que l'acte attaqué repose sur une motivation irrégulière et des motifs illégaux, inexacts, non pertinents et non adéquats, ainsi que sur des erreurs manifestes d'appréciation, de sorte que le moyen est fondé dans toutes ses composantes.

À titre subsidiaire, la partie requérante demande que les questions préjudicielles suivantes soient posées à la Cour de Justice de l'Union européenne :

- « 1. L'article 13 de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, les principes généraux de droit européen, dont le principe général d'égalité ainsi que les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés comme :
 - a) obligeant le pouvoir adjudicateur qui constate qu'un soumissionnaire a complété son offre spontanément après la date d'ouverture des offres, à considérer l'offre comme étant irrégulière alors même que ce complément

aurait pu être sollicité par le pouvoir adjudicateur ?

- b) permettant au pouvoir adjudicateur qui constate qu'un soumissionnaire a complété son offre spontanément après la date d'ouverture des offres, de considérer l'offre comme étant régulière ?

2. La réponse diffère-t-elle si le pouvoir adjudicateur écarte la pièce tardive avant l'analyse des offres ? ».

Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'il n'est pas contesté qu'une partie de l'offre a été déposée par Strabag postérieurement à la date de remise des offres en telle sorte que cette offre n'était pas complète à la date ultime de remise des offres. Elle expose qu'il manquait le document qualifié de « Note expresse relative aux performances de fonctionnement exigée en 9^{ème} partie du CSC (art. 3 et suivants) » et que cette offre était donc fondamentalement irrégulière. Elle indique que la question qui se pose en l'espèce est donc de savoir si l'absence de ce document dans l'offre de Strabag constituait une irrégularité substantielle ou, au contraire, pouvait être considérée comme non substantielle, comme l'a fait la partie requérante dans la décision litigieuse.

Elle fait valoir qu'aucun élément du cahier spécial des charges n'est exigé expressément à peine de nullité et que le caractère substantiel de l'obligation de fournir la note manquante doit se déduire de l'importance des éléments exigés par celle-ci pour la comparaison des offres. Elle souligne que la jurisprudence du Conseil d'État considère comme substantielle toute irrégularité de forme qui a pour effet que les engagements juridiques du soumissionnaire ne sont pas absolument clairs et certains à la lecture de son offre et qu'une irrégularité qui a pour conséquence que les offres ne peuvent être comparées ou que cette comparaison est compliquée est également une irrégularité substantielle.

Selon la partie adverse, plusieurs éléments tendent à démontrer que la remise de cette note constituait une exigence de régularité substantielle dans le cadre du marché :

- l'article 90 du cahier des charges énonce que le soumissionnaire doit fournir les documents justificatifs et explicatifs dont une note expresse relative aux performances de fonctionnement exigées en 9^{ème} partie du cahier spécial des charges; l'emploi du verbe « devoir » et le soulignement de ce verbe tendent à démontrer que la remise de ce document était bien une obligation substantielle;
- la nécessité de remettre ce document est corroborée par la partie 11 du cahier spécial des charges, qui reprend la liste des documents à remettre par le

soumissionnaire en précisant que « le soumissionnaire remet les documents et renseignements demandés dans les articles 3 et suivants, qui l'engagent au même titre que sa soumission et qui sont signés et datés ». Le document manquant devait donc faire partie intégrante de l'offre et reprenait une partie de l'engagement du soumissionnaire. À défaut de remettre ce document, Strabag ne s'est pas engagé sur les mêmes objets que les autres. L'article premier de cette 11^{ème} partie du cahier spécial des charges décrit la liste des documents à remettre par le soumissionnaire. Il est précisé ce qui suit en page 2 de ce document : « L'ensemble formé par toutes les pièces précitées constitue l'offre du Soumissionnaire qui doit être remise en 4 exemplaires à Intradel ». Le pouvoir adjudicateur entendait donc bien, lors de la rédaction de son cahier spécial des charges, que les soumissionnaires s'engagent sur l'ensemble des documents listés dans ce document;

- en page 16 de cette même 11^{ème} partie du cahier spécial des charges, la section G décrit les « documents et renseignements exigés par la 9^e partie du CSCh ». L'emploi du terme « exigés » corrobore encore la position de l'autorité de tutelle. L'article 7 de cette 11^{ème} partie décrit comme suit le document à remettre :
 - « Les tableaux fixant les garanties à donner telles que demandées à l'article 4 en 9^{ème} partie seront complétés par le Soumissionnaire et joints en section G. Ces garanties concernent :
 - a) la bonne exécution des travaux,
 - b) le fonctionnement des Installations :
 - les performances des installations,
 - les paramètres principaux d'exploitation des installations,
 - la disponibilité des installations.
- De plus, le Soumissionnaire reprendra dans cette section le mémoire décrivant les moyens à mettre en œuvre pour assurer la formation du personnel.
Le Soumissionnaire précise le personnel minimum et sa qualification pour assurer l'exploitation des installations ».

Elle déduit de ces éléments qu'Intradel entendait bien que tous les soumissionnaires remettent la note manquante chez Strabag à l'appui de leur offre. Elle en déduit également que ce document – sur lequel devait s'engager Strabag – constituait une partie intégrante de l'offre et qu'à défaut d'avoir remis ce document, Strabag ne s'est pas engagé sur son contenu (les performances et garanties) comme il aurait dû le faire.

Partant, elle estime que l'offre de Strabag n'était pas comparable à celle des autres soumissionnaires et devait donc être écartée. À tout le moins, selon elle, un doute existait quant à l'engagement complet de Strabag sur les exigences du cahier spécial des charges, ce qui suffit à justifier l'écartement de son offre. Elle fait valoir qu'en tenant compte de cette offre incomplète et douteuse quant à l'engagement de Strabag, Intradel rompt manifestement le principe d'égalité entre soumissionnaires

dès lors que tous les autres se sont engagés sur les éléments contenus dans la note manquante, au contraire de Strabag.

Elle fait valoir que le fait que Strabag a remis ce document le lendemain du dernier jour utile pour la remise des offres n'énervé en rien ce constat. Elle allègue qu'en appel d'offres, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas tenir compte de ce document remis tardivement et qu'il s'agirait en effet d'une violation manifeste du principe d'égalité entre soumissionnaires dès lors que Strabag aurait alors disposé d'un délai supplémentaire pour remettre son offre.

Elle relève qu'Intradel ne s'y est d'ailleurs pas trompée en tirant l'enseignement de l'arrêt du Conseil d'État n° 239.867 du 14 novembre 2017 et qu'elle a expressément refusé de tenir compte de ce document pour la comparaison des offres dans le cadre de la décision litigieuse.

Selon la partie adverse, l'affirmation de la requérante selon laquelle la note expresse ne fait que préciser des éléments techniques figurant dans d'autres documents de l'offre et ne modifie aucunement l'offre déposée est contredite par le libellé même du cahier spécial des charges et, en particulier, des extraits reproduits. Elle souligne que la requérante ne démontre d'ailleurs absolument pas de manière certaine que ce serait le cas et que tous les éléments qui devaient figurer dans cette note pouvaient être retrouvés par ailleurs et, surtout, que Strabag s'était engagé de manière non équivoque sur l'ensemble de ceux-ci en remettant son offre. Au contraire, la requérante revoit sa proposition de décision par rapport à la décision initiale de 2013 en retirant des éléments d'appréciation qui ressortaient du document manquant, ce qui démontre bien que l'engagement de Strabag ne pouvait être considéré comme complet en l'absence de ce document.

Par ailleurs, la partie adverse souligne qu'au cours de la procédure d'extrême urgence, Intradel a remis, à la demande de l'auditorat, un document décrivant si les éléments repris dans la note manquante figuraient également à d'autres endroits de l'offre et qu'il découle de ce document qu'au moins 57 éléments sur les 157 qui devaient figurer dans l'offre ne se retrouvaient pas à un autre endroit.

Elle en déduit que l'engagement de Strabag sur l'ensemble des éléments faisant partie du cahier spécial des charges n'est pas certain en l'absence du document en cause.

Par ailleurs, elle allègue que les éléments figurant dans le document

manquant ne peuvent pas non plus être considérés comme des clarifications de l'offre de Strabag dès lors qu'il y a engagement sur ces éléments, qui devaient donc faire partie intégrante de l'offre et qu'ajouter ces éléments par après constitue une modification de l'offre, qui n'est pas autorisée.

Elle estime que, dès lors que le document manquant consistait en un engagement de Strabag, l'absence de ce document induit un doute sur l'engagement de celle-ci sur l'ensemble des éléments requis par Intradel dans son cahier des charges.

Elle allègue qu'en considérant que l'offre de Strabag n'est pas viciée d'une cause d'irrégularité substantielle, Intradel viole l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 239.867 du 14 novembre 2017 par lequel la section du contentieux administratif confirme bien, à l'issue d'une procédure en annulation (et donc pas simplement *prima facie*), que le document manquant était essentiel pour procéder à la comparaison des offres et que son absence entraînait sans aucun doute possible l'irrégularité de l'offre de Strabag. Elle estime que l'autorité de chose jugée qui s'attache à cet arrêt aurait dû obliger Intradel à écarter l'offre de Strabag pour irrégularité substantielle.

Pour ce qui concerne les questions préjudicielles, la partie adverse considère que ces questions sont sans intérêt pour le litige car ce n'est pas le fait que l'offre ait été complétée spontanément qui pose problème en l'espèce mais bien le fait que l'offre ait été incomplète et que les éléments figurant dans la note manquante ne sont pas des précisions mais constituent bien une partie de l'engagement du soumissionnaire lequel, en conséquence, manquait. Selon elle, en aucun cas les dispositions permettant aux soumissionnaires de clarifier ou compléter leurs offres ne peuvent être interprétées comme permettant aux soumissionnaires de modifier leur offre ou de marquer leur engagement sur des éléments quant auxquels, comme en l'espèce, leur engagement n'était pas clair voire inexistant. Elle souligne que le but des prises de contact entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire après la remise des offres consiste à lever un doute quant à l'existence éventuelle d'une irrégularité affectant l'offre et que cette prise de contact ne peut conduire à couvrir une irrégularité.

Mémoire en intervention de Strabag

Strabag expose que son offre n'était pas tardive, malgré l'absence de la note expresse relative aux performances de fonctionnement, qui sera transmise le

30 mai 2012 à la partie requérante.

Elle soutient que, dans le cadre du recours en annulation ayant donné lieu à l'arrêt du 14 novembre 2017, le soumissionnaire non retenu ne soutenait d'ailleurs pas que l'offre était tardive, mais qu'elle était irrégulière.

Elle indique que le pouvoir adjudicateur, à plusieurs reprises, a sollicité des renseignements et documents complémentaires auprès des soumissionnaires par des courriers des 19 juin 2012, 17 septembre 2012, 3 décembre 2012 et 29 mars 2013. Elle souligne que les courriers du 17 septembre 2012 ont été adressés aux quatre soumissionnaires et mentionnent tous la question suivante : « 7. Bilan Carbone: afin de permettre la vérification et la comparaison des bilans, il est demandé aux soumissionnaires qui ne l'ont pas fait de présenter les tableaux comme demandé au cahier des charges- annexe 12 et non pas sous forme consolidé. Les données doivent être déversées dans le fichier Excel en attache et fournies sous forme électronique (4 fichiers séparés) avec une copie papier (...) ». Elle indique également que l'annexe 12 figurait toutefois parmi les documents listés comme devant être fournis par les soumissionnaires avec leur offre et exigés par la 2^{ème} partie du cahier spécial des charges, et que les documents demandés ont été remis par les différents soumissionnaires.

Elle relève qu'à la suite de l'arrêt du 14 novembre 2017, le pouvoir adjudicateur a décidé d'adopter une nouvelle décision d'attribution, en ne prenant pas en compte la note expresse relative aux performances de fonctionnement transmises le 30 mai 2012 à son initiative, et, que, après comparaison des offres, la partie requérante a estimé que c'était l'offre régulière la plus intéressante sur base des critères du cahier des charges.

Strabag estime que l'on n'aperçoit pas en quoi l'article 104, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 serait violé car cette disposition s'applique à l'offre, et non aux documents communiqués par les soumissionnaires à leur initiative ou à la demande du pouvoir adjudicateur, après le dépôt de l'offre et, qu'en l'espèce, il n'est pas contesté qu'à la date de l'ouverture des offres, quatre offres avaient été déposées, dont la sienne, en telle sorte que le motif retenu par l'acte attaqué repose sur une appréciation erronée des faits de la cause, ainsi que sur une application inexacte de l'article 104, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, sans que cette disposition soit pertinente pour évaluer la légalité de la prise en considération (ou non) d'une note transmise spontanément après le dépôt d'une offre déposée avant la date d'ouverture des offres.

Elle affirme que la conclusion à laquelle aboutit la partie adverse à la suite de la lecture de l'arrêt du Conseil d'État n° 239.867 du 14 novembre 2017 et sur laquelle elle se fonde pour adopter l'acte attaqué, repose sur une lecture inexacte de cet arrêt qui ne peut pas être compris comme devant impliquer que son offre doit être écartée au motif qu'elle serait tardive car son offre a été déposée avant l'ouverture des offres et que cette lecture de l'arrêt n'est en toute hypothèse pas possible au regard du libellé du moyen soulevé par le soumissionnaire non retenu dans le cadre de son recours en annulation. En effet, le soumissionnaire non retenu estimait, d'une part, que la note relative aux performances de fonctionnement avait été déposée tardivement et que sa prise en considération était donc contraire aux principes d'égalité de traitement, et d'autre part, qu'en l'absence de cette note, son offre devait être tenue pour irrégulière, cette note étant un document essentiel que les soumissionnaires étaient tenus de joindre à leur offre. Il n'était pas soutenu que son offre était tardive dans son ensemble.

Strabag estime dès lors qu'il ne pourrait être reproché à la partie requérante d'avoir, au mépris du principe d'égalité, pris cette offre en considération en écartant la note relative aux performances de fonctionnement et que toutes les offres non tardives devaient en effet être prises en considération par le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, elle reproche à l'acte attaqué de ne pas expliciter en quoi le principe d'égalité de traitement se trouverait violé en telle sorte que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sont violés.

Elle ajoute que, dans le cadre de l'examen des offres précédant l'adoption de la (seconde) décision d'attribution du marché litigieux, la partie requérante n'a pas eu égard à sa note relative aux performances de fonctionnement, que la situation à examiner par la partie adverse était donc radicalement différente de celle dont a eu à connaître la section du contentieux administratif et que l'arrêt du 14 novembre 2017 ne pouvait dès lors pas guider aveuglément la partie adverse dans le cadre de son analyse.

À titre subsidiaire, Strabag constate que, bien qu'elle estime que l'offre des parties intervenantes était irrégulière au motif qu'elle n'était pas complète en raison de l'absence de note relative aux performances de fonctionnement lors de son dépôt, la partie adverse admet, dans son mémoire en réponse, qu'aucune disposition légale ni réglementaire, ni aucune disposition du cahier spécial des charges ne frappe

automatiquement et expressément d'irrégularité substantielle l'absence de dépôt de cette note mais que ses arguments textuels ne sont pas pertinents. Elle cite des cas de documents manquants mais acceptés.

Strabag ajoute qu'il ne peut pas également être affirmé que son offre ne s'était pas engagée sur le contenu de la note relative aux performances de fonctionnement parce que les éléments déterminant la performance de fonctionnement étaient déjà annoncés dans d'autres documents composant son offre. Strabag conclut que, même en l'absence de prise en considération de la note relative aux performances de fonctionnement, la partie requérante pouvait estimer que l'association s'était bel et bien engagée sur les termes de leur offre, de sorte qu'aucun doute ne subsistait à ce propos, et que cette offre était régulière, et qu'elle pouvait valablement être comparée aux offres des autres soumissionnaires.

Pour ce qui concerne les questions préjudicielles, Strabag constate que l'avis de marché a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 20 décembre 2011 en telle sorte qu'il apparaît que la directive applicable *ratione temporis* était la directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dont le délai de transposition de cette directive expirait le 31 janvier 2006.

Mémoire en intervention du soumissionnaire non retenu

En premier lieu, le soumissionnaire non retenu fait valoir que la requérante n'expose pas en quoi l'article 13 de la directive 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux aurait été violé ni n'étaye davantage la violation des principes de bonne administration et d'équitable procédure en telle sorte que le moyen serait donc partiellement irrecevable.

En second lieu, il affirme que l'acte attaqué se conforme à l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 239 867 du 14 novembre 2017, qui est au contraire méconnue par la partie requérante dont ni la requête en annulation ni le mémoire en réplique n'abordent la question de l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'État, que la partie requérante fait comme si cet arrêt n'avait pas été prononcé, pour tenter de réexaminer l'offre de l'attributaire initial, la déclarer régulière et lui attribuer, une nouvelle fois, le marché en prétendant être fondée à exposer de nouveaux arguments de défense pour tenter de créer une sorte de procédure d'appel. Le soumissionnaire

non retenu considère qu'aux termes de l'arrêt précité, l'offre de l'attributaire initial est, simplement, irrégulière et ne pouvait donc pas entrer en ligne de compte pour la comparaison et qu'il suffit donc de constater que l'acte attaqué se fonde sur cet arrêt, pour justifier l'annulation, sans entrer dans la discussion faite par la partie requérante quant au contenu et à l'impact des documents et informations versés après l'ouverture des offres.

En substance, le soumissionnaire non retenu affirme que l'autorité absolue de chose jugée des arrêts du Conseil d'État est l'expression d'un principe général de droit et a été reconnue, avant tout, par le Conseil d'État, mais aussi par la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation.

Il allègue que la portée de l'arrêt d'annulation est claire : en l'absence de la note, la comparaison des offres ne pourrait pas être aussi effective de sorte que l'offre est irrégulière. Il estime que cette constatation a été faite à bon droit, eu égard au caractère substantiel que revêt ladite note. Il s'ensuit selon lui, qu'en considérant l'offre de Strabag comme régulière, la partie requérante a violé le principe général de droit d'autorité de la chose jugée des arrêts d'annulation du Conseil d'État.

Il ajoute que les deux questions préjudicielles proposées par la partie requérante ne doivent pas être posées car si la partie requérante estimait que les questions préjudicielles étaient nécessaires à la solution du litige, il lui appartenait de les poser au cours de la première procédure, *quod non*, d'autant plus que les questions préjudicielles postulées ne sont, en aucune façon, utiles à la solution du litige, le litige étant en effet résolu en se tenant au respect intégral de l'autorité de chose jugée de l'arrêt n° 239.867 qui interdit au pouvoir adjudicateur de tenir l'offre de Strabag pour régulière et, par conséquent, de lui attribuer le marché.

À titre subsidiaire, le soumissionnaire non retenu soutient à nouveau que l'offre de Strabag était incomplète au moment ultime de dépôt des offres et, partant, frappée d'une irrégularité substantielle, qu'il ressort du rapport d'attribution que Strabag a complété son offre le lendemain de la séance d'ouverture des offres et que la requérante en a tenu compte malgré le dépôt tardif, que l'affirmation du rapport d'attribution selon laquelle Strabag a complété spontanément son offre en envoyant au pouvoir adjudicateur, le 30 mai 2012, par courriel, le document demandé et confirmé par courrier officiel le 1^{er} juin 2012, démontre que l'offre de Strabag n'était pas complète au moment de l'ouverture des offres. Il soutient que les documents du marché déterminent que cette note constituait un élément substantiel que les soumissionnaires étaient tenus de joindre à leur offre.

Le soumissionnaire non retenu expose que, si aucune exigence du cahier spécial des charges n'est prévue à peine de nullité, le caractère substantiel de la note expresse est à déduire de l'importance des éléments exigés par cette note et que le contenu de cette note expresse est extrêmement important puisqu'il concerne un engagement du soumissionnaire par rapport à l'exécution du marché sur nombre de points.

Mémoire en réplique

La requérante réplique que l'argumentation de la partie adverse entre en contradiction avec les pièces du dossier car différents éléments sont en effet bel et bien prescrits à peine de nullité par le cahier spécial des charges, dont notamment la mention de la prise en compte des avis rectificatifs, les options et une attestation de concordance de l'offre aux documents du marché et en conclut qu'elle avait bien distingué les pièces qui lui semblaient revêtir une importance particulière dans le cadre de la comparaison des offres, pièces dont elle a prescrit le dépôt sous peine de nullité.

Elle soutient que tel n'a pas été le cas pour la note litigieuse, et pour cause puisqu'elle n'était pas nécessaire pour permettre une comparaison adéquate des offres en renvoyant au tableau demandé par l'auditeur à l'occasion de l'examen de l'affaire en suspension et aux exemples concrets cités dans son recours que la partie adverse passerait volontairement sous silence.

Elle conteste également qu'en l'absence du document litigieux, Strabag ne se serait pas engagée sur le contenu de son offre (notamment les performances et les garanties). Elle affirme que cette position n'est pas exacte dès lors que Strabag ne devait pas s'engager précisément sur ce document mais uniquement sur le cahier spécial des charges et les conditions du marché et que l'offre de Strabag ne pouvait être modifiée par la note litigieuse. Elle allègue que l'engagement initial des soumissionnaires (portant sur l'ensemble du marché) est nécessairement et indubitablement établi, même en l'absence de la note qui ne peut, en raison précisément de sa portée et de son contenu, être réputée constituer une partie distincte et spécifique de l'offre comme l'affirme la partie adverse.

S'agissant de l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'arrêt d'annulation n° 239.867 du 14 novembre 2017, la partie requérante indique qu'elle ne partage pas l'interprétation de la partie adverse selon laquelle cet arrêt et ses motifs décisifs

n'impliquent aucune obligation pour cette dernière de déclarer l'offre de Strabag irrégulière. Elle observe que la direction des marchés publics et du Patrimoine de la Région wallonne a elle-même refusé de prendre position quant à l'interprétation à donner à l'arrêt d'annulation tant le doute est permis et que c'est précisément dans le but de tenir compte de l'arrêt précité que la partie requérante a écarté la note litigieuse et n'en a tenu aucun compte dans le cadre de la cotation des offres. La partie requérante affirme que le Conseil d'État a dit pour droit qu'en admettant de prendre en compte la note litigieuse tout en déclarant l'offre de Strabag régulière, Intradef avantageait cette association momentanée en lui permettant de disposer d'un délai de préparation plus long que celui de ses concurrents alors que ces circonstances factuelles qui ont donné lieu au prononcé de l'arrêt d'annulation ne sont donc plus rencontrées puisqu'en l'espèce, il n'a pas été tenu compte de la pièce déposée tardivement par Strabag.

La requérante soutient que le Conseil d'État n'a pas non plus eu l'occasion d'examiner la situation au regard des dispositions de droit européen qui lui sont applicables et de la jurisprudence qui en découle et qu'elle ne peut, sur ce point, adhérer à l'affirmation selon laquelle les questions préjudicielles suggérées ne présenteraient pas d'intérêt pour le litige car elle estime avoir longuement démontré ci-dessus que l'absence de la note litigieuse ne constituait pas une cause d'irrégularité substantielle, de sorte qu'elle a légalement pu attribuer le marché litigieux à Strabag.

A titre subsidiaire, elle invite le Conseil d'État à interroger la Cour de Justice de l'Union européenne, à titre préjudiciel, afin de déterminer si cette disposition ou les principes généraux de droit européen, dont le principe général d'égalité ainsi que les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur déclare une offre recevable lorsqu'un soumissionnaire complète son offre après la date d'ouverture des offres, en particulier dans l'hypothèse où ce complément n'est pas pris en compte par le pouvoir adjudicateur en reproduisant les questions préjudicielles contenues à la requête.

Dernier mémoire de la requérante

Dans son dernier mémoire, la requérante expose les raisons pour lesquelles la réfection de la décision d'attribution du 28 novembre 2013 n'est pas impossible. Elle rappelle que la réfection est impossible lorsque l'illégalité à l'origine de l'annulation ne peut être corrigée, ce qui n'est, selon elle, pas le cas en l'espèce. Elle expose en effet qu'elle ne peut se voir opposer aucune « impossibilité matérielle

ou juridique de reprendre un acte à la place de celui qui a été annulé » (selon les termes de P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Larcier, Bruxelles, 2016 p. 550). Elle en conclut qu'elle a bien, intérêt au recours et au moyen.

Sur le fond du moyen, elle rappelle que l'autorité de chose jugée de l'arrêt d'annulation s'attache à son dispositif, ainsi qu'aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire mais qu'elle n'interdit pas nécessairement toute réfection de l'acte annulé. Elle prétend avoir précisément tiré les enseignements de l'arrêt d'annulation en décidant d'écarter en conséquence la note litigieuse, dans le cadre de sa décision de réfection du 22 février 2018. Elle estime que cette circonstance nouvelle aurait dû être prise en compte dès lors qu'elle implique de suivre un raisonnement juridique distinct. Elle souligne qu'elle n'a entendu en aucune manière refaire un « procès » à l'arrêt d'annulation antérieur.

Au regard de ce qui précède et du raisonnement suivi dans la décision annulée par l'acte attaqué, la requérante persiste à penser que ni l'arrêt d'annulation n° 239.867 du 14 novembre 2017 ni ses motifs décisifs n'impliquent l'obligation pour la partie adverse de déclarer l'offre de Strabag irrégulière. Elle souligne que la Direction des marchés publics et du Patrimoine de la Région wallonne a elle-même refusé de prendre position quant à l'interprétation à donner à l'arrêt d'annulation tant le doute est permis (mémoire en réponse, p. 7).

Elle relève que le Conseil d'État a dit pour droit qu'en admettant de prendre en compte la note litigieuse tout en déclarant l'offre de Strabag régulière, Intradel avantageait cette association momentanée en lui permettant de disposer d'un délai de préparation plus long que celui de ses concurrents. Elle souligne que ces circonstances factuelles - qui ont donné lieu au prononcé de l'arrêt d'annulation - ne sont plus rencontrées en l'espèce et que la partie adverse devait en tenir compte. Elle souligne qu'elle n'a précisément pas tenu compte de la pièce déposée tardivement par l'association momentanée des sociétés Strabag Belgium SA – Strabag Umweltanlagen SPRL et qu'il en résulte qu'elle a neutralisé toute possibilité d'avantager ce soumissionnaire.

Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse allègue qu'il est communément admis sur le plan doctrinal que la réfection d'un marché public déjà exécuté est impossible. Elle en déduit qu'elle pouvait décider de l'annulation de la seconde décision d'attribution et que l'acte attaqué n'est donc pas entaché d'illégalité.

Elle expose que l'autorité de chose jugée de l'arrêt du 28 novembre 2013 porte donc non seulement sur le caractère essentiel de la date de remise des offres mais également sur le caractère essentiel du document manquant. Dès lors que la note en question revêtait un caractère essentiel, la partie adverse estime que la requérante, en tant que pouvoir adjudicateur ne pouvait également en faire fi comme elle l'allègue. Elle souligne en effet qu'un arrêt d'annulation interdit à l'autorité dont l'acte a été annulé de reprendre le même acte sans corriger l'irrégularité qui a entraîné l'annulation.

En ce qui concerne les questions préjudicielles, la partie adverse fait sienne l'analyse de M. l'auditeur général adjoint, selon laquelle « d'une part, l'article 13 de la directive 93/37/CEE du conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux n'est pas en cause dans la présente affaire et, d'autre part, la question juridique à trancher ne réside pas dans une question relative à l'interprétation du droit de l'Union mais bien dans la question de la réfection d'une décision d'attribution après annulation et à l'autorité de chose jugée des arrêts d'annulation du Conseil d'État ». Elle considère que les questions préjudicielles sont dépourvues de pertinence, qu'elles ne sont pas utiles en vue de la résolution du litige et qu'il n'y a donc pas lieu de les poser.

Dernier mémoire de Strabag

Les première et deuxième requérantes en intervention se réfèrent aux écrits de la partie requérante quant à l'intérêt de cette dernière à l'annulation de l'acte attaqué.

Selon Strabag, il ne saurait y avoir autorité de chose jugée, le Conseil d'État n'ayant pas eu à se prononcer sur la situation à laquelle la partie adverse était confrontée, ni sur une situation identique, la situation en la présente affaire étant radicalement différente de celle qui lui avait été soumise à propos de la première décision d'attribution. En effet, dans le cadre de l'examen des offres précédant l'adoption de la première décision d'attribution du marché litigieux, la requérante avait pris en considération la note relative aux performances de fonctionnement remise par les parties intervenantes et c'est la prise en considération de ce document jugé tardif qui constituait l'illégalité critiquée par le Conseil d'État; en revanche, dans le cadre de l'examen des offres précédant l'adoption de la seconde décision d'attribution du marché litigieux, la requérante n'a pas eu égard à la note relative aux performances de fonctionnement remise par les première et deuxième requérantes en

intervention. Strabag considère donc que la présente situation est une situation nouvelle, non couverte par l'autorité de chose jugée, la requérante n'ayant pas commis la « même illégalité », à savoir la prise en considération d'un document jugé tardif, lors de la nouvelle décision d'attribution.

Strabag expose qu'il résulte des motifs indissolublement liés au dispositif de l'arrêt d'annulation que la requérante ne pouvait pas considérer son offre comme régulière tout en tenant compte de la note relative aux performances de fonctionnement et qu'en revanche, le Conseil d'État n'a pas statué sur la question de savoir si le pouvoir adjudicateur pouvait considérer l'offre de Strabag comme régulière, à condition qu'il écarte la note relative aux performances de fonctionnement, cette situation n'ayant pas été soumise au Conseil d'État. L'acte attaqué repose donc sur une lecture inexacte de l'arrêt d'annulation, lequel n'a pas autorité de chose jugée sur la situation soumise à la partie adverse lors de l'adoption de la seconde décision d'attribution.

Par ailleurs, Strabag se réfère au mémoire en intervention, dans lequel il est exposé en quoi l'acte attaqué est illégal tant en fait qu'en droit : l'offre Strabag a été déposée dans les délais, à l'exception de la note litigieuse (§§ 4-5), et il n'y a pas eu de violation du principe d'égalité entre soumissionnaires dans la mesure où la note relative aux performances de fonctionnement n'a pas été prise en considération (§§ 6- 8).

Strabag souligne que dans son arrêt n° 244.541 du 17 mai 2019, le Conseil d'État a encore confirmé que l'absence de dépôt d'un document (une « note méthodologique »), même exigé par les documents de marché, ne constitue pas nécessairement une irrégularité substantielle. Il confirme également que le pouvoir adjudicateur était en droit d'inviter le soumissionnaire à compléter son offre en produisant cette note méthodologique. Sont soulignés les éléments suivants :

- l'absence de la note relative aux performances de fonctionnement n'affecte pas nécessairement l'offre d'une irrégularité substantielle;
- en l'espèce, l'absence de la note n'affecte pas l'existence, ni le caractère certain ou complet, de l'engagement des première et deuxième requérantes en intervention quant à la réalisation de l'unité de biométhanisation dans les conditions prescrites par les documents du marché, ce qu'atteste le dépôt de son offre;
- l'évaluation et la comparaison des offres devaient être effectuées sur la base de critères d'attribution dont la mise en œuvre pouvait parfaitement se faire sans utilisation de la note relative aux performances de fonctionnement (comme démontré par les faits). Cette note figure en effet parmi la liste des « documents

justificatifs et explicatifs » que les soumissionnaires devaient fournir. Il s'agit d'une note récapitulative, et les éléments déterminant la performance de fonctionnement étaient déjà annoncés dans d'autres documents composant l'offre des parties intervenantes, comme il a été démontré par la partie requérante et les première et deuxième requérantes en intervention dans leurs précédents écrits.

Il est également relevé que lorsque la nullité n'est pas expressément prévue par le cahier des charges (comme en l'espèce), « le pouvoir adjudicateur apprécie discrétionnairement l'importance des irrégularités, le juge se bornant à s'assurer du caractère raisonnable de cette appréciation et, surtout, de ce qu'elle a été exercée avec la même indulgence – ou la même sévérité – à l'égard de tous les concurrents ». En l'espèce, Strabag affirme que la partie requérante a traité de manière similaire tous les soumissionnaires en ce qui concerne les éventuels documents manquants, en sollicitant à plusieurs reprises des renseignements et documents complémentaires auprès des soumissionnaires, notamment un document figurant parmi les documents explicatifs et justificatifs listés comme devant être fournis par les soumissionnaires avec leur offre (i.e. « les renseignements requis par l'Annexe 12 dans le cadre de l'évaluation de l'impact environnemental (bilan carbone, indicateurs environnementaux) et social (indicateurs sociaux) »).

S'agissant des questions préjudicielles, Strabag expose que l'avis de marché a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 20 décembre 2011 et qu'il apparaît dès lors que la directive applicable *ratione temporis* était la directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, le délai de transposition de cette directive ayant en effet expiré le 31 janvier 2006, ce qui n'empêche pas que les questions suggérées présentent un intérêt certain à la solution du litige, dans la mesure où la question ne se limite pas à une question d'autorité de la chose jugée.

Dernier mémoire du soumissionnaire non retenu

Dans son dernier mémoire, le soumissionnaire non retenu expose d'abord les motifs pour lesquels il faut considérer que la réfection de la décision d'attribution du 28 novembre 2013 était impossible. Il estime qu'attribuer un marché sur la base d'une offre dont le délai de validité a expiré depuis plusieurs années, comme le fait Intradel, démontre le caractère artificiel de la seconde décision d'attribution. Il en déduit que la seule motivation de la réfection de la décision d'attribution du marché n'est pas le rétablissement de la légalité, mais bien la volonté d'échapper à la

condamnation aux dommages et intérêts devant les juridictions résultant de l'attribution irrégulière du marché, de sorte que, dans ces circonstances, l'autorité de tutelle a, à bon droit, pu annuler la décision d'Intradel du 22 février 2018.

Il expose ensuite qu'il résulte de la lecture de l'arrêt n° 239.867 du 14 novembre 2017 qu'il est établi qu'Intradel a violé les articles 104, § 2, et 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, qui lui imposaient d'agir d'une manière bien déterminée, c'est-à-dire de constater l'illégalité de l'offre de Strabag en raison de son dépôt tardif et, en conséquence, de l'écarter. Il en conclut qu'Intradel n'a pu, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du 14 novembre 2017, considérer que l'offre de Strabag n'était pas affectée d'une irrégularité substantielle et que l'autorité de tutelle a donc pu, à bon droit, annuler la décision d'Intradel du 22 février 2018 d'attribuer le marché.

Quant aux questions préjudicielles, il est exposé qu'elles ne sont pas utiles à la solution du litige, dès lors qu'elles partent d'une prémisse, omise dans leur énoncé et inexacte en droit, selon laquelle les documents initialement manquants ne seraient pas substantiels.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

À la suite de l'annulation prononcée par l'arrêt n° 239.867 du 14 novembre 2017, la requérante a adopté, le 22 février 2018, une nouvelle décision attribuant à nouveau le marché à Strabag. La motivation de cette décision indique qu'afin de « tenir compte » de l'arrêt précité, la note expresse déposée spontanément par ce soumissionnaire après la date ultime prévue pour le dépôt des offres, « n'a pas été prise en compte », aucune disposition du cahier spécial des charges n'érigeant l'absence de cette note en irrégularité absolue. Ainsi, la cotation des offres a été revue en excluant ladite note de l'analyse.

La partie adverse a annulé cette décision le 8 mai 2018. Il s'agit de l'acte attaqué, lequel reproduit de larges extraits de la motivation de l'arrêt n° 239.867 et considère qu'il en résulte que l'offre déposée par Strabag aurait dû être écartée sur la base des articles 104, § 2, et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Constatant que « tel n'est pas le cas, le pouvoir adjudicateur se contentant simplement d'écarter la note expresse transmise spontanément par le soumissionnaire retenu », l'acte attaqué en conclut qu'en agissant de la sorte, Intradel « n'a pas respecté le prescrit des articles 104, § 2, de l'Arrêté Royal du 08 janvier 1996 [...] ni le principe général

relatif à l'égalité de traitement entre soumissionnaires ».

La requérante fait valoir, en substance, que le dépôt de la note expresse n'était ni prescrit à peine de nullité ni indispensable pour la comparaison des offres et que l'offre de l'attributaire était donc régulière.

Les motifs de l'annulation de la décision d'attribution du 28 novembre 2013 peuvent être synthétisés comme suit :

- la date d'ouverture des offres avait été fixée au 29 mai 2012;
- la note expresse imposée par le cahier spécial des charges et qui fait partie intégrante de la section G de l'offre n'a été transmise par Strabag que le 30 mai 2012, par courrier électronique, et le 31 mai 2012, par courrier postal;
- la prescription des documents du marché qui fixe la date d'ouverture des offres doit être considérée comme une prescription essentielle au sens de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;
- l'offre introduite tardivement est affectée d'une irrégularité substantielle imposant au pouvoir adjudicateur de l'écarter;
- dans ces circonstances, la partie adverse n'a pas pu considérer l'offre des intervenantes comme régulière et susceptible d'entrer en ligne de compte en vue de la comparer avec les autres offres, sans méconnaître plusieurs des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, au premier rang desquels figure le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Dans son arrêt n° 239.867 du 14 novembre 2017, le Conseil d'État énonce notamment que « sauf à priver de sens l'exigence de dépôt des offres dans le délai prescrit et à compromettre la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit, force est de considérer qu'elle s'étend à toutes les composantes de l'offre, particulièrement aux documents qui ont été exigés par le pouvoir adjudicateur et doivent être établis pour permettre une meilleure comparaison des offres, de sorte que la transmission d'une de ces composantes après qu'ait été déclarée ouverte la séance d'ouverture des offres a pour effet que l'offre doit, en règle, être tenue pour tardive ». Il précise que « tel est bien le cas de la note expresse dont l'importance en vue de procéder à une meilleure comparaison des offres ne peut être contestée, sauf à priver de sens l'obligation faite aux soumissionnaires de l'établir et de la joindre à leur offre ».

Il résulte des motifs indissolublement liés au dispositif de l'arrêt d'annulation que la note expresse est une composante importante de l'offre et que le pouvoir adjudicateur devait déclarer cette offre tardive dès lors que ladite note avait été transmise après l'expiration du délai de dépôt des offres. Il s'ensuit que le fait de

ne pas tenir compte de la note expresse en l'excluant de l'analyse pour la cotation des offres n'est pas de nature à purger le vice affectant l'offre dans sa globalité.

C'est donc à bon droit que la partie adverse a considéré qu'en « se contentant simplement d'écarter la note expresse transmise spontanément par le soumissionnaire retenu », le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté le prescrit de l'article 104, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Ce motif suffit à justifier la légalité de l'acte attaqué, sans qu'il soit besoin d'examiner l'argumentation de la requérante tendant à soutenir que le dépôt tardif de ladite note n'a pas pour effet d'affecter la régularité de l'offre. En effet, cette argumentation tend à remettre en cause ce qu'a décidé le Conseil d'État par son arrêt n° 239.867, dont Intradel doit respecter l'autorité de chose jugée.

Il s'ensuit également qu'il n'y a pas lieu de poser les questions préjudicielles suggérées par la requérante. La réponse à ces questions serait en tout état de cause sans incidence sur l'issue du présent litige.

Le moyen n'est pas fondé.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure liquidée à son montant de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande et de lui accorder une indemnité de procédure de 770 euros.

VII. Confidentialité

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure, il n'y a plus lieu de statuer sur les demandes de confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Strabag Belgium et la société de droit allemand Strabag Umwelttechnik GmbH est accueillie.

La requête en intervention introduite par la SA CFE, la société de droit français Vinci Environnement et la SA Cegelec est accueillie.

Article 2.

La requête en annulation est rejetée.

Article 3.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Les première, deuxième, troisième, quatrième et cinquième parties intervenantes supportent chacune le droit de 150 euros lié à leur intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 27 septembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Imre Kovalovszky,
Marc Joassart,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État
conseiller d'État
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky