

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 237.619 du 10 mars 2017

A.221.446/VI-20.961

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
BRUXELLES-ENERGIE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Johan VANDEN EYNDE et
Gauthier ERVYN, avocats,
avenue de la Toison d'Or 77
1060 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée Association
Intercommunale pour la protection et la valorisation de
l'environnement, en abrégé A.I.V.E.,**

ayant élu domicile chez
M^e François JONGEN, avocat,
place des Peintres 8/004
1348 Louvain-la-Neuve.

I. Objet de la requête

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'État le 10 février 2017, la société coopérative à responsabilité limitée BRUXELLES-ENERGIE sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse le 24 janvier 2017, ayant pour objet de «renoncer au marché et donc de n'attribuer aucun lot du marché de Valorisations des combustibles de substitution 2017», ainsi que de «la ou les décisions orales ou écrites prises par la partie adverse à une date inconnue d'octroyer les services de traitement des déchets faisant l'objet du marché public litigieux à des tiers, sans respect de la réglementation des marchés publics»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 février 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 février 2017 à 10 heures 30.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. David DE ROY, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gauthier ERVYN, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e François JONGEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Nathalie VAN LAER, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits

1. La partie adverse est une intercommunale dont l'une des missions, dans le domaine de l'hygiène et de la salubrité publique, est identifiée comme suit aux termes de l'article 2.1.2. de ses statuts:

" La création, le financement, la promotion, la gestion et l'exploitation de tout service et équipement d'hygiène ou de salubrité publique qui concernent notamment la collecte, le traitement des déchets domestiques ou industriels, solides ou liquides, la valorisation et la commercialisation des sous-produits provenant du traitement desdits déchets, l'étude, la réalisation et l'exploitation d'équipements de production, de récupération, de transformation et de distribution de chaleur, y compris la combustion combinée (cogénération) et les réseaux de distribution de chaleur à distance".

Il ressort des débats tenus en la présente cause, et notamment d'un extrait du Rapport annuel 2015 de la partie adverse cité en termes de requête, que le volume des déchets collectés par la partie adverse et destinés à faire l'objet de traitements est globalement réparti en deux catégories, dont les importances respectives apparaissent relativement proches:

- les déchets de la première catégorie sont évacués "en vrac" (c'est-à-dire sans faire l'objet d'un traitement préalable par les soins de la partie adverse), en vue d'être valorisés dans le cadre d'une unité située à Herstal et exploitée par la société anonyme UVELIA, filiale de l'intercommunale INTRADEL, plus précisément identifiée ci-dessous. L'utilisation de cette unité de valorisation s'inscrit dans le cadre d'une coopération entamée en 2010 et formalisée par la conclusion d'une convention liant la partie adverse, la société coopérative à responsabilité limitée Association Intercommunale de Traitement des Déchets Liégeois (en abrégé INTRADEL) et la société coopérative à responsabilité limitée Association Intercommunale BEP Environnement.
- les déchets de la seconde catégorie sont, avant évacuation vers des unités de cogénération, transformés, par les soins de la partie adverse, en un "combustible solide de substitution". En vue d'assurer la valorisation de ce combustible de substitution, la partie adverse a, en 2014 et 2016, lancé des procédures de passation de marchés de services, dont il est plus amplement question dans la suite de l'exposé des faits (marchés visés comme étant le "marché 2014" et le "marché 2016"). Le marché auquel une des décisions attaquées par le présent recours a décidé de renoncer est celui dont la passation a été initiée en 2016.

2. Le 6 juin 2014, est paru au Bulletin des adjudications, un avis de marché de la partie adverse relatif à la valorisation des combustibles de substitution issus de déchets. L'avis est également paru au journal officiel de l'union européenne du 11 juin 2014. Un avis rectificatif est ensuite paru au Bulletin des adjudications du 11 juillet 2014.

Ce marché devait être passé en adjudication ouverte avec publicité européenne. Le cahier spécial des charges précisait que le marché était prévu pour une période d'un an (du 2 janvier au 31 décembre 2015), mais qu'il "pourra[it] être répété trois fois pour une durée d'un an par procédure négociée sans publicité conformément à l'article 26, § 1^{er}, 2, b), de la loi du 15 juin 2006".

Trois offres ont été déposées dans le cadre de cette procédure, dont celles respectivement déposées par la requérante et la société EGN-ENTSORGUNSGESELLSCHAFT NIEDERRHEIN MBH.

Le 14 août 2014, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société EGN-ENTSORGUNSGESELLSCHAFT NIEDERRHEIN MBH.

Cette décision a été annulée par un arrêt n° 235.416, prononcé par le Conseil d'État le 12 juillet 2016.

Il ressort de la note d'observations qu'entretemps, une première répétition du marché avait été convenue avec la société EGN-ENTSORGUNGSGESELLSCHAFT NIEDERRHEIN MBH.

3. Selon la partie adverse, dès avant le prononcé de l'arrêt n° 235.416 du 12 juillet 2016, la requérante et elle avaient entamé des négociations afin d'arriver à un accord transactionnel permettant le traitement, dans les installations de la requérante, des combustibles solides de substitution produits par la partie adverse.

Au terme de ces négociations, les organes compétents de la partie adverse ont adopté, le 16 décembre 2016, deux délibérations :

- Une "Nouvelle délibération motivée d'attribution du marché après arrêt d'annulation du Conseil d'État", par laquelle le directeur général et le président du conseil d'administration de la partie adverse attribuent le marché de valorisation des combustibles de substitution à la requérante, pour un montant annuel de 4.360.000,00 euros H.T.V.A. calculé sur base des quantités présumées au cahier spécial des charges, de façon à ouvrir le droit au renouvellement du marché sur base d'une procédure négociée sans publicité.
- Une "Délibération motivée d'attribution du marché dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité", par laquelle le directeur général et le président du conseil d'administration de la partie adverse attribuent le marché de valorisation des combustibles de substitution, pour l'année 2017, à la requérante, pour un montant annuel de 1.662.450,00 euros H.T.V.A. calculé sur base des quantités négociées (soit 15.000 tonnes).

Une convention transactionnelle a, par ailleurs, été conclue entre la requérante et la partie adverse.

Il est à noter, pour les besoins de l'examen de la présente cause, que, comme les débats tenus au cours de la procédure d'extrême urgence l'ont révélé, les parties ne semblent pas s'accorder sur la portée exacte des engagements respectifs quant à la quantité annuelle de 15.000 tonnes, dont question dans la deuxième des délibérations ci-dessus identifiées. La requérante estime qu'il s'agit du tonnage annuel maximal dont elle s'engage à assurer le traitement, tandis que la partie adverse soutient qu'il s'agit d'une quantité minimale qu'elle s'engage à fournir à la requérante, la fourniture de quantités supplémentaires étant possible.

4. Parallèlement au processus de négociations qui a abouti à l'adoption des décisions et transaction précitées, la partie adverse a décidé de lancer un nouveau

marché ayant un objet similaire à celui du "marché 2014". Ainsi qu'il ressort notamment d'une délibération du conseil de secteur "Valorisation et propreté" du 14 septembre 2016 de la partie adverse, cette décision de lancer un nouveau marché apparaissait comme une "mesure de précaution", au cas où les négociations menées par ailleurs échoueraient.

Cette même délibération fait également apparaître que le montant estimé du marché projeté est de 4.000.000 euros H.T.V.A. et hors taxes environnementales, lequel montant se base "sur une quantité totale annuelle de 40.000 tonnes et sur les prix du marché connus de l'AIVE".

5. A une date que les pièces produites par les parties ne permettent pas d'établir avec certitude et qui pourrait se situer entre le 4 et le 10 octobre 2016, un avis de marché aurait été publié aux annexes du Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis annoncerait la procédure de passation du marché litigieux, lequel fait l'objet d'un cahier spécial des charges référencé AIVE/SVP/CSS17. Ce cahier spécial des charges fait notamment apparaître les éléments suivants:

- "L'adjudicataire de ce marché assurera la valorisation et le transport (départ Habay) des combustibles solides de substitution (CSS ci-après) produits par l'AIVE sur son site d'exploitation de Habay".
- Le marché est divisé en 8 lots de 5.000 tonnes par an, ces quantités annuelles étant données à titre indicatif.
- Le mode de passation est l'adjudication ouverte avec publicité européenne.
- La durée du marché est d'un an (soit du 1^{er} janvier au 31 décembre 2017), moyennant possibilité de le répéter trois fois pour une nouvelle durée d'un an (soit pour les années 2018, 2019 et 2020), et ce en application de l'article 26, § 1^{er}, 2^o, b), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

6. Le procès-verbal d'ouverture des offres révèle que seules deux offres ont été déposées, à savoir celle de la requérante (pour le lot 1) et celle de la société anonyme CETT P. MONSEU (pour les lots 1, 2 et 3).

7. Le 24 janvier 2017, un rapport d'analyse des offres (plus précisément intitulé "rapport d'auteur de projet") a été établi par les services de la partie adverse. Ce rapport contient notamment les indications suivantes:

" 4.3. VERIFICATIONS DU CARACTERE ANORMAL DES PRIX

Aucune formule de vérification des prix n'est imposée par la législation pour les marchés de services. Le prix total toutes taxes comprises de Bruxelles-Energie

pour le lot 1 est de 144,04 €/t.

Ce prix est de 29 % supérieur à la moyenne des prix des usines de valorisation thermique avec qui le pouvoir adjudicateur a déjà des accords pour travailler en 2017 (accords sortant du cadre du présent marché).

Ce prix est de 38 % supérieur à la moyenne des prix des usines de valorisation thermique avec qui le pouvoir adjudicateur a travaillé en 2016 pour l'ensemble des tonnages collectés sur le territoire dont il a la charge.

Ce prix est par ailleurs 28 % plus élevé que celui remis par Bruxelles-Energie en 2014 dans le cadre d'un précédent marché portant sur les mêmes prestations pour l'année 2015.

Bien que l'état de saturation du marché puisse expliquer une légère hausse des prix, celle constatée sur l'offre de Bruxelles-Energie est particulièrement élevée et nous paraît disproportionnée.

De plus, ce prix dépasse très largement l'estimation budgétaire du pouvoir adjudicateur.

Pour cette raison, il est décidé de renoncer au présent marché".

8. A une date que la note d'observations prétend être le 26 janvier 2017, mais qui semble être le 24 janvier 2017, ainsi que l'atteste la copie identifiée comme étant la pièce 22 du dossier administratif, la partie adverse adopte la délibération par laquelle elle renonce à l'attribution du marché litigieux. Cette délibération qui constitue le premier objet de l'acte attaqué est libellée comme suit:

" DELIBERATION MOTIVEE DE RENONCIATION AU MARCHE
VALORISATION DES COMBUSTIBLES DE SUBSTITUTION 2017
OUVERTURE DES OFFRES DU 16 NOVEMBRE 2016

- Vu la délégation de pouvoir proposée par le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté du 14/09/2016 et donnée par le Conseil d'Administration AIVE du 16/09/2016 au Président de l'AIVE et au Directeur général, pour l'attribution de ce marché au soumissionnaire le plus intéressant d'après les conclusions du rapport d'auteur de projet;
- Vu que la délégation de pouvoir est destinée à attribuer le marché dans les meilleurs délais de façon à pouvoir débiter le marché à partir du 2 janvier 2017 compte tenu des délais nécessaires à une éventuelle demande de transferts transfrontaliers si le prestataire retenu propose de valoriser les combustibles en-dehors du territoire de la Région wallonne;
- Vu que le choix du mode de passation du marché et le cahier spécial des charges ont été proposés par le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté en date du 14/09/2016 et approuvés par le Conseil d'administration de l'AIVE en date du 16/09/2016;
- Vu que le marché est un marché de services passé par adjudication ouverte avec publicité européenne;
- Vu l'avis de marché envoyé au bulletin des adjudications et au journal officiel de l'Union européenne le 4 octobre 2016;
- Vu que, selon le procès-verbal de la séance d'ouverture des offres du 16 novembre 2016, deux offres ont été reçues;

N°	Nom du soumissionnaire	CP	Localité/Ville
1	Bruxelles-Energie SCRL	B-1000	Bruxelles

2	CETT P. Monseu SA	B-5580	Roche-for
---	-------------------	--------	-----------

- Vu le rapport d'analyse des offres établi en date du 24 janvier 2017;
- Vu que seule l'offre de Bruxelles-Energie est sélectionnée qualitativement et régulière;
- Vu que le prix de l'offre de Bruxelles-Energie dépasse très largement l'estimation budgétaire du pouvoir adjudicateur;

DECISION :

Les soussignés décident de renoncer au marché et donc de n'attribuer aucun lot du marché de Valorisation des combustibles de substitution 2017.

Arlon, le 24 janvier 2017

Fabian COLLARD
Directeur général

Daniel LEDENT
Président AIVE".

9. Simultanément à la procédure de passation qui a finalement abouti à la décision de renonciation querellée, la partie adverse a négocié et conclu avec l'Intercommunale du Brabant wallon une convention portant sur le traitement, par cette intercommunale, de combustible solide de substitution produit par la partie adverse, et ce pour un tonnage de 1.000 à 1.500 tonnes.

IV. Objet de la demande

A l'audience du 24 février 2017, la partie adverse a précisé que la convention conclue, en 2011, avec les intercommunales INTRADEL et BEP-ENVIRONNEMENT n'avait fait l'objet d'aucune modification par voie d'avenant. Elle a également déclaré que les seules décisions relatives au traitement du combustible solide de substitution, qui aient été prises simultanément à la passation du marché public litigieux, sont, d'une part, celles qui ont été adoptées dans le cadre de la transaction conclue avec la requérante, et, d'autre part, celle qui a trait à la conclusion d'une convention avec l'Intercommunale du Brabant wallon, portant sur le traitement de 1.000 à 1.500 tonnes de ce combustible.

Les éléments qui font l'objet de ces déclarations n'ont pas été contestés par la requérante.

Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer, s'agissant du second objet que se donne formellement la requête, que celui-ci est limité à la seule décision prise par la partie adverse relativement à une convention de traitement de combustible solide de substitution passée avec l'Intercommunale du Brabant wallon.

V. Intérêt de la requérante

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt à agir de la requérante, dans les termes suivants:

" 34. Il est généralement admis que l'intérêt devant le Conseil d'État doit être personnel, direct, certain, actuel et légitime.

35. Il y a d'abord lieu de constater que la requérante ne dispose pas d'un intérêt actuel et certain.

En effet, à trois reprises, d'abord par la voix de son directeur général puis par celle de son administrateur délégué, la partie requérante a fait savoir à la partie adverse que ses installations étaient saturées et qu'elle ne disposait plus des capacités techniques suffisantes pour accueillir plus de quinze mille tonnes de CSS en provenance de la partie adverse, et ce alors même qu'elle avait, à l'appui de sa candidature au marché 2014 qui lui a finalement été attribué, déposé une déclaration sur l'honneur datée du 17 juillet 2014 où ses responsables déclaraient «avoir une capacité libre qui permet de valoriser le tonnage présumé de 40.000 tonnes/an du présent marché».

36. C'est vainement que la requérante tenterait de soutenir que cet engagement de capacité ne doit plus être respecté dans le cadre de la répétition pour 2017 du marché 2014 qui lui a été attribué par procédure négociée sans publicité. La seule raison qui pourrait justifier un non-respect de traiter jusqu'à 40.000 tonnes par an serait une impossibilité réelle d'accueillir de tels tonnages. En effet, on constate que :

- L'article 6 de la convention transactionnelle du 5 janvier 2017 expose que «L'attribution du marché se fait aux conditions de l'offre initiale, introduite en 2014, sous réserve de l'augmentation des prix visée au point 1 ci-dessus, ces conditions étant valables pour 2017 et 2018», ce qui signifie clairement que seuls les prix ont été modifiés;
- À l'article 7 al. 2 de la même convention, il est explicitement prévu que la quantité estimée de 15.000 tonnes par an «pourra éventuellement être revue à la hausse en fonction des capacités disponibles à l'entrée des installations de BRUXELLES-ENERGIE» : si, en dépit des demandes réitérées en ce sens par la partie adverse, la partie requérante a refusé de traiter plus de 15.000 tonnes, ce ne peut être que parce qu'elle n'a pas les capacités disponibles pour le faire.

37. De deux choses l'une :

- Ou bien la requérante a effectivement la capacité technique pour traiter plus de 15.000 tonnes de CSS en provenance de la partie adverse et elle ne peut, sans violer les engagements pris dans le cadre du marché 2014, refuser de traiter ces tonnages additionnels aux conditions du marché 2014;
- Ou bien la requérante n'a effectivement pas la capacité technique pour traiter plus de CSS provenant de la partie adverse que les 15.000 tonnes qui lui ont été attribuées dans le cadre du marché 2014, et elle est sans intérêt à postuler l'annulation d'une décision de renoncer à passer un marché qu'elle n'aurait de toute façon pas pu respecter faute de capacité technique suffisante.

38. Surabondamment, on peut s'interroger sur le caractère légitime de l'intérêt à agir de la requérante. En effet, dans la convention transactionnelle du 5 janvier 2017, la partie requérante a pris l'engagement de renoncer à toute procédure judiciaire contre la partie adverse : «En contrepartie de la garantie de fourniture minimale de 15.000 tonnes de déchets par an en 2017 et en 2018, BRUXELLES-ENERGIE renonce unilatéralement et irrévocablement à toute action judiciaire contre l'AIVE et se désiste de tout droit à réclamer une indemnité

fondée sur l'arrêt du Conseil d'État du 12 juillet 2016.»

L'esprit de la convention est bien celui d'une paix absolue, et l'expression «action judiciaire» doit donc être comprise comme visant également un recours au Conseil d'État, d'autant que l'action judiciaire *stricto sensu* est spécifiquement visée par la deuxième hypothèse envisagée. Et c'est vainement que la partie requérante tenterait de faire croire que sa renonciation à toute action judiciaire contre la partie adverse ne porterait que sur la situation née de l'arrêt de votre Conseil du 12 juillet 2016. La lecture de la disposition ci-dessus permet clairement de constater que deux engagements distincts sont pris :

- L'un de renoncer unilatéralement et irrévocablement à toute action judiciaire *sensu lato* (en ce compris des recours au Conseil d'État) contre la partie adverse;
- L'autre – séparé par la conjonction de coordination «et» - de se désister de tout droit à réclamer par une action judiciaire *sensu stricto* une indemnité fondée sur l'arrêt du 12 juillet 2016.

Par la demande de suspension introduite devant votre Conseil, la partie requérante viole un engagement contractuel unilatéral et irrévocable : la demande doit donc être considérée comme irrecevable, la requérante ne disposant pas d'un intérêt légitime pour l'introduire.

39. Il s'ensuit que la demande de suspension doit être jugée irrecevable".

V.2. *Appréciation*

Quant au caractère actuel et certain de l'intérêt

La partie adverse fonde l'exception sur le fait que la requérante refuserait de traiter des tonnages additionnels dans le cadre du "marché 2014", ce qui attesterait que, ne disposant pas de la capacité technique permettant de traiter plus de 15.000 tonnes, elle ne serait pas en mesure d'assurer le traitement des 5.000 tonnes faisant l'objet du lot pour lequel elle avait soumissionné dans le cadre du marché public litigieux.

Au terme des débats tenus à l'audience du 24 février 2017, il n'a pas été possible de déterminer si le refus dont fait état la partie adverse repose sur des contraintes techniques ou sur la conception que se ferait la requérante des obligations lui incombant dans le cadre du "marché 2014", obligations consistant – à son estime – dans le traitement d'une quantité maximale de 15.000 tonnes de combustible solide de substitution par an. En particulier, rien ne permet d'affirmer de manière incontestable que la requérante ne dispose plus de la capacité technique pour traiter les 5.000 tonnes par an du lot pour lequel elle a soumissionné.

Dans ces circonstances, l'hypothèse de contrainte technique envisagée par la partie adverse ne peut être retenue, faute d'être établie à suffisance. Par ailleurs, l'autre hypothèse, évoquée au point 37 de la note d'observations et selon laquelle la requérante disposerait bien de la capacité technique, mais refuserait – au mépris des

engagements souscrits dans le cadre du "marché 2014" – de traiter des tonnages additionnels, n'a pas à être prise en considération dès lors qu'elle se rapporte à un éventuel incident d'exécution du "marché 2014", étranger à la présente cause.

Il suit de ces développements qu'en tant qu'elle repose sur un prétendu défaut d'intérêt actuel et certain, l'exception ne peut être accueillie.

Quant au caractère légitime de l'intérêt

Se fondant sur ce que – aux termes de la transaction conclue entre les parties, tels qu'elle les rapporte dans sa note d'observations – la requérante "renonce unilatéralement et irrévocablement à toute action judiciaire contre l'AIVE et se désiste de tout droit à réclamer une indemnité fondée sur l'arrêt du Conseil d'État du 12 juillet 2016", la partie adverse estime tenir cette renonciation pour l'engagement à respecter une "paix absolue", "engagement contractuel unilatéral et irrévocable" que viole la demande introduite en la présente cause, de sorte que l'intérêt à cette demande ne peut être considéré comme légitime.

Outre le fait qu'un examen effectué en extrême urgence ne permet pas de tenir pour établie, d'évidence, la portée de l'engagement que la partie adverse impute à la requérante, il s'indique de rappeler qu'il découle du caractère d'ordre public du recours pour excès de pouvoir qu'est, en règle, nulle une renonciation par avance au droit de former un recours pour excès de pouvoir, ceci emportant que seul un acquiescement postérieur à l'adoption d'un acte peut justifier l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir, formé contre cet acte.

L'adoption de l'acte attaqué, en date du 24 janvier 2017, étant postérieure à la conclusion de la convention transactionnelle, que la partie adverse date elle-même du 5 janvier 2017, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi l'intérêt à la présente demande examinée en l'espèce serait – pour le motif invoqué aux termes de l'exception d'irrecevabilité – dépourvu de la légitimité requise.

En tant qu'elle repose sur un prétendu défaut d'intérêt légitime, l'exception ne peut davantage être accueillie.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation "des articles 5, 24 et 35 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés

de travaux, de fournitures et de services; des articles 21, 95 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence et du principe *patere legem quam ipse fecisti*". Elle le formule comme suit:

" 10. EN CE QUE, la partie adverse a, au point 4.3 de sa décision (pièce 4), fondé sa décision de renoncer au marché sur le motif que «l'offre de Bruxelles-Energie est particulièrement élevée et nous paraît disproportionnée»,

ET QUE la partie adverse n'a pas, conformément à l'article 21 § 3 de l'arrêté royal précité invité la requérante à justifier ses prix,

11. ALORS QUE l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 impose que l'attributaire du marché par adjudication soit le soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse,

Que le contrôle de la régularité des offres est une application du principe général d'égalité des soumissionnaires consacré par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006;

Que l'article 99, § 1^{er} de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose au pouvoir adjudicateur, dans les adjudications publiques, de «procéder à la vérification des prix conformément à l'article 21»,

Que l'article 21 § 1^{er} de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose, en ce compris pour les marchés publics de services, au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix offerts par les soumissionnaires,

Que c'est manifestement ce que la partie adverse a fait puisque sa décision prévoit expressément un point «4.3 Vérification du caractère anormal des prix» qui contient une analyse des prix de la requérante par rapport à une série d'autres références :

« 4.3. VERIFICATIONS DU CARACTERE ANORMAL DES PRIX

Aucune formule de vérification des prix n'est imposée par la législation pour les marchés de services. Le prix total toutes taxes comprises de Bruxelles-Energie pour le lot 1 est de 144,04 €/t.

Ce prix est de 29 % supérieur à la moyenne des prix des usines de valorisation thermique avec qui le pouvoir adjudicateur a déjà des accords pour travailler en 2017 (accords sortant du cadre du présent marché).

Ce prix est de 38 % supérieur à la moyenne des prix des usines de valorisation thermique avec qui le pouvoir adjudicateur a travaillé en 2016 pour l'ensemble des tonnages collectés sur le territoire dont il a la charge.

Ce prix est par ailleurs 28 % plus élevé que celui remis par Bruxelles-Energie en 2014 dans le cadre d'un précédent marché portant sur les mêmes prestations pour l'année 2015.

Bien que l'état de saturation du marché puisse expliquer une légère hausse des prix, celle constatée sur l'offre de Bruxelles-Energie est particulièrement élevée et nous paraît disproportionnée.

De plus, ce prix dépasse très largement l'estimation budgétaire du pouvoir adjudicateur».

Qu'au terme de cette analyse, la partie adverse constate que l'offre de la requérante serait de 28 à 38% supérieure à diverses autres références de prix citées et qu'elle dépasserait très largement sa propre estimation budgétaire,

Que la partie adverse en déduit que la «hausse des prix (...) constatée sur l'offre de Bruxelles-Energie et particulièrement élevée et nous paraît disproportionnée»,

12. Que la partie adverse considère donc, au terme de la vérification des prix de l'offre de la requérante (art. 21 § 1^{er} AR 15/07/2011), que le prix de la requérante paraît anormalement élevé par rapport aux prestations à exécuter (art. 21 § 3 AR 15/07/2011),

Qu'en application de l'article 21 § 3 de l'Arrêté royal du 15 juin 2011, la partie adverse était tenue d'interroger la requérante sur ses prix avant d'écarter son offre pour cette raison, ce qu'elle n'a pas fait :

« lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoise un délai plus long.»

13. Que la renonciation à passer un marché implique *de facto* l'écartement de l'offre déposée par la requérante pour le marché,

Que si certes la renonciation à passer un marché est autorisée par l'article 35 de la loi du 15 juin 2006, celle-ci doit être dument motivée,

Qu'à la lecture de la décision attaquée, la renonciation à passer le marché est exclusivement fondée sur le caractère disproportionné du prix proposé par la requérante,

Qu'en effet, après avoir vérifié la normalité des prix de la requérante, la partie adverse conclut le point I.4 de sa décision par ce qui suit :

« Pour cette raison, il est décidé de renoncer au présent marché».

Que la renonciation à passer le marché, et l'écartement de l'offre de la requérante qui s'en suit, est fondée en raison du prix paraissant anormalement élevé de l'offre de la requérante,

Que la partie adverse aurait dû faire application de l'article 21 § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et inviter la requérante à justifier son prix,

14. Que le prix proposé par la requérante n'était par ailleurs en rien anormalement élevé,

Que comme indiqué au point 5 des présentes, le prix de 112 EUR/tonne est un prix parfaitement normal,

Que ce prix est par ailleurs conforme aux prix du marché de l'incinération en 2017, lesquels ont sensiblement augmentés depuis 2014,

Qu'il est donc parfaitement logique que les prix proposés par la requérante en 2014

ou les prix proposés dans le cadre des «accords sortant du cadre du présent marché» qui ont été par hypothèse conclus précédemment, sont inférieurs à celui proposé par la requérante,

Qu'il faut d'ailleurs noter que la partie adverse compare des prix portant sur des déchets de nature différente puisqu'elle mentionne elle-même dans son rapport annuel 2015, que les déchets qu'elle cède vers d'autres usines de valorisation thermique, telle INTRADEL, sont des déchets livrés «en vrac», dont le PCI est par nature inférieur au PCI des déchets faisant l'objet du marché et dont les prix de traitement sont donc inférieurs,

15. Que les motifs invoqués par la partie adverse pour renoncer à passer le marché ne sont donc pas pertinents et conformes à la réglementation,

Que le moyen est sérieux".

V.2. Appréciation

L'article 35 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit:

" L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit refaire la procédure, au besoin selon un autre mode".

La décision de renoncer à l'attribution d'un marché doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

Etant entendu que l'acte attaqué se réfère au rapport d'analyse des offres établi par les services de la partie adverse, sans toutefois que celle-ci déclare s'en approprier la teneur, le seul motif de renonciation d'attribuer le marché litigieux auquel il s'indique d'avoir égard est libellé comme suit:

" Vu que seule l'offre de Bruxelles-Energie est sélectionnée qualitativement et régulière;

Vu que le prix de l'offre de Bruxelles-Energie dépasse très largement l'estimation budgétaire du pouvoir adjudicateur".

La requérante ne conteste ni la réalité et l'importance du dépassement ainsi relevé par la partie adverse au regard de l'estimation budgétaire, ni qu'un tel motif soit pertinent et légalement admissible pour justifier de renoncer à attribuer le marché litigieux.

Ce que le moyen reproche à la partie adverse, c'est d'avoir écarté l'offre de la requérante au motif que le prix proposé par celle-ci paraissait anormalement élevé, et ce sans l'avoir préalablement invitée à justifier ce prix, conformément à la

procédure régie par l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Dès lors que la renonciation à attribuer le marché litigieux repose sur le seul constat d'un important dépassement de l'estimation budgétaire par la seule offre déclarée régulière, sans que soit retenue par la partie adverse une éventuelle apparence d'anormalité du prix de cette offre, le moyen qui prend appui sur le prétendu caractère "anormalement élevé" de l'offre de la requérante repose, *prima facie*, sur un postulat inexact en fait. C'est de surcroît à tort que le moyen reproche à la partie adverse de ne pas avoir fait application de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, cette disposition n'étant pas applicable lorsque le pouvoir adjudicateur ne retient pas une apparence d'anormalité de prix d'une offre qui devrait – en cas de confirmation de cette anormalité – être déclarée irrégulière.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. Second moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un second moyen, pris de la violation "de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dont en particulier les articles 5, 19, 23 à 26 et 35; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence et du principe *patere legem quam ipse fecisti*". Elle le formule comme suit:

" 17. EN CE QU'IL ressort de la décision de renoncer à l'attribution du marché que la partie adverse fonde également celle-ci sur la possibilité dont elle dispose de faire traiter ses déchets par des «usines de valorisation thermique avec qui le pouvoir adjudicateur a déjà des accords pour travailler en 2017 (accords sortant du cadre du présent marché)»;

Qu'à la connaissance de la requérante, l'AIVE n'a pas mis en œuvre d'autres marchés publics de services de valorisation thermique des déchets que ceux de 2014 et de 2016 (ce dernier étant le marché litigieux auquel l'AIVE a renoncé),

Qu'il transparaît de la décision attaquée que l'AIVE entend confier à des tiers, en dehors de tout marché, les services de traitement par valorisation thermique de ses déchets pour 2017 et les années suivantes,

ALORS QUE l'octroi de tels services à un opérateur économique constitue un marché public de services, auquel s'appliquent l'ensemble des exigences prescrites par la législation en la matière dont la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics,

18. Qu'en effet, comme il ressort du point 5 des présentes, l'AIVE collecte, d'après ses rapports d'activité, une quantité de déchets à «incinérer» avoisinant les 80.000 tonnes par an, soit plus de 630 tonnes par semaine,

Que ces tonnages doivent nécessairement être traités au jour le jour dans divers exécutoires,

Que si une partie de ceux-ci peuvent être traités par la requérante dans le cadre de l'exécution du marché de 2014, il est certain que des volumes importants de déchets sont nécessairement confiés, depuis le 1^{er} janvier 2017, par l'AIVE à d'autres exécutoires, dont les SA UVELIA et SC SCRL IPALLE, sans le moindre respect de la réglementation des marchés publics,

Que l'on ne pourrait considérer que ces services sont réalisés dans le cadre d'une coopération horizontale non-institutionnalisée avec ces sociétés, dès lors qu'elles sont au moins pour partie détenues par des actionnaires privés,

Qu'en outre, la jurisprudence de la CJUE n'autorise la passation de ce type de contrat que lorsqu'il «ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets»,

Que, par ailleurs, si la partie adverse estimait devoir attribuer sans publicité les services faisant l'objet du marché, elle devrait le faire dans le respect de l'article 26 de la loi du 15 juin 2006,

Qu'en application de l'article 26, § 1^{er}, 1^o e) de la loi du 15 juin 2006, l'AIVE ne pourrait attribuer les services litigieux dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, qu'avec la seule requérante, dès lors qu'il s'agit du seul soumissionnaire sélectionné ayant remis une offre et régulière lors de l'adjudication à laquelle il a été mis fin,

Qu'il ressort par ailleurs du PLAN STRATÉGIQUE & CONTRAT DE GESTION 2017-2019 de la partie adverse qu'elle enverrait encore des déchets à traiter vers des incinérateurs allemands, malgré l'arrêt d'annulation rendu par Votre Conseil le 12 juillet 2016 :

« Notre filière récente de valorisation de notre combustible de substitution en Allemagne peut, à tout moment, être interrompue sur simple décision de l'Office wallon des déchets, sous le couvert du principe d'autosuffisance visant à saturer les outils wallons – principe mis en évidence à plusieurs reprises dans le projet de futur Plan wallon des déchets».

Que la ou les décisions orales ou écrites prises par la partie adverse à une date inconnue d'octroyer les services de traitement des déchets faisant l'objet du marché public litigieux à des tiers, sans respect de la réglementation des marchés publics, viole les dispositions légales citées au moyen

Que le moyen est sérieux".

VII.2. Appréciation

En tant que le moyen se rapporte au premier objet de la requête

En tant que le moyen se rapporte au premier objet de la requête, étant la

décision de la partie adverse de renoncer à l'attribution du marché litigieux, il repose sur l'affirmation aux termes de laquelle cette décision attaquée repose notamment sur un motif identifié comme étant "la possibilité dont [la partie adverse] dispose de faire traiter ses déchets par des «usines de valorisation thermique avec qui le pouvoir adjudicateur a déjà des accords pour travailler en 2017 (accords sortant du cadre du présent marché)".

Ainsi qu'il ressort de l'examen du premier moyen, le seul motif sur lequel repose la renonciation à l'attribution du marché litigieux est l'important dépassement de l'estimation budgétaire par la seule offre déclarée régulière. En revanche, la prétendue possibilité de faire traiter les déchets par d'autres moyens n'est nullement retenue par la partie adverse au soutien de sa décision, la mention citée par la requérante étant extraite du seul rapport d'analyse des offres dont il a été relevé – toujours en réponse au premier moyen – que la partie adverse n'avait pas déclaré s'en approprier la teneur au titre de motivation "par référence" de la décision attaquée. A supposer – *quod non* – que ce rapport d'analyse eût dû être considéré comme tenant lieu de motivation de la décision de renonciation, les autres accords dont il y est question et qui sont étrangers au marché litigieux, ne sont même pas présentés par l'auteur de projet comme constituant une alternative en cas de renonciation à ce marché.

Dès lors que l'existence d'autres accords n'apparaît, *prima facie*, pas comme constituant un motif de la décision de renoncer au marché litigieux, l'éventuelle illégalité dont serait entachée leur conclusion ne vicierait pas la décision de renonciation qui fait l'objet du présent recours.

En tant que le moyen se rapporte au second objet de la requête

En tant que le moyen se rapporte au second objet de la requête, dans la mesure où celui-ci est limité à la décision prise par la partie adverse de conclure une convention avec l'Intercommunale du Brabant wallon, il ne fait état d'aucun grief concret qui soit autoriserait à conclure qu'une telle convention est nécessairement un marché public de services dont l'attribution doit être décidée dans le respect des principes et dispositions dont la violation est invoquée, à savoir notamment les dispositions de la loi du 15 juin 2006 précitée, soit imposerait d'exclure – particulièrement au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dont la requérante entend se prévaloir – que la partie adverse était dispensée d'organiser une procédure de passation selon un des modes prévus par cette même loi du 15 juin 2006.

Tel qu'il est formulé, le moyen ne permet pas, au terme d'un examen

effectué en extrême urgence, de déceler une illégalité manifeste dans la décision de conclure une convention avec l'Intercommunale du Brabant wallon.

Il suit de l'ensemble de ces développements que, quelle que soit celle des décisions attaquées par le présent recours, qu'il a pour objet de critiquer, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VIII. Confidentialité

Les pièces 2, 14, 15, 19 et 21 du dossier administratif sont déposées à titre confidentiel par la partie adverse.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir la confidentialité.

Par ailleurs, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il y a lieu d'ordonner la confidentialité de la pièce 3 annexée à la requête, à savoir le formulaire d'offre de la requérante.

Enfin, à l'audience du 24 février 2017, le conseil de la partie adverse a déposé, à titre confidentiel, un courriel rédigé par les services de celle-ci, relatif à la perspective d'une demande d'autorisation de stockage provisoire du combustible solide de substitution dans le centre d'enfouissement technique de Habay, ce stockage étant présenté – en termes de plaidoiries – comme permettant de mieux réguler le flux de combustible solide de substitution, eu égard au contexte particulier de la renonciation au marché litigieux et au fait que – selon les dires de la partie adverse – celle-ci n'a pris aucune mesure ayant pour objet de confier le traitement de ce combustible à un opérateur choisi en dehors de ce marché, et ce à l'exception des décisions prises à l'occasion de la transaction conclue avec la requérante, ainsi que de celle se rapportant à la convention conclue avec l'Intercommunale du Brabant wallon.

Il s'impose de rappeler que, selon la partie adverse qui n'est pas contestée à ce propos, les seules décisions relatives au traitement du combustible solide de substitution, qui aient été prises simultanément à la passation du marché public litigieux, sont, d'une part, celles qui ont été adoptées dans le cadre de la transaction conclue avec la requérante, et, d'autre part, celle qui a trait à la conclusion d'une convention avec l'Intercommunale du Brabant wallon, portant sur le traitement de 1.000 à 1.500 tonnes.

La requérante demande, pour sa part, que cette pièce lui soit rendue accessible.

Dans ces circonstances, dont le présent arrêt tire les conséquences, tant pour la limitation du second objet du présent recours que pour l'examen du second moyen, il apparaît que la divulgation de ce courriel n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, de sorte qu'il y a lieu d'en maintenir la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces n^{os} 2, 14, 15, 19 et 21 du dossier administratif, la pièce complémentaire déposée à l'audience du 24 février 2017 par la partie adverse et l'annexe 3 à la requête resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le dix mars deux mille dix-sept par :

M. David DE ROY,
M^{me} Caroline HUGÉ,

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.