

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

n° 259.710 du 13 mai 2024

A. 241.683/VI-22.795

En cause : **la société à responsabilité limitée LOISEAU**,
ayant élu domicile chez
M^e François BELLEFLAMME, avocat,
boulevard Brand Whitlock 114 bte 12
1200 Bruxelles,

contre :

la ville de Liège, représentée
par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^e Julie BOCKOURT, avocat,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 avril 20214, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la délibération du collège communal de la partie adverse du 22 mars 2024, par laquelle la s.a. Etablissements Maurice Wanty est désignée adjudicataire d'un marché public de travaux de démolition de bâtiment, décision qui a été communiquée à la requérante par un courrier de la partie adverse daté du 28 mars 2024 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 avril 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 avril 2024.

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

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

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Mathieu de Mûelenaere, *loco* M^e François Belleflamme, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Julie Bockourt, avocate, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits

La partie requérante relate les faits de la cause comme il suit :

« 1. Le 28 novembre 2023, la Ville de Liège a publié un avis de marché pour un marché public de travaux.

L'objet du marché portait sur la démolition de bâtiments (en deux tranches), situé rue de la Station 23 – Quai Henri Borguet à 4032 Liège (Chênée).

Comme il était prévu par le cahier spécial des charges, le marché devait être octroyé suivant la procédure négociée directe avec publication préalable.

La première tranche était une commande ferme et la deuxième tranche était une commande conditionnelle, subordonnée à la disposition d'un support financier par la Ville de Liège. Le délai qui pourrait séparer les deux tranches n'était pas déterminé.

La première tranche comprenait principalement des travaux préparatoires, le démontage et l'évacuation d'éléments en amiante, les travaux de démolition proprement dits et enfin l'aménagement des abords.

Le pouvoir adjudicateur choisirait l'offre la plus avantageuse sur base du critère prix, en tenant compte du montant total options obligatoires comprises, proposé pour les deux tranches. Il se réservait le droit d'attribuer le marché sans mener de négociation.

Les soumissionnaires devaient obligatoirement participer à une visite des lieux.

Les clauses techniques, détaillées dans une partie 4*bis* du cahier spécial des charges, comprenaient notamment une partie 3.5 relative au "Retrait des applications en amiante". Suivant le cahier spécial des charges, le mesurage de ce poste était "au forfait". Le Cahier spécial des charges – partie 4*bis* – énonçait :

“ 3.5 RETRAIT DES APPLICATIONS EN AMIANTE

Ce poste comprend les retraits des applications en amiante reprises à l'inventaire visuel et décrites ci-dessous suivant le poste 3.5.1 Généralités.

Concerne : Retrait des applications en amiante Tranche 1

Mesurage : Forfait

3.5.1 GENERALITES

Obligations à respecter :

L'entreprise adjudicataire, de par sa compétence professionnelle, est sensée connaître et tenue d'appliquer la législation dans sa totalité. Citons entre autres, les documents suivants, dont les obligations seront scrupuleusement respectées :

- le Titre 3 du Livre VI du Code du Bien-être au travail relatif à la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à l'amiante,
- l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 juillet 2003 déterminant les conditions intégrales et/ou sectorielles relatives aux chantiers d'enlèvement et de décontamination de bâtiments ou d'ouvrages d'art contenant de l'amiante et aux chantiers d'encapsulation de l'amiante,
- l'arrêté de l'Exécutif régional wallon du 9 avril 1992 relatif aux déchets dangereux,
- l'arrêté du Gouvernement Wallon du 23 novembre 2006 déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de stockage temporaire de déchets dangereux (M.B. du 12 décembre 2006),
- les directives européennes dont l'arrêté royal du 16 mars 2006 est la transposition en droit belge (directive 83/477/CEE du conseil du 19 septembre 1983 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante au travail, modifiée par la directive 91/382/CEE du conseil du 25 juin 1991, par la directive 98/24/CE du conseil du 07 avril 1998 et par la directive 2003/18/CE du parlement européen et du conseil du 27 mars 2003).

Ces obligations, qui reprennent les impositions de base du métier, ainsi que les exigences particulières dictées par le maître d'ouvrage, sont à compléter par les impositions particulières du permis d'environnement et de ses annexes ainsi que celles dictées par un organisme tel le contrôle du bien-être au travail du SPF. Ces impositions seront à prendre impérativement en compte.

Méthode de travail :

Pour rappel, pour l'enlèvement de l'asbeste et des matériaux contenant de l'amiante, 3 méthodes sont théoriquement applicables selon le type de matériau et sa structure :

- les travaux en zone confinée complète, pour le retrait de l'amiante non lié ou l'amiante lié qui doit être cassé lors du retrait ;
- les travaux en sacs manchons (dénommés sacs à gants dans le permis d'environnement) à l'intérieur d'une zone semi-confinée ou d'une zone balisée ; selon l'article 57 de l'A.R. du 16/03/06, cette méthode est dorénavant limitée au retrait à l'air libre de l'isolant autour de tuyaux selon des conditions strictes (diamètre, température, état de l'isolant, accessibilité) précisées dans ce même article ;
- les travaux en zone balisée, pour l'amiante lié qui peut être retiré par démontage. La méthode sera déterminée par l'entrepreneur pour le retrait de chaque application.

Travaux en zones confinées :

Dans le cas où la méthode de travail nécessiterait l'installation d'une zone confinée, celle-ci devra être intégralement comprise dans le coût de retrait des

éléments concernés. Seront notamment compris : la création de la zone, des sas, du traitement des eaux, des systèmes d'extraction. De même, toutes les mesures de concentration d'air en fibres d'asbeste et des eaux usées doivent être comprises dans le coût des retraits, y compris les mesures libératoires.

Inspection visuelle :

Le fonctionnaire dirigeant se réserve le droit de redemander un nettoyage complet si un doute subsiste suite à l'inspection visuelle.

Travaux en zones balisées :

Les coûts de l'installation de chantier de balisage sont à comprendre dans le coût des retraits.

Gestion des déchets :

Pour les déchets d'amiante et matériaux contaminés par l'amiante, l'entrepreneur se conformera aux prescriptions légales en vigueur lors de l'exécution des travaux et selon les impositions particulières du permis d'environnement.

Sont considérés comme déchets d'amiante et matériaux contaminés :

- l'asbeste,
- les Matériaux Contenant de l'Asbeste (MCA),
- les EPI (équipements de protection individuelle) et EPC (équipements de protection collective) utilisés pour les travaux de désamiantage,
- les matériaux qui ont été en contact avec des fibres d'asbeste ou qui ont été contaminés par des fibres d'asbeste et qui ne peuvent pas être décontaminés à la sortie de la zone de travail,
- le matériel qui a été utilisé dans la zone de travail et qui ne peut pas être décontaminé.

Les déchets contaminés seront évacués régulièrement du chantier. Ils seront transportés exclusivement par un transporteur ou collecteur agréé en vertu de l'arrêté de l'Exécutif régional wallon du 9 avril 1992 relatif aux déchets dangereux.

Les coûts liés à la mise en décharge et à la gestion des déchets doivent être comptabilisés dans le coût des postes de retrait. De même, les feuilles plastique d'emballage des matériaux avant leur mise en décharge doivent être comptabilisées.

Concerne :

Généralités – Retrait des applications en amiante

Tranche 1

Tranche 2

Mesurage : Pour mémoire

3.5.1.1 RETRAIT DES CONDUITES EN FIBROCIMENT

Ce poste comprend le retrait de descentes pluviales et décharges (extérieures ou intérieures), y compris les accessoires (regards, coudes etc.) et les accessoires de fixation.

Concerne :

Tranche 1

- Conduites d'écoulement en fibrociment de type Eternit
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 06, p.10, Aldi – Réserve
- Conduites d'écoulement en fibrociment de type Eternit
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 07, p.12, Trafic – Ancien grand frigo
- Conduites d'écoulement en fibrociment de type Eternit
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 08, p.12, Trafic – Local ancien groupe de secours
- Conduites d'écoulement en fibrociment de type Eternit
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 10-11, p.13, Trafic – Réserve
- Conduites d'écoulement en fibrociment de type Eternit
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 14, p.16, Chauffage centrale – Local Filtre HVAC
- Conduites d'écoulement en fibrociment de type Eternit
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 15, p.17, Chauffage centrale – Couloir chauffage (côté local du fond)

Mesurage : Quantité présumée - au mètre courant de descentes pluviales et décharges. Les accessoires (coudes, « T », ...) comptent pour un mètre.

3.5.1.2 RETRAIT DES PLAQUES NON-LIES

Ce poste comprend le retrait de plaques et panneaux de cloisons intérieures en amiante non lié (exemple pical), y compris les accessoires de fixation. Ce poste comprend également le nettoyage minutieux du substrat obtenu après enlèvement (ossature bois, ...) afin d'enlever toute trace de colle ou autre résidu.

Concerne :

Tranche 1

- Plaque friable sous fenêtre en dépôt
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 09, p.12, Trafic – Local ancien groupe de secours
- Plaque ignifuge pourtour chambranle (portes battantes accès magasin) Voir inventaire visuel FIBRECOUN, pas de photo, p.13, Trafic – Réserve
- Plaque ignifuge pourtour chambranle
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 16, p.17, Chauffage centrale – Couloir chauffage (côté local du fond)

Mesurage : Quantité présumée – au mètre carré

3.5.1.3 RETRAIT DES PLAQUE LIES

Ce poste comprend le retrait de plaques et panneaux de cloisons intérieures en amiante lié (exemple glasal), y compris les accessoires de fixation. Ce poste comprend également le nettoyage minutieux du substrat obtenu après enlèvement (ossature bois, ...) afin d'enlever toute trace de colle ou autre résidu.

Concerne :

Tranche 1

- Plaque en fibrociment de type Glasal au niveau de la porte
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 02, p.8, Restaurant – Hall d'entrée
- Plaque en fibrociment de type Glasal présent sous les fenêtres
Voir inventaire visuel FIBRECOUN, photo 03, p.8, Restaurant – Salle de restaurant

Mesurage : Quantité présumée – au mètre carré

3.5.1.4 RETRAIT DE CLAPET COUPE FEU

Ce poste comprend le retrait de plaque ignifuge clapet coupe-feu.

Concerne :

Tranche 1

- Plaque ignifuge clapet coupe-feu dessus porte

Voir inventaire visuel FIBRECOUNT, photo 01, p.7, Restaurant – local cuisine

Mesurage : Quantité présumée – à la pièce

3.5.1.5 RETRAIT DE CALORIFUGE DE TUYAUTERIES

Ce poste comprend le retrait de calorifuges de tuyauteries. Le calorifuge sera retiré dans sa totalité. Toutes les couches seront éliminées et la tuyauterie sera nettoyée parfaitement afin qu'aucune fibre n'y reste accrochée.

Concerne :

Tranche 1

- Calorifuge

Voir inventaire visuel FIBRECOUNT, photo 13, p.16, Chaufferie centrale – Chaufferie

Mesurage : Quantité présumée – au mètre courant de calorifuge 3.5.1.6

3.5.1.6 RETRAIT DE CORDE EN DÉPÔT

Ce poste comprend le retrait de stock de matériaux tout venant contenant de l'amiante tel que les cordes.

Concerne :

Tranche 1

- Corde en dépôt

Voir inventaire visuel FIBRECOUNT, photo 10, p.16, Chaufferie centrale – Sas entrée chaufferie

Mesurage : Quantité présumée – à la pièce

3.5.1.7 RETRAIT DE TOLE ONDULEE EN TOITURE

Ce poste comprend le retrait de plaques ondulées de toiture, y compris le retrait des éléments de fixation (clous, vis, boulons...) et les éléments tels que faitage, arêtiers, noues, plaques translucides etc.

Concerne :

Tranche 1

- Plaques ondulées en fibrociment de type Eternit

Voir inventaire visuel FIBRECOUNT, photo 17, p.18, Chaufferie centrale – Toiture

Mesurage : Quantité présumée – au mètre carré”.

2. Les offres, déposées électroniquement sur la plateforme e-Procurement, ont été ouvertes le 22 décembre 2023. Huit sociétés avaient soumissionné.

3. Après examen, il a été constaté que tous les soumissionnaires pouvaient être sélectionnés.

La régularité des offres a été vérifiée.

Diverses erreurs ont été corrigées.

4. Dans le cadre de la vérification du caractère normal des prix, le pouvoir adjudicateur a écrit le 1^{er} février 2024 à la srl Loiseau. Il l'invitait notamment à justifier son prix par rapport au point 3.5 de la tranche 1 "Retrait des applications en amiante" :

“ Dans le cadre du marché repris sous objet, il vous est demandé de préciser et de décortiquer, au plus tard dans les 6 jours de calendrier, les prix des postes suivants :

- (...)
- T1/3.5 Retrait des applications en amiante”.

Par courriel du 6 février 2024, la srl Loiseau a répondu :

“

-Tranche 1 poste 3.5 retrait des applications en amiante pour la somme de **853,60 € HTVA après application du rabais accordé de 3 %.**

Comme signalé dans votre cahier des charges, nous avons participé à la visite obligatoire du chantier avant d'établir notre offre, et ce afin de tenir compte des difficultés et de l'ensemble des contraintes liés à ce dossier.

Nous avons examiné l'inventaire amiante datant de 2007 établi par Fibercount qui fait partie des documents du dossier de soumission.

Cet inventaire est aussi antérieur aux inondations de juillet 2021.

Nous avons constaté que les ouvrages à démolir avaient été vidés de leur contenu, qu'au niveau de la chaufferie l'ensemble de l'installation avait disparu, y compris les tuyauteries enrobées de calorifuges. Que des éléments en dépôt selon l'inventaire avaient probablement été emporté par les flots. Qu'au niveau de la cuisine des transformations avaient eu lieu et que des éléments répertoriés en 2007 n'existaient plus.

Les piliers avec coffrage perdu en amiante ciment, soutenant la dalle surplombant la Vesdre, repris dans l'inventaire, doivent eux rester en place pour pouvoir préserver et conserver cette dalle.

Nous avons dès lors comptabilisé uniquement l'enlèvement de ce qui est toujours en place après les inondations et les transformations des lieux après 2007.

Main d'œuvre : ouvriers spécialisés et formés	16h00 X 45,00 =	720,00 €
EPI amiante (masque salopette pour 2 personnes)	2 X 30,00 =	60,00 €
Déchets estimés à 408 kg X 0,18 € =		<u>73,60 €</u>
<u>Montant forfaitaire comprenant la marge bénéficiaire et une intervention dans le respect des règles de sécurité =</u>		853,60 €

Nous vous rappelons que nous possédons l'agrément ministériel pour réaliser l'enlèvement d'éléments contenant de l'amiante friable et non friable, et que nous intervenons avec nos propres équipes, sans passer par la sous-traitance.

Espérant avoir répondu à votre demande, et dans l'attente du suivi que vous apporterez à la présente, veuillez recevoir, Madame la Directrice, l'expression de nos sentiments les plus dévoués.

”.

Autrement dit, un inventaire amiante avait été remis aux candidats potentiels, mais les observations de la requérante lors de la visite obligatoire lui avaient permis de constater que l'amiante n'était plus présente que dans un volume très inférieur à celui de l'inventaire.

La réponse de la requérante donne lieu au commentaire suivant dans le rapport d'analyse des offres :

“ La firme nous a transmis une décomposition de prix des postes en question. De son analyse, le pouvoir adjudicateur considère que les précisions apportées par la firme pour les deux postes sont recevables.
- (...)
- T1 / 3.5 Retrait des applications en amiante : à la suite de la visite des lieux, son analyse reprise dans sa justification de prix est pertinente et lui a permis de réduire son prix en ne prenant pas tous les éléments en compte décrits au cahier spécial des charges”.

5. Le 22 février 2024, le pouvoir adjudicateur a invité tous les soumissionnaires à soumettre une “*best and final offer*”.

Dans le cas de la srl Loiseau, cette invitation était rédigée de la manière suivante :

“ Mesdames,
Messieurs,

- BAT 2023 URBANISME01/LD
- Démolition des bâtiments (en 2 tranches) situés rue de la Station 23 - Quai Henri Borguet à 4032 LIEGE (Chênée)
- BAFO

Dans le cadre du marché susmentionné, il vous est demandé de nous confirmer que pour le poste “option 6 tranche 1” votre montant de 10.000,00 EUR est un montant négatif. Par conséquent, s’agit-il d’une moins-value ?

Pour rappel ce poste doit être considéré comme un montant forfaitaire en moins-value. A défaut, veuillez régulariser ledit poste.

Par ailleurs, pour les postes “5.3 des tranches 1 et 2 clôture” : votre prix comprend-il le type de clôture tel que décrit dans le cahier spécial des charges ?

A défaut, veuillez régulariser ce poste.

Votre dernier prix (BAFO) devra nous parvenir 29 février à 14h30.

A défaut de réponse, le pouvoir adjudicateur considèrera votre offre initiale comme étant votre dernière offre pour le présent marché.

Nous vous rappelons que celle-ci doit impérativement être signée électroniquement par une personne compétente, conformément à l’article 42 § 1 de l’arrêté royal du 18 avril 2017.

Nous vous prions d’agréer, Mesdames, Messieurs, l’assurance de notre considération distinguée”.

Dans le cas des autres soumissionnaires, l’invitation contenait l’indication suivante :

“ Par ailleurs dans le cadre de la négociation, veuillez remettre votre dernier prix pour le poste suivant :

- “Tranche 1 poste 3.5’ : certains éléments de l’inventaire visuel amiante de 2007 ne sont plus présents sur le site, veuillez négocier ce prix.”.

Il ressort du rapport d'analyse des offres qu'en réponse à cette indication, la SA Etablissements Maurice Wanty a revu le prix unitaire du poste 3.5 de la tranche 1.

C'était même, à suivre le rapport, la seule modification que cette société avait apportée à son prix.

En conséquence, la SA Etablissements Wanty, dont l'offre n'était que la troisième dans l'ordre des prix, et supérieure à celle de la srl Loiseau, a été réduite de 20.000 € et s'est retrouvée l'offre la plus basse, avant l'offre de la srl Loiseau en deuxième position (la société anonyme Dubois Dawance Travaux, qui avait remis l'offre initiale la moins élevée, remettant finalement une offre beaucoup plus élevée).

En conséquence, le rapport d'attribution concluait que l'offre de la SA Etablissements Maurice Wanty était économiquement la plus avantageuse.

6. Sur cette base, le Collège communal de la Ville de Liège a décidé, lors de sa séance du 22 mars 2024, d'attribuer le marché à la SA Etablissements Maurice Wanty.

Cette décision a été notifiée à la srl Loiseau par un courrier de la Ville de Liège du jeudi 28 mars 2024.

Il s'agit de l'acte attaqué dans le cadre du présent recours ».

IV. *Moyen unique*

IV.1. *Thèses des parties*

A. *Requête*

La requérante prend un moyen unique de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après : loi du 17 juin 2016), notamment de ses articles 13 et 41, du principe de confidentialité, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité, des principes généraux du droit (notamment des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination, de transparence et de concurrence, et de bonne administration), du principe *patere legem quam ipse fecisti*, et du cahier spécial des charges, notamment les spécifications techniques.

Elle fait valoir que la partie adverse a demandé aux soumissionnaires de déposer une *best and final offer* (« BAFO »), en leur communiquant une information que celle-ci avait reçue de la partie requérante dans le cadre de la vérification des prix, à savoir l'information selon laquelle certains éléments de l'inventaire visuel amiante de 2007 n'étaient plus présents sur le site, probablement en raison des inondations de l'été 2021.

Elle estime qu'il s'agissait là d'une information technique confidentielle, que la requérante devait à une observation approfondie des lieux, et que cette

information permet de limiter le travail nécessaire pour un poste, à savoir l'enlèvement de l'amiante, devant faire l'objet d'un prix forfaitaire dans les offres. Elle ajoute que le pouvoir adjudicateur s'était expressément réservé la possibilité de ne pas mener de négociations et que la vérification des prix avait d'ailleurs déjà été faite sur la base des offres initiales, alors qu'elle a lieu en règle à propos des dernières offres.

Selon elle, la négociation a donc eu pour objet principal de communiquer cette information confidentielle aux autres soumissionnaires, afin que ceux-ci adaptent leurs offres, alors que le but des négociations est d'améliorer le contenu des offres mais non pas de donner une « deuxième chance » aux soumissionnaires moins bien disant. Elle observe à cet égard que la communication de l'information litigieuse a permis au soumissionnaire ayant remporté le marché de remettre une BAFO pour un montant très inférieur, passant ainsi devant la requérante dans le classement des offres. Or, se fondant sur les articles 13 et 41 de la loi du 17 juin 2016, la partie requérante rappelle qu'un pouvoir adjudicateur est tenu à un devoir de confidentialité quant aux informations qu'un soumissionnaire lui communique et qu'il ne peut pas, dans la phase de négociation au cours d'une procédure négociée directe avec publication préalable, communiquer aux autres soumissionnaires les informations qui lui ont été communiquées à titre confidentiel par un des soumissionnaires, sauf à obtenir le consentement écrit et préalable du soumissionnaire concerné. Elle précise aussi que la possibilité de communiquer certaines informations moyennant l'accord du soumissionnaire lors d'une négociation constitue une exception à la règle de la confidentialité et est, de ce fait, de stricte interprétation.

Elle en déduit que (i) soit la partie adverse est revenue sur une exigence technique nécessairement minimale (le retrait de l'amiante avant la destruction), alors que la négociation ne pouvait pas porter sur ce point, conformément à l'article 41, § 3, de la loi du 17 juin 2016 et, à tout le moins, un nouveau marché public devait être lancé, (ii) soit l'information en question constitue seulement une appréciation technique, au cours de la visite, de l'étendue des travaux nécessaires et, dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ne pouvait communiquer aux autres soumissionnaires ce secret de fabrication qui lui avait été confié par la requérante. Elle observe enfin que la méconnaissance de la règle de confidentialité consacrée aux articles 13 et 41 de la loi du 17 juin 2016 est sanctionnée de diverses manières.

B. Note d'observations

La partie adverse soutient, premièrement, qu'elle n'a modifié aucune exigence minimale.

Elle considère que la partie requérante reste en défaut d'indiquer en quoi il y aurait eu une modification d'une exigence minimale proscrite par l'article 41, § 4, de la loi du 17 juin 2016, se contentant d'affirmer que l'exigence technique a été modifiée et est « nécessairement minimale ».

Elle fait valoir qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges requiert qu'il soit procédé au démontage et à l'évacuation des éléments en amiante, qu'un inventaire visuel a été réalisé en 2007 qui devra être complété par un inventaire amiante destructif, et que, sur cette base, l'adjudicataire devra procéder à l'évacuation des éléments en amiante. Elle soutient par ailleurs que le cahier spécial des charges définit sept sous-postes à inclure dans le prix forfaitaire à remettre par les soumissionnaires, en renvoyant pour chaque sous-poste à l'inventaire visuel de 2007 et qu'il ressort du métré récapitulatif joint au cahier des charges qu'il revenait à chaque soumissionnaire d'évaluer les quantités de chaque sous-poste. Elle soutient qu'il ne ressort toutefois nullement du cahier des charges, administratif ou technique, que l'adjudicateur aurait souhaité que ces exigences soient à considérer comme minimales.

Elle considère encore que, quand bien même le démontage et l'évacuation des éléments en amiante constitue une exigence minimale, *quod non*, celle-ci n'a pas été supprimée ou modifiée par la partie adverse puisque, lors des négociations, elle a invité certains soumissionnaires à négocier dans les termes suivants : « “Tranche 1 poste 3.5” : Certains éléments de l'inventaire visuel amiante de 2007 ne sont plus présents sur le site, veuillez négocier ce prix ». Elle précise que, de la sorte, elle n'a pas mis à mal son exigence technique de faire évacuer tout l'asbeste présent et tous les matériaux susceptibles de contenir de l'asbeste, et que tout au plus, elle a précisé que le renvoi à l'inventaire effectué en 2007 n'était plus pertinent quant aux éléments présents sur le site. Selon elle, l'objectif des négociations était de permettre l'amélioration des offres, en vue d'obtenir l'offre la plus économiquement avantageuse et, à cette fin, elle peut rectifier ou clarifier les documents du marché pour obtenir des offres conformes à la réalité du terrain.

Elle estime que le renvoi par le cahier des charges à l'inventaire, qui ne vise qu'à lister les éléments devant faire l'objet d'une évacuation, ne peut être considéré comme une exigence minimale non susceptible de négociations. D'après elle, les documents du marché ne lui permettent pas d'attribuer un tel caractère et la visite obligatoire des lieux afin de permettre aux soumissionnaires d'établir leur offre en connaissance de cause fait nécessairement du renvoi à l'inventaire de 2007 une prescription non minimale. Elle estime également que la requérante admet que cet inventaire n'est pas une exigence minimale puisqu'elle s'en est départie dans son offre, et que si l'inventaire devait être considéré comme tel, l'offre de la requérante serait substantiellement irrégulière.

La partie adverse soutient, deuxièmement, qu'elle n'a communiqué aucune information confidentielle.

Après avoir cité des extraits de l'arrêt *Klaipėdos* (CJUE, 7 septembre 2021, C-927/19) et les conclusions de l'avocat général y relatives, elle fait valoir que la requérante a indiqué, dans ses justificatifs de prix, que l'inventaire réalisé en 2007, joint au cahier des charges, ne correspondait plus à la réalité du terrain et a précisé les éléments visés par l'inventaire ayant disparu. Elle ajoute que la requérante n'a pas qualifié son courrier, en tout ou en partie, de confidentiel, alors même que le cahier des charges l'y invitait. Elle observe, par ailleurs, que même si la requérante avait qualifié de confidentielles les informations contenues dans son courrier, il faudrait encore examiner si, conformément à l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne, les informations en question sont effectivement à considérer comme telles.

Elle soutient, à cet égard, que l'information concernée est une réalité de fait et ne correspond pas à un secret d'affaire technique ou commercial. Elle estime n'avoir communiqué aucun élément susceptible d'être considéré comme relevant d'un tel secret, en faisant état d'une information accessible à tous les soumissionnaires par le biais de la visite des lieux obligatoire. Elle explique que le cahier des charges invitait les soumissionnaires à prendre en compte l'inventaire de 2007 et les postes listés sur cette base pour remettre prix et qu'ainsi, un autre soumissionnaire, dans son justificatif de prix, a mentionné que : « Bien que la chaufferie centrale n'ait pas été vue lors de la visite, nous avons toutefois conservé les postes dans notre chiffrage », cette mention justifiant également de négocier sur la base de la réalité des éléments à évacuer.

Elle avance que le prix revu par les soumissionnaires dans le cadre des négociations est, d'après elle, fondé sur les propres constats que ceux-ci ont effectués lors de la visite des lieux, aucune autre information ne leur ayant été fournie. Elle estime donc que l'égalité entre les soumissionnaires a été respectée ainsi que la concurrence puisque l'ensemble des soumissionnaires a pu remettre offre sur une même base.

C. Plaidoiries

La requérante insiste à l'audience sur le fait qu'il n'y a jamais eu d'accord pour divulguer l'information communiquée par la partie requérante à la partie adverse dans le cadre de la vérification des prix.

Se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, elle soutient qu'il y a « information confidentielle » lorsque la divulgation de l'information peut être dommageable, ce qui est le cas en l'espèce.

Elle opère ensuite un parallélisme entre la situation du cas d'espèce et celle d'un avocat qui, appelé à remettre un prix dans le cadre d'une procédure de marché public, peut offrir un prix forfaitaire avantageux car il connaît, notamment en raison de sa connaissance de la jurisprudence, la réponse juridique à fournir à la question pour laquelle le pouvoir adjudicateur veut s'entourer des services d'un avocat. Selon elle, si cette information, fournie par l'avocat au pouvoir adjudicateur, est communiquée ensuite aux autres soumissionnaires, il y a bien divulgation d'une information confidentielle.

Elle rappelle ensuite que l'information confidentielle est fondée sur une observation qui a été faite par la partie requérante, en raison de la capacité professionnelle de ses services, lors de la visite obligatoire des lieux, de sorte que l'information est couverte par la confidentialité. Elle précise que cette confidentialité ne peut être levée que moyennant l'accord préalable et écrit du soumissionnaire, et que cet accord constitue l'exception à la règle de la confidentialité et qu'il doit être, de ce fait, de stricte interprétation.

Elle observe enfin que si la partie adverse sollicite, dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'Etat, la confidentialité des offres et des justifications de prix, c'est qu'il s'agit également d'une information confidentielle dans le cadre d'une procédure de marché public.

La partie adverse constate que la partie requérante se contente de fournir des affirmations non-étayées et qu'elle ne répond pas à l'argumentation relative aux exigences minimales développées dans la note d'observations. Elle indique que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'elle a invoquée dans sa note d'observations est pertinente. Elle observe encore qu'il a été demandé aux soumissionnaires dans le cahier des charges d'indiquer expressément les informations que ceux-ci estiment confidentielles, mais que l'information litigieuse n'a pas été qualifiée comme telle par la requérante. Elle soutient à cet égard que l'information litigieuse est une information accessible à tous. Elle indique, par ailleurs, que l'attributaire du marché, la SA Etablissements Maurice Wanty, a remis un prix sur la base de l'inventaire visuel tout en précisant avoir remarqué que certains éléments avaient disparu. En ce qui concerne l'exemple fourni par la partie requérante à l'audience, elle estime que celui-ci n'est pas pertinent puisque l'information communiquée en l'espèce est, contrairement à celle dans l'exemple, un pur élément matériel.

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

L'article 13 de la loi du 17 juin 2016 relative au marchés public dispose ce qui suit :

« § 1^{er}. Aussi longtemps que l'adjudicateur n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats ou participants, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché, les candidats, les participants, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'adjudicateur.

Il peut être dérogé à l'alinéa premier moyennant l'accord écrit du candidat ou du soumissionnaire participant aux négociations, conformément aux articles 38, § 6, alinéa 2, 39, § 3, alinéa 3, 40, § 4, alinéa 2, et § 5, alinéa 4, 41, § 4, alinéa 2, 121, § 3, alinéa 3, et 122, § 4, alinéa 2, et ce, uniquement pour les informations confidentielles communiquées par ce candidat ou soumissionnaire.

§ 2. Sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés publics attribués et l'information des candidats, des participants et des soumissionnaires, l'adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que l'opérateur économique lui a communiqué à titre confidentiel, y compris, les éventuels secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels de l'offre.

Il en est de même pour toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de tels renseignements confidentiels.

[...] ».

L'article 41 de la même loi, auquel il est ainsi renvoyé, est relatif à la procédure négociée directe avec publication préalable, qui est la procédure de passation du marché public en l'espèce.

Cette disposition se lit comme il suit :

« § 1^{er}. Les marchés publics ne peuvent être passés par procédure négociée directe avec publication préalable que dans les cas suivants :

[...]

2^o pour les travaux dont le montant estimé est inférieur à 750.000 euros.

[...].

§ 3. Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu.

Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

§ 4. Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. A cette fin, il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en vertu du paragraphe 5, de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir

adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu. Conformément à l'article 13, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée. [...] ».

En l'espèce, lors de la vérification des prix, la partie adverse a demandé à certains soumissionnaires, dont la partie requérante, de « préciser et décortiquer » les prix que ces soumissionnaires ont proposé pour certains postes du métré récapitulatif. Quant à la partie requérante, elle a été interrogée notamment sur le prix forfaitaire qu'elle a remis pour le poste « 3.5. Retrait des applications en amiante ».

C'est ainsi que, par un courrier du 6 février 2024, la requérante a indiqué à la partie adverse que « l'inventaire amiante datant de 2007 établi par Fibercount qui fait partie des documents du dossier de soumission » est antérieur aux inondations de juillet 2021 et que la requérante a constaté « que les ouvrages à démolir avaient été vidés de leur contenu », « qu'au niveau de la chaufferie l'ensemble de l'installation avait disparu, y compris les tuyauteries enrobées de calorifuges », « que des éléments en dépôt selon l'inventaire avaient probablement été emportés par les flots » et qu'« au niveau de la cuisine des transformations avaient eu lieu et que des éléments répertoriés en 2007 n'existaient plus ».

Cette réponse a révélé que l'inventaire visuel réalisé par la firme Fibrecount en 2007, joint aux clauses techniques du cahier spécial des charges, n'était plus à jour. Or, cet inventaire documentait l'état des bâtiments « Aldi /Trafic / Restaurant / Chaufferie Centrale » dans lesquels l'attributaire devait « évacuer tout l'asbeste présent et tous les matériaux susceptibles de contenir de l'asbeste » (p. 13 des clauses techniques).

Lors des négociations, la partie adverse a communiqué l'information selon laquelle « certains éléments de l'inventaire visuel amiante de 2007 ne sont plus présents sur le site » à quatre entreprises dont la SA Etablissements Maurice Wanty (qui avait informé, pour sa part, la partie adverse de ce qu'elle avait constaté l'absence de la chaufferie centrale lors de la visite obligatoire, mais qui avait conservé les postes correspondant dans ses calculs). Dans sa note d'observations, la partie adverse indique qu'aucune autre information n'a été fournie aux soumissionnaires, ce qui n'est pas contredit par le dossier administratif.

Quant à la divulgation d'une information confidentielle

S'il est regrettable que la requérante ait dû informer le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la vérification des prix, de ce qu'un inventaire technique faisant partie des documents du marché repose sur des données factuelles périmées, cette information ne revêt pas pour autant un caractère confidentiel.

En effet, il ressort de l'article 13 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics que les informations confidentielles communiquées par un candidat ou soumissionnaire au pouvoir adjudicateur lors d'une procédure de passation d'un marché public sont notamment les informations relatives aux secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels de l'offre. Sont ainsi considérées, en principe, comme confidentielles, les informations relatives au prix, aux techniques mises en œuvre, les informations relatives à l'organisation interne des opérateurs économiques, à leurs méthodes de travail, à leurs situations fiscale, sociale et financière, ainsi que les pièces relatives au chiffre d'affaires.

Contrairement à ce que soutient la requérante, l'information selon laquelle « certains éléments de l'inventaire visuel amiante de 2007 ne sont plus présents sur le site » ne constitue pas un secret technique ou, comme l'indique la requérante, un « secret de fabrication », mais une information relative à un fait, à savoir l'état dans lequel se trouvent les bâtiments dans lesquels des éléments en amiante sont à retirer.

Pour cette même raison, si la requérante, en tant que professionnelle, a pu se rendre compte de l'état réel des bâtiments lors de la visite des lieux obligatoire, cet état a pu apparaître aussi à d'autres soumissionnaires lors de cette visite, ce qui contredit l'idée qu'il puisse s'agir d'une information confidentielle qui est propre à la partie requérante ou à son offre. La circonstance que le prix à remettre par les soumissionnaires pour le poste 3.5. « Retrait des applications en amiante » était un prix forfaitaire n'est pas de nature à changer ce constat.

À l'audience, la requérante soutient sur la base de l'arrêt *Klaipėdos* de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E., grande chambre, C-927/19 du 7 septembre 2021) (ECLI:EU:C:2021:700) que la communication de l'information litigieuse aux autres soumissionnaires aurait faussé la concurrence et lui aurait été dommageable.

Dans cet arrêt, la Cour de justice a jugé qu'un pouvoir adjudicateur saisi, après l'attribution d'un marché public, par un opérateur économique d'une demande de communication des informations réputées confidentielles dans l'offre de l'attributaire, ne doit, en principe, pas communiquer ces informations (§ 116). La Cour

a nuancé cette obligation ensuite, en jugeant que le pouvoir adjudicateur « ne saurait être lié par la simple allégation d'un opérateur économique selon laquelle les informations transmises sont confidentielles. Un tel opérateur doit en effet démontrer le caractère véritablement confidentiel des informations à la divulgation desquelles il s'oppose, en établissant, par exemple, que celles-ci comportent des secrets techniques ou commerciaux, que leur contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence ou que leur divulgation pourrait lui être dommageable » (§ 117).

À supposer que l'enseignement de cet arrêt, qui concerne l'articulation entre le principe de la protection des informations confidentielles communiquées à un pouvoir adjudicateur lors d'une procédure de passation d'un marché public et les exigences d'une protection juridictionnelle effective, soit transposable en l'espèce, à savoir à la question de la communication par le pouvoir d'adjudicateur d'informations révélées lors des négociations dans le cadre d'une procédure négociée directe avec publication préalable, encore faut-il constater que la communication de l'information litigieuse n'a causé aucun dommage à la requérante, et n'a pas faussé la concurrence entre soumissionnaires. En effet, non seulement la requérante n'a pas présenté la réponse qu'elle a donnée à la demande de renseignements de la partie adverse, à savoir que « les ouvrages à démolir avaient été vidés de leur contenu » et que « des éléments répertoriés en 2007 n'existent plus », comme étant confidentielle. Mais encore n'est-elle pas préjudiciée du fait que le pouvoir adjudicateur, en communiquant l'information selon laquelle « certains éléments de l'inventaire visuel amiante de 2007 ne sont plus présents sur le site », a veillé à ce que les autres soumissionnaires ne déposent pas une offre finale sur la base d'un inventaire visuel inexact. C'est donc la communication de l'information litigieuse qui a permis de s'assurer que les soumissionnaires déposent des offres comparables et, donc, de préserver le libre jeu de la concurrence.

Enfin, contrairement à ce que fait valoir la requérante, on ne peut pas déduire du fait que la partie adverse a déposé devant le Conseil d'Etat les justifications des prix à titre confidentiel, que l'information litigieuse serait également confidentielle. Par ailleurs, il y a lieu d'observer que les invitations des soumissionnaires à déposer une offre finale, contenant l'information selon laquelle « certains éléments de l'inventaire visuel amiante de 2007 ne sont plus présents sur le site », ont bel et bien été déposées à titre non-confidentiel.

En conséquence, l'information litigieuse ne revêt pas un caractère confidentiel et sa communication aux autres soumissionnaires lors des négociations n'a pas faussé la concurrence.

Il s'ensuit également qu'en sa qualité de pouvoir adjudicateur, la partie adverse ne devait pas solliciter l'accord écrit de la requérante, conformément à l'article 13, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 pour transmettre cette information à d'autres soumissionnaires lors des négociations menées en application de l'article 41, § 4, de cette même loi.

Quant à la modification d'une exigence minimale technique

La requérante soutient encore que, dans l'hypothèse où l'information communiquée ne serait pas confidentielle, il faudrait considérer que la partie adverse a modifié une exigence minimale technique, alors que, selon l'article 41, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les exigences minimales ne peuvent pas faire l'objet de négociations en procédure négociée directe avec publication préalable. À l'audience, la requérante n'a pas développé davantage ce point.

L'exigence minimale n'est pas définie dans la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. En revanche, le considérant 45 de la directive 2014/24/UE, relatif à la procédure concurrentielle avec négociation, indique que :

- « La procédure concurrentielle avec négociation devrait s'accompagner de garanties adéquates quant au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer d'emblée les exigences minimales relatives à la nature du marché et qui ne devraient pas être modifiées au cours de négociations. Les critères d'attribution et leur pondération devraient demeurer inchangés tout au long de la procédure et ne devraient pas faire l'objet de négociations, afin de garantir l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques. Les négociations devraient avoir pour objectif d'améliorer les offres, de manière que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux, des fournitures et des services parfaitement adaptés à leurs besoins spécifiques. Les négociations peuvent porter sur toutes les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services achetés, y compris, notamment, la qualité, les quantités, les clauses commerciales, ainsi que les aspects sociaux, environnementaux et innovants, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'exigences minimales.
- Il convient de préciser que les exigences minimales à fixer par le pouvoir adjudicateur sont les conditions et caractéristiques (notamment physiques, fonctionnelles et juridiques) que toute offre est tenue de remplir ou de posséder afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché conformément au critère d'attribution retenu. Afin de garantir la transparence et la traçabilité du processus, toutes les étapes devraient être dûment consignées. En outre, tout au long de la procédure, l'ensemble des offres devraient être soumises par écrit ».

Il ressort en outre du commentaire de l'article 38 de la loi du 17 juin 2016 relatif à la procédure concurrentielle avec négociation - auquel le commentaire de l'article 41 relatif à la procédure négociée directe avec publication préalable renvoie -, ce qui suit :

- « Il convient également de préciser que les exigences minimales et les critères d'attribution (dont le cas échéant la pondération) ne peuvent faire l'objet de

négociations. Ceci signifie que le pouvoir adjudicateur ne peut, au cours des négociations, renoncer aux exigences minimales formulées dans les documents du marché, ni modifier les critères d'attribution ou leurs poids respectif. Cette interdiction de négocier n'enlève toutefois rien au fait qu'il peut y avoir d'autres dispositions dans les documents du marché qui ne sont pas négociables, comme par exemple celles relatives au champ d'application de la législation marchés publics.

En revanche, les autres aspects, tels que la qualité, les quantités, les clauses commerciales, les aspects sociaux, environnementaux et innovants peuvent être négociés » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 2015-2016, DOC 54 1541/001, pp. 77-78).

En l'espèce, les documents du marché ne définissent pas expressément quelles sont les exigences minimales techniques pour le poste 3.5. « Retrait des applications en amiante ». Leur lecture fait toutefois apparaître que si exigence technique minimale il y a pour ce poste, c'est le fait même de procéder (i) au démontage et à l'évacuation d'éléments en amiante (point 3 des clauses techniques annexées au cahier spécial des charges) et (ii) à la visite de lieux, prescrite sous peine de nullité de l'offre, pour permettre aux soumissionnaires de se rendre « personnellement compte des particularités locales » et « de l'ampleur de l'entreprise et du degré de difficulté des travaux à exécuter » (point 1 des clauses techniques annexées au cahier spécial des charges).

En communiquant à certains soumissionnaires, lors des négociations, l'information concernant le poste 3.5. « Retrait des applications en amiante » selon laquelle « certains éléments de l'inventaire visuel amiante de 2007 ne sont plus présents sur le site », la partie adverse n'a donc pas modifié une exigence minimale du marché. Elle a seulement informé, au cours des négociations, des soumissionnaires du fait que les volumes repris dans l'inventaire visuel amiante, réalisé en 2007, ne sont plus d'actualité, ce qui consiste en une précision dans le but de permettre aux soumissionnaires, tenus par ailleurs à procéder à une visite des lieux, d'évaluer correctement l'ampleur des travaux décrits au poste 3.5. « Retrait des applications en amiante » et de remettre un prix correspondant aux travaux à effectuer.

Le moyen unique n'est pas sérieux.

V. Confidentialité

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les offres initiales et les offres finales des soumissionnaires, leurs justificatifs de prix et les réponses de deux soumissionnaires, dont la requérante, à la demande de confirmation de la partie adverse.

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

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 13 à 16 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 13 mai 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,
Vincent Durieux

conseillère d'État, présidente f.f.,
greffier.

Le greffier,

La Présidente,

Vincent Durieux

Michèle Belmessieri