

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 96.293 du 11 juin 2001

A.104.794/VI-15.962

En cause : 1. la S.A. TRACTEBEL,
 2. la S.A. de droit français SUEZ,
 3. la SCRL Compagnie intercommunale
 bruxelloise des eaux,
 4. la S.A. Fabricom air conditionning-
 Biotim,
 5. la S.A. de droit français Ondéo Degremont,
 ayant formé entre elles l'association
 momentanée **HYDRONOR**,
 ayant élu domicile chez
 Mes Philippe GERARD, Katelijne RONSE,
 et Hakim BOULARBAH, avocats,
 avenue Louise 523
 1020 Bruxelles.

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
Mes N. COHEN et A.STEVENART, avocats,
rue H. Wafelaerts 47-51
1060 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

Vu la demande introduite le 18 mai 2001 par la S.A. TRACTEBEL, la S.A. de droit français SUEZ, l'association intercommunale SCRL COMPAGNIE INTERCOMMUNALE BRUXELLOISE DES EAUX, la S.A. FABRICOM AIR CONDITIONING, la S.A. de droit français ONDEO DEGREMONT, ayant formé entre elles l'association momentanée HYDRONOR, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision de la partie adverse (le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale) du 15 mai 2001 portant attribution d'un marché de concession de travaux publics

relatif à la station d'épuration de Bruxelles-Nord et collecteurs au groupe Aquiris";

Vu l'ordonnance du 18 mai 2001, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 22 mai 2001 à 9.30 heures, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 29 mai 2001 à 11 heures;

Rapport fait par M. HANSE, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Mes GERARD et RONSE, avocats, comparaissant pour les requérantes, et Mes CAHEN et STEVENART, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. NIHOUL, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;
Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

1. La Région de Bruxelles-Capitale a décidé de mettre en oeuvre un contrat BOOT (Build - Own - Operate - Transfer) de type "concession de travaux publics" pour la construction de la station d'épuration Nord, d'une capacité de 1.100.000 EH (équivalents habitants), et le collecteur principal "rive gauche".

2. Des avis de marché ont été publiés en décembre 1997 au J.O.C.E. et au Bulletin des adjudications, et des avis rectificatifs en février 1998.

3. Le 27 mars 1998, sept groupements d'entreprises ont introduit un dossier de candidature.

4. Le 12 novembre 1998, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a sélectionné cinq de ces sept candidats en vue de les inviter à remettre une offre.

5. Le 13 avril 1999, ces cinq candidats ont été invités à retirer le cahier spécial des charges B4/98-005 et ses annexes au siège de l'Administration.

6. Le 17 novembre 1999, quatre offres ont été recueillies, émanant du groupe AQUIRIS, futur attributaire du marché, du groupe BOUYGUES-SAUR-CDC, du groupe BSUB et du groupe HYDRONOR ici requérant.

7. Le 7 mai 2001, sur requête unilatérale des requérantes, le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référé interdit à la partie adverse de notifier la décision d'attribution du marché avant que le Conseil d'Etat n'ait statué sur le recours en suspension d'extrême urgence à introduire par les requérantes dans les cinq jours ouvrables de la communication de la décision.

8. Le 15 mai 2001, la partie adverse prend la décision d'attribution ici attaquée et en communique copie aux requérantes.

Considérant que l'extrême urgence alléguée est justifiée par l'imminence de la notification de la décision d'attribution à l'attributaire, notification qui réaliserait le préjudice que la demande de suspension tend à empêcher; qu'elle n'est pas démentie par la circonstance qu'une ordonnance de référé a jusqu'ores empêché cette notification, cette ordonnance n'étant intervenue que dans la perspective d'une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat; que, du reste, elle n'est pas contestée par la partie adverse;

Considérant que, selon l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable";

Considérant que le groupe requérant invoque un premier moyen pris de la "violation des articles 24 et 25 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, 110, 123 à 131 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, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation des actes administratifs, 3 de la Directive 2000/76/CE du 4 décembre 2000 sur l'incinération des déchets, du principe général du droit «Patere legem quam ipse fecisti», du principe général du droit relatif à l'égalité de traitement des soumissionnaires à un marché public et des principes de bonne administration"; qu'elle reproche à la décision attaquée d'avoir retenu une offre non conforme à des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, d'avoir ainsi méconnu les règles qu'elle s'était données à elle-même en vue du choix à opérer, et d'avoir violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires; que, dans une première branche, elle soutient que le procédé d'oxydation par voie humide (OVH - procédé ATHOS) retenu par l'offre AQUIRIS pour traiter et éliminer les boues constitue, au sens technique du terme et suivant la réglementation européenne, une forme d'incinération, contraire à l'exigence de l'article 2.1.1.9.2. du cahier spécial des charges; que, dans une seconde branche, elle reproche aux motifs par lesquels l'acte attaqué tente de justifier la conformité de l'offre

AQUIRIS à cet égard, d'être "sommaires, lacunaires et inexacts en fait";

Considérant, sur la première branche, que la disposition pertinente du cahier spécial des charges dispose que "seule l'incinération des boues sur le site de la station d'épuration est interdite" et qu'il s'agit sans aucun doute d'une exigence essentielle, dont le non-respect constituerait une cause d'irrégularité de l'offre;

Considérant que, s'agissant d'interpréter le terme "incinération", il y a lieu de relever que la disposition pertinente du cahier spécial des charge citée ci-avant présente l'interdiction qu'elle porte comme étant la "seule", soit comme une exception; que, dès lors, l'interprétation de cette exception ne peut être que restrictive;

Considérant que l'on ne saurait, en l'état actuel du dossier et moyennant l'examen relativement rapide qu'autorise la procédure de référé, assimiler le procédé d'oxydation par voie humide à une incinération; que, certes, ces deux procédés se caractérisent par des émissions gazeuses, la production de résidus minéraux et un dégagement de chaleur de réaction, mais sous cet angle particulier et restreint, c'est aussi le cas de la plupart des processus de minéralisation de matières organiques, tel l'enfouissement que l'on ne saurait sérieusement assimiler à une incinération;

Considérant que l'on doit admettre qu'en interdisant l'incinération sur le site de la station d'épuration, la partie adverse a entendu éviter les nuisances générées par ce procédé, à savoir les rejets de fumées, la nocivité que celles-ci comportent et les difficultés techniques et financières que leur traitement exige; que c'est ainsi l'incinération dans son acception commune, qui implique la mise en oeuvre de hautes températures et le dégagement de fumées, qui a été interdite par le cahier des charges;

Considérant, de surcroît, que l'acception particulière et fort réductrice du terme "incinération" que soutiennent les requérantes ne paraît pas pouvoir être retenue comme en étant le "sens technique" habituel; qu'en effet, l'OVH ne fut pas assimilée à l'incinération par les experts techniques qui assistèrent la Région dans l'examen des offres; que, de l'avis unanime du collège d'experts de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Région flamande, elle ne fut pas non plus considérée comme contraire à l'interdiction portée par le cahier des charges; que le Professeur FONTANA et Madame JUNG dans leur étude comparative les distinguent très évidemment; que le groupe HYDRONOR lui-même a joint à la note déposée à l'issue de l'audience du 29 mai 2001 un court lexique proposant "quelques définitions des principaux termes utilisés dans le vocabulaire du traitement de l'eau", où l'"incinération" (des boues) est définie comme la "combustion à haute température des matières organiques des boues dans un four", alors que l'OVH ne connaît pas de "haute température"; qu'enfin, il est significatif à cet égard de relever que deux autres soumissionnaires ont indiqué dans leur offre avoir songé à proposer l'OVH en alternative à l'incinération, mais y avoir renoncé pour des motifs étrangers à l'interdiction prévue par le cahier des charges;

Considérant qu'il n'est pas davantage fondé de soutenir que l'acception que défendent les requérantes serait celle de la directive européenne 2000/76/CE du 4 décembre 2000 sur l'incinération des déchets; qu'en effet, dès lors qu'à propos de l'incinération, ladite directive oblige au maintien d'une température de plus de 850° C, prévoit des obligations relatives au brûleur et évoque les rejets de dioxines et de furannes, elle ne peut comprendre dans ce terme l'OVH; qu'en sa première branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la seconde branche, que dès lors qu'il n'y a pas lieu d'assimiler l'OVH à l'incinération, mais bien de les distinguer, les motifs de la décision attaquée ne paraissent pas critiquables; qu'en sa seconde branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que le groupe requérant HYDRONOR invoque un deuxième moyen pris de la "violation des articles 24 et 25 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, 110, 123 à 131 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, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation des actes administratifs, du principe général du droit «Patere legem quam ipse fecisti», du principe général du droit relatif à l'égalité de traitement des soumissionnaires à un marché public et des principes de bonne administration"; qu'il reproche à la décision attaquée d'avoir, contrairement aux termes du cahier spécial des charges qui imposaient aux soumissionnaires de prouver la faisabilité et d'attester l'expérience industrielle des dispositions proposées pour la filière de traitement des boues, porté son choix sur l'offre AQUIRIS en dépit du caractère innovant de la solution proposée et malgré le fait que les experts n'avaient retenu que deux références du procédé ATHOS et souligné que ces références n'étaient soit pas comparables au projet de Bruxelles (Toulouse Ginestous), soit insuffisamment documentées ("Renselaer county sewer"); qu'il souligne que les autres références qui semblent avoir été invoquées par AQUIRIS ou vérifiées par l'Administration sont manifestement dénuées de pertinence, soit parce que les procédés d'OVH qui y sont mis en oeuvre présentent des caractéristiques techniques (température, pression, agent oxydant) différentes de celles du procédé ATHOS, soit parce que ces procédés sont appliqués au traitement d'effluents industriels ou, le cas échéant, de boues

urbaines mais à une échelle "infiniment plus réduite" que celle demandée en l'espèce, soit encore parce qu'elles correspondent à un simple traitement de conditionnement thermique de boues urbaines;

Considérant que la disposition du cahier spécial des charges en cause au coeur de ce moyen prévoit ce qui suit: "Le concessionnaire définit dès son offre les modes de valorisation et/ou d'élimination de ces déchets (les boues). Il recherche une ou des filières pérennes d'élimination ou de valorisation. Il doit prouver la faisabilité et attester l'expérience industrielle des dispositions qu'il propose.";

Considérant qu'il n'est pas contesté que AQUIRIS a joint à son offre des références de nature à satisfaire à l'exigence du cahier des charges, mais que le moyen conteste que ces références aient pu être jugées suffisantes, soit en raison de différences techniques, soit en raison de l'ampleur plus réduite de ces applications industrielles;

Considérant que le cahier des charges n'exige pas que les soumissionnaires attestent d'une expérience industrielle menée dans des conditions identiques à celles de la future station d'épuration; que l'on ne peut perdre de vue que le marché de l'espèce est une concession de type BOOT, qui fait peser sur le seul concessionnaire, et pendant vingt ans, l'intégralité du risque technique de l'entreprise, de sorte que la vérification qui intéresse le concédant porte surtout sur les résultats garantis par le futur concessionnaire;

Considérant qu'il ressort de la motivation de la décision attaquée et du dossier administratif que la partie adverse a eu conscience de l'existence d'un certain risque tenant au caractère relativement novateur du procédé OVH, mais aussi qu'elle en a apprécié l'importance

après s'être assuré les avis de consultants et d'experts renommés; que cette appréciation qui a conduit la partie adverse à estimer que l'offre d'AQUIRIS, par les références produites et confrontées à ses propres renseignements, prouvait la faisabilité et attestait de l'expérience industrielle requise, ne saurait être considérée en l'état actuel du dossier comme manifestement déraisonnable; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que le groupe requérant HYDRONOR invoque un troisième moyen pris de la "violation des articles 24 et 25 de la loi du 24 décembre 1993 relative à certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, 110, 123 et 131 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, 28 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, 2 et 3 de la loi du 21 (lire 29) juillet 1991 sur la motivation des actes administratifs, du principe général du droit «Patere legem quam ipse fecisti», du principe général du droit relatif à l'égalité de traitement des soumissionnaires à un marché public et du principe de bonne administration"; qu'il soutient que l'exigence, énoncée par l'article 28.5 des conditions administratives du cahier spécial des charges, qui prévoit que "le soumissionnaire produit des engagements fermes et définitifs de tiers en vue du financement de la construction des ouvrages et de leur exploitation", n'est pas satisfaite par l'offre AQUIRIS; qu'elle relève à cet égard que le conseiller financier de la partie adverse aurait souligné, dans le tableau comparatif de la page 129 de son rapport, "l'absence d'engagement ferme de la part du consortium bancaire constitué par AQUIRIS"; que, dans une première branche, il en déduit que la partie adverse a retenu une offre non conforme; que, dans une deuxième branche, il distingue des contradictions entre les motifs de la décision attaquée et les considéra-

tions émises à cet égard par le conseiller financier de la partie adverse, considérations réputées faire partie de la décision, en sorte que celle-ci ne serait pas motivée de manière adéquate; que, dans une troisième branche, il estime qu'en appréciant de manière équivalente des offres qui ne l'étaient pas, la partie adverse a méconnu le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires à un marché public;

Considérant, sur la première branche, que l'article 1.2.1. du cahier spécial des charges (conditions administratives - article 28.5) dispose que "le soumissionnaire produit les engagements fermes et définitifs de tiers en vue du financement de la construction des ouvrages et de leur exploitation. Ces engagements contiennent l'ensemble des conditions et modalités applicables au financement, et notamment leur montant, leur durée, leurs modalités de mise à disposition et le taux d'intérêt.";

Considérant que AQUIRIS a produit l'accord de principe des banques PARIBAS et BBL sur un financement pour un montant maximum autorisé de 275 millions d'Euro, sous la forme de lettres d'engagement précisant toutes les modalités requises par le cahier spécial des charges; que, dès lors que cet accord de principe n'est subordonné à aucune condition autre que celle de la réalisation par AQUIRIS du projet, cet accord constitue un véritable engagement, de sorte que l'offre AQUIRIS est conforme aux dispositions du cahier des charges; qu'en sa première branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la deuxième branche, que le groupe requérant prête à une mention nécessairement sommaire d'un tableau récapitulatif une signification qu'elle n'a pas; que la mention "engagement ferme" dans la colonne HYDRONOR et l'absence de cette mention dans la colonne AQUIRIS ne signifient pas nécessairement que AQUIRIS a négligé de joindre à son offre la preuve d'enga-

gements fermes et définitifs de tiers en vue de son financement; qu'en page 8 de son rapport d'avril 2001, le conseiller financier, procédant à l'analyse individuelle de l'offre AQUIRIS mentionne notamment que "l'offre d'Aquiris comporte une lettre établie conjointement par Paribas et la BBL donnant un accord de principe de financement du projet ainsi qu'une lettre d'intérêt de la BEI ...", et qu'à la page 35, résumant les forces et faiblesses de l'offre, il ne mentionne nullement l'absence d'engagement ferme, ce qui eût été élémentaire si tel avait été le cas; que la contradiction alléguée entre les motifs n'existe donc pas et que, en sa deuxième branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant, sur la troisième branche, qu'il résulte de l'examen des deux premières branches que la partie adverse a pu considérer les offres AQUIRIS et HYDRONOR comme équivalentes au point de vue des garanties financières de leur autonomie et de leur pérennité, en sorte qu'en cette branche, le moyen n'est pas sérieux;

Considérant que le groupe requérant invoque un quatrième moyen pris de la "violation du principe général du droit relatif à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires à un marché public, erreur de fait manifeste dans l'appréciation des mérites comparés des offres en présence, erreur dans les motifs"; qu'il conteste l'appréciation portée par la partie adverse selon laquelle l'offre AQUIRIS présenterait, en ce qui concerne le traitement des sols pollués, un avantage par rapport à la sienne; qu'il estime qu'il s'agit là d'une erreur manifeste d'appréciation;

Considérant que l'examen comparatif du traitement des sols pollués proposé respectivement par AQUIRIS et par HYDRONOR montre que, comme le relève la décision attaquée, l'engagement de HYDRONOR est "plus restrictif" dès lors qu'il ne prévoit de traiter que jusqu'à un mètre sous le

fond des fouilles, tout supplément ne faisant pas partie de son offre, tandis qu'AQUIRIS s'engage à traiter toute pollution rencontrée, verticalement et horizontalement, jusqu'à obtention d'un sol sain, et qu'il s'engage en outre à effectuer une étude en accord avec l'IBGE et à s'y soumettre; que le moyen n'est pas sérieux;

Considérant ainsi que, faute de moyens sérieux invoqués, l'une des conditions prévues par l'article 17, § 2, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat pour que soit accueillie une demande de suspension, n'est pas remplie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à 35.000 francs, sont mis à charge des requérantes.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des référés, le onze juin deux mille un par :

MM. HANSE,	Conseiller d'Etat, président f.f.,
HARMEL,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

P.HARMEL.

Ph.HANSE.