

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 225.164 du 21 octobre 2013

G./A.210.235/VI-20.057

En cause : **la société anonyme SAINT-GOBAIN PIPE
SYSTEMS BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Me Isabelle COOREMAN, avocat,
chaussée de Ninove, n° 643,
1070 Bruxelles,

contre :

**la société civile sous forme de société coopérative
à responsabilité limitée Société wallonne des eaux,**
en abrégé S.W.D.E.,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT, Michèle BELMESSIERI et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. la société anonyme TPIM,

ayant élu domicile chez
Mes Pierre HENRY et
Thierry WIMMER, avocats,
rue du Palais, n° 64,
4800 Verviers,

**2. la société privée à responsabilité limitée
EMMER SERVICE,**

ayant élu domicile chez
Mes Michel DELNOY et
Alexandre PIRSON, avocats,
rue Simonon, n° 13,
4000 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 septembre 2013, la société anonyme SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" - la décision de la SOCIETE WALLONNE DES EAUX, société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée, dont le siège social est établi à 4800 VERVIERS, Rue de la Concorde n° 41, intitulée «RAPPORT D'ATTRIBUTION» et signée par madame Elisabeth GUILLAUME (responsable marchés) et monsieur Bernard PEVÉE (directeur-adjoint) en date du 5 septembre 2013, par laquelle la SOCIETE WALLONNE DES EAUX a décidé, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, d'attribuer certains lots d'un marché public ayant pour objet la fourniture de prises en charges, pièces et accessoires pour raccordements domestiques et de prise en charge, aux soumissionnaires suivants :

- o Lot n° 2 : AVK;
- o Lot n° 4 : EMMER SERVICE (offre de base);
- o Lot n° 5 : EMMER SERVICE;
- o Lot n° 8 : EMMER SERVICE (variante);
- o Lot n° 9 : AVK (offre de base);
- o Lot n° 11 : EMMER SERVICE;
- o Lot n° 13 : VIGOTEC;
- o Lot n° 14 : EMMER SERVICE (variante);
- o Lot n° 15 : TPIM;
- o Lot n° 16 : EMMER SERVICE;

et par laquelle la SOCIETE WALLONNE DES EAUX a déclaré l'offre de la SA SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS BELGIUM irrégulière en ce qui concerne le lot n° 5, le lot n° 7 (troisième variante), le lot n° 8 (offre de base et première variante), le lot n° 14, le lot n° 15 ainsi que le lot n° 16;

- la décision implicite de la SOCIETE WALLONNE DES EAUX, prise à la même date, de ne pas attribuer les lots n°s 2, 4, 5, 8, 9, 11, 13, 14, 15 et 16 à la SA SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS BELGIUM".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 23 septembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 11 octobre 2013 à 10 heures.

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

La société anonyme TPIM a, par une requête introduite le 10 octobre 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

La société privée à responsabilité limitée EMMER SERVICE a, par une requête introduite le 10 octobre 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Bram TOLLET, loco Me Isabelle COOREMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Bruno LOMBAERT et Mathieu THOMAS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, Me Thierry WIMMER, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante et Mes Michel DELNOY et Alexandre PIRSON, avocats, comparaissant pour la seconde partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Un avis relatif à un marché pluriannuel pour la fourniture de prises en charges, pièces et accessoires pour raccordements domestiques et de prise en charge a été publié au Bulletin des adjudications le 31 janvier 2013 et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 5 février 2013.

III. 2. Le cahier spécial des charges, portant la référence SA/Sm/Log/F.1390-615, précise que le marché est divisé en 17 lots pour une durée maximale de quatre ans, assortie d'une clause de résiliation annuelle à l'initiative de la société wallonne des eaux.

En son article 1.1.9 Variantes, le cahier spécial des charges prévoit que :

" La présentation de variantes libres est autorisée pour autant qu'elles soient conformes aux clauses techniques du cahier spécial des charges".

III. 3. Le 6 mai 2013, la requérante a déposé une offre pour les lots suivants :

- Lot 1 : Prise en charge pour PVC;
- Lot 2 : Prises en charge universelles;

- Lot 4 : Clapets anti-retour;
- Lot 5 : Robinets à membrane en fonte pour raccords spéciaux – Variante 1;
- Lot 5 : Robinets à membrane en fonte pour raccords spéciaux – Variante 2;
- Lot 6 : Coudes et raccords autobloquants pour PE HD - DE 32;
- Lot 7 : Robinets à membrane DN 20;
- Lot 7 : Robinets à membrane DN 20 - Variante 1;
- Lot 7 : Robinets à membrane DN 20 - Variante 2;
- Lot 7 : Robinets à membrane DN 20 - Variante 3;
- Lot 8 : Têtes et joints pour robinet de sûreté DO 3/4" - 4/4";
- Lot 8 : Têtes et joints pour robinet de sûreté DO 3/4" - 4/4" - Variante 1;
- Lot 9 : Robinet-vanne de branchement avec tige allonge, cheminée et accessoires;
- Lot 11 : Tuyaux flexibles inox;
- Lot 13 : Robinetterie laiton;
- Lot 14 : Tés, raccords, coudes et robinets purgeurs;
- Lot 15 : Support Compteurs 4/4" réglable;
- Lot 16 : Support compteur DN 25 à DN 40.

III. 4. Le 17 mai 2013, faisant suite à la demande émanant de la société wallonne des eaux, l'administrateur délégué de la requérante, Raphaël ROQUET, a transmis des pièces complémentaires au pouvoir adjudicateur par courrier électronique.

III. 5. Par un courrier daté du 29 mai 2013, faisant suite à une nouvelle demande de la partie adverse, Raphaël ROQUET a envoyé les documentations techniques et les agréments sanitaires pour la matière synthétique de certains lots.

III. 6. Le 6 septembre 2013, la partie adverse a notifié à la requérante la décision d'attribution par lettre recommandée, reçue en date du 10 septembre 2013. Annexé à cette lettre de notification se trouve le document intitulé "RAPPORT D'ATTRIBUTION".

Selon la requête, le rapport d'attribution contient la décision d'attribution.

Il s'agit de la décision partiellement attaquée, notamment en ce qui concerne les lots numéros 2, 4, 5, 8, 9, 11, 13, 14, 15 et 16.

IV. REQUETES EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 10 octobre 2013, la société anonyme TPIM demande à intervenir dans la présente procédure.

Par une requête introduite également le 10 octobre 2013, la société privée à responsabilité limitée EMMER SERVICE demande à intervenir dans la présente procédure.

La société TPIM est l'attributaire du lot 15, tandis que la société EMMER SERVICE est l'attributaire des lots 4, 5, 8, 11, 14 et 16.

Dans ces conditions, rien ne paraît s'opposer à ce que les requêtes en intervention soient accueillies.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SUSPENSION

V. 1. Quant à l'intérêt

La requérante fait valoir que la prétendue irrégularité de son offre pour certains lots ne la prive pas d'intérêt à agir.

Elle affirme que "la plupart des irrégularités constatées le furent à tort et [...], de surcroît et plus spécifiquement en ce qui concerne le lot n° 5, l'offre de l'adjudicataire ne fut pas plus régulière que celle(s) introduite(s) par la SA SGPS".

La partie adverse oppose que la requérante est sans intérêt à poursuivre la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer les lots 2, 4, 5, 8, 9, 11, 13, 14, 15 et 16.

La société anonyme TPIM fait valoir l'irrecevabilité de la requête en ce qu'elle poursuit la suspension de l'exécution de la décision implicite de refus d'attribution du lot 15.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'intérêt de la requérante à attaquer la décision d'écarter son offre pour le lot 2 n'est pas contesté.

Pour ce qui concerne les lots 5, 8 et 14 la requérante paraît disposer d'un intérêt suffisant à agir en ce qu'elle soutient que, pour les lots 8 et 14, son offre n'est pas irrégulière et que, pour le lot 5, l'offre de l'adjudicataire est également irrégulière.

Quant aux décisions implicites de ne pas lui attribuer les lots contestés, la requérante ne pourrait avoir intérêt à les contester que si elle établissait par l'un ou

plusieurs de ses moyens, que ces lots devaient lui être attribués, ce qui ne peut être décidé sans un examen préalable des moyens.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la "violation de l'article 6, alinéa 2 de la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 31, § 2, et 32, § 3, des statuts de la SWDE adoptés par l'Assemblée Générale du 29 mai 2012 et approuvés par l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 juin 2012".

Elle affirme que "la décision attaquée, c'est-à-dire la décision par laquelle les lots n° 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 et 17 du marché litigieux ont été attribués aux concurrents de la SA SGPS, fut signée par madame Elisabeth GUILLAUME (responsable marchés) et monsieur Bernard PEVEE (directeur-adjoint), alors que, conformément aux dispositions citées au premier moyen, seul monsieur Eric VAN SEVENANT, Président du Comité de direction de la SWDE, avait le pouvoir et les compétences pour procéder à l'attribution et donc à la passation du marché dont question".

Elle soutient que le premier moyen présente un caractère d'ordre public et qu'elle ne doit point justifier d'un intérêt à l'invoquer conformément à la jurisprudence constante en la matière.

Dans le développement de ce premier moyen, la requérante fait valoir que l'article 31, § 2, des statuts de la S.W.D.E. range parmi les compétences du comité de direction "La conclusion de tous traités, achats et marchés pour l'exploitation des services selon les délégations données par le Conseil d'administration" et qu'ainsi, la compétence de principe pour la conclusion, la passation et l'exécution des marchés publics semble relever du conseil d'administration qui peut, le cas échéant, déléguer cette compétence au comité de direction.

Elle soutient encore que, selon l'article 32, § 3, des mêmes statuts, le comité de direction est valablement représenté par le président, que, suivant les renseignements dont elle dispose, seul Eric VAN SEVENANT pourrait, "pour autant qu'une délégation de compétence par le Conseil d'administration en sa faveur puisse

être produite aux débats", attribuer le marché à un ou plusieurs soumissionnaires déterminés et que le cahier spécial des charges, article 1.1.5 porte que :

" Le pouvoir adjudicateur est la SWDE, rue de la Concorde, 41 à 4800 Verviers, représentée par Monsieur Eric VAN SEVENANT, Président du Comité de direction".

La requérante entend souligner, "pour autant que de besoin", qu'aucune délégation de compétence, ni par le conseil d'administration au comité de direction, ni par le comité de direction, représenté par Eric VAN SEVENANT, aux personnes ayant signé ce qu'elle tient comme étant l'acte attaqué ne figure au Moniteur belge.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations la partie adverse, rejointe par la société EMMER SERVICE et par la société TPIM, parties intervenantes, oppose, que l'article 22, alinéas 1^{er} et 2, des statuts de la S.W.D.E. prévoit que :

" Le Conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la SWDE, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale.

Le Conseil d'administration contrôle la gestion journalière assurée par le Comité de direction qui en fait régulièrement rapport au conseil [...]",

que l'article 23 des mêmes statuts mentionne :

" Le Conseil d'administration peut déléguer au Comité de direction ou au conseil d'exploitation des succursales d'exploitation tout ou partie de ses pouvoirs, à l'exception des pouvoirs suivants :
1° la définition de la politique générale de la SWDE;
2° ceux que la loi ou les présents statuts réservent expressément au conseil d'administration.

Tout acte de délégation identifie de manière précise les pouvoirs visés par cette délégation ainsi que sa durée",

que l'article 31, § 1^{er}, des mêmes statuts confère au comité de direction la gestion journalière de la société, que les missions que comporte la "gestion journalière" sont définies à l'article 31, § 2, des statuts, qu'elles comprennent, entre autres "la conclusion de tous les traités, achats et marchés pour l'exploitation des services selon les délégations données par le Conseil d'administration", qu'enfin, la délivrance des extraits des procès-verbaux des séances du Conseil d'administration est régie par l'article 24, § 4, des statuts, selon lequel :

" Les délibérations du Conseil d'administration sont constatées par des procès-verbaux inscrits dans un registre spécial tenu au siège de la SWDE. Les procès-verbaux sont signés par le Président et l'un des Vice-Présidents et par le secrétaire. Le secrétariat est assuré par un membre du Comité de direction".

La partie adverse fait valoir qu'en l'espèce, par une décision 29 novembre 2012, le conseil d'administration de la S.W.D.E. a attribué, du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2013, au comité de direction et aux conseils d'exploitation des succursales les compétences en matière de marchés publics, aux conditions définies aux tableaux annexés à la décision et qu'il a autorisé les délégations de pouvoir par le comité de direction et les conseils d'exploitation aux organes subordonnés et aux membres de leur personnel, aux conditions définies aux tableaux repris en annexe 3.

Elle affirme que le 17 janvier 2013, le comité de direction a décidé de soumettre à l'approbation du conseil d'administration l'engagement d'un marché de fournitures de pièces et accessoires pour raccordements domestiques et prise en charge pour une durée de quatre ans et d'une valeur estimée de 2.402.076,46 euros hors taxe sur la valeur ajoutée par an, soit 9.608.305,84 euros hors taxe sur la valeur ajoutée pour quatre ans, qu'il s'agit du marché dont l'attribution de certains lots se trouve attaquée, que ce marché devait être attribué selon la procédure négociée avec publicité préalable au moyen d'un avis de marché à publier au Journal officiel de l'Union européenne et au Moniteur belge et que par la même décision, le comité de direction a approuvé le cahier spécial des charges régissant ce marché.

Elle énonce que, lors de sa séance du 25 janvier 2013, le conseil d'administration a approuvé l'engagement du marché public qui lui a été soumis par le comité de direction, qu'il a, en outre, approuvé le choix de la procédure négociée avec publicité, qu'il a donné délégation au comité de direction pour approuver la liste des candidats issus de la sélection qualitative, que le 28 mars 2013, le comité de direction a décidé de sélectionner onze candidats ayant remis une candidature dans le cadre du marché litigieux, que le 22 août 2013, le comité de direction a décidé de soumettre la proposition d'attribution du marché relative au marché de fourniture de pièces et accessoires pour raccordements domestiques et de prise en charge, à l'approbation du conseil d'administration, que le 30 août 2013, le conseil d'administration a décidé d'approuver le rapport d'analyse technique, le tableau de comparaison des offres et le rapport d'attribution du marché litigieux auquel était joint le rapport d'analyse technique, qu'il a déclaré différentes offres non-conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges, tant techniques qu'administratives, et qu'il a décidé d'attribuer les lots 1 à 17 à différents soumissionnaires.

La partie adverse conclut que la décision d'attribution du marché a été adoptée par le conseil d'administration de la S.W.D.E. et non, comme le soutient la requérante, par les signataires du rapport d'attribution, Elisabeth GUILLAUME et Bernard PEVEE, notifié à la partie requérante le 6 septembre 2013.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort du dossier administratif que, le 30 août 2013, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé de l'attribution des lots 1 à 17 faisant l'objet du marché.

Cette constatation suffit à faire apparaître le premier moyen comme non sérieux.

Il apparaît cependant que, le 6 septembre 2013, la partie adverse a communiqué à la requérante ainsi qu'aux parties intervenantes, à l'intervention de la responsable des marchés Elisabeth GUILLAUME, le rapport d'attribution, signé par celle-ci et par le responsable technique Bernard PEVEE, en précisant que :

" En application de l'article 41sexies de la loi du 24 décembre 1993, il vous est possible «d'introduire un recours en suspension auprès d'une juridiction, et ce exclusivement, selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence»".

Ce n'est que le 26 septembre 2013 que le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé le procès-verbal de la séance du 30 août 2013, soit après l'introduction de la requête.

Les documents communiqués par la partie adverse à la requérante le 6 septembre 2013 ont pu l'induire en erreur sur l'identité de l'auteur de la décision attaquée.

La requérante a reconnu à l'audience que cette décision avait bien été prise par le conseil d'administration de la partie adverse, mais a fait observer qu'elle n'en était pas informée lors de l'introduction de la requête. Elle a demandé que, dans ces conditions, les dépens soient mis à la charge de la partie adverse.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la "violation de l'article 98, § 2, de l'Arrêté Royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des

services postaux, de l'article 2.2.1.5 du CSC, du principe d'égalité entre soumissionnaires ainsi que du principe «patere legem quam ipse fecisti».

Elle affirme que la partie adverse a décidé d'attribuer le lot n° 5 du marché litigieux à la société EMMER SERVICE, en considérant les deux variantes de la requérante comme irrégulières à défaut d'offre de base et l'"offre de base" de la société EMMER SERVICE comme régulière, alors que la partie adverse aurait dû constater qu'en raison de la méconnaissance des spécifications techniques du cahier spécial des charges, l'offre de base de la société EMMER SERVICE était une variante qui aurait dû être écartée, "de sorte que le principe d'égalité entre soumissionnaires a manifestement été violé et le lot n° 5 n'aurait pas pu être attribué".

La requérante affirme encore que son intérêt au moyen est bien établi, que, par la décision attaquée, le pouvoir adjudicateur a considéré ses deux variantes comme irrégulières en raison de l'absence d'une offre de base conforme, que, cependant, comme avancé dans la lettre du 16 septembre 2013, elle n'était pas en mesure de proposer une offre de base conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, que son concurrent direct pour ce lot, la société EMMER SERVICE, n'a pas non plus remis une offre de base conforme, que dès lors, à défaut d'autres soumissionnaires réguliers, le lot n'aurait pas pu être attribué à ce concurrent, que son intérêt tient dans la récupération des chances d'obtenir le marché puisque, à défaut d'offres régulières, le pouvoir adjudicateur aurait très probablement dû organiser une nouvelle procédure d'attribution pour ce lot et qu'elle aurait alors pu introduire une offre conforme et, le cas échéant, obtenir l'attribution dudit lot.

Dans le développement du deuxième moyen, la requérante rappelle que l'article 98, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 prévoit que :

" Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 77, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité".

Elle soutient que le principe d'égalité implique que le pouvoir adjudicateur traite de la même façon les soumissionnaires se trouvant dans des situations objectivement comparables voire identiques, qu'en l'espèce, les deux variantes qu'elle a introduites ont été écartées par le pouvoir adjudicateur au motif qu'à défaut d'offre de base, elle n'avait de choix que d'écarter les deux variantes, que, dans la décision attaquée, il est mentionné :

" Offre(s) administrativement non conforme(s) :
- [...]"

- SAINT-GOBAIN pour le lot 5 non-conforme sur le plan administratif car elle n'a pas remis prix pour une offre de base mais bien pour deux variantes",

que Raphaël ROQUET, administrateur délégué de la requérante, observe, dans sa lettre du 16 septembre 2013, que la société SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS BELGIUM est dans l'impossibilité d'introduire une offre de base, c'est-à-dire en parfaite conformité avec les prescriptions techniques imposées par le cahier spécial des charges, raison pour laquelle seules deux variantes furent introduites, qu'il observe en outre que l'offre de base de son concurrent, la société EMMER SERVICE, est également non conforme à ces prescriptions techniques, qu'en effet, dans le rapport d'analyse technique, il est indiqué que :

" [...] la pièce proposée est un robinet à piston en laiton étudié spécifiquement pour être placé sur les installations intérieures. Il est compact et léger. La manipulation du robinet tant en fermeture qu'en ouverture est aisée jusqu'à la pression nominale. La finition et l'usinage des filets est propre. Le fournisseur présente des agréments alimentaires Allemands recevables",

alors que le lot porte l'intitulé :

" Robinets à membrane en fonte pour raccordements spéciaux",

qu'un robinet à membrane en fonte ne peut être assimilé à un robinet à piston en laiton.

La requérante se réfère à sa pièce n° 15, comportant deux photos, une première d'un robinet à membrane en fonte et une deuxième d'un robinet à piston en laiton et indique que, même dans le cadre d'un examen *prima facie*, il est possible de constater que l'offre de la société EMMER SERVICE n'est pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, plus précisément son article 2.2.1.5 :

" Prescriptions complémentaires relatives au lot 5

La pression nominale des robinets à membranes est de 16 bars.

Les caractéristiques de la membrane au point 4.2 de la FTA/10/05 sont des valeurs non contraignantes. Si les caractéristiques s'écartent de celles de cette fiche technique, le soumissionnaire est tenu de renseigner celles-ci dans son offre.

Les robinets peuvent être à passage direct ou à passage indirect".

et que, conformément au principe *Patere legem quam ipse fecisti*, le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter son propre cahier spécial des charges, qu'une offre de base qui déroge aux spécifications techniques est de toute façon affectée par une irrégularité d'ordre substantiel, de sorte qu'elle doit toujours être écartée.

Elle conclut que la différence de traitement n'est nullement justifiable ni justifiée.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose que l'article 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 concerne la régularité des offres et des prix en adjudication et en appel d'offres, que le marché contesté a été lancé par une procédure négociée avec publicité européenne, à laquelle l'article 98 précité n'est pas applicable et qu'en tant qu'il est pris de la violation de cette disposition, qui n'est pas pertinente, le moyen est irrecevable.

La partie adverse fait valoir ensuite que l'article 1.1.9 "variantes" du cahier spécial des charges précise que "la présentation de variantes libres est autorisée pour autant qu'elles soient conformes aux clauses techniques du cahier spécial des charges", que l'article 2.2 "spécifications techniques et normes applicable" indique que les fournitures doivent être conformes à l'inventaire et aux prescriptions techniques reprises dans les fiches techniques jointes au cahier spécial des charges, que, concernant le lot 5 intitulé "robinets à membrane en fonte pour raccords spéciaux", il ressort de l'inventaire que les pièces suivantes étaient demandées :

- poste 64 : robinet à membrane FI 6/4" DN40;
- poste 65 : robinet à membrane FI 2" DN50,

que le tableau de l'article 2.2 renvoie, pour les prescriptions techniques du lot 5, à la fiche technique FTA/10/05-B.

Rejointe par la société EMMER SERVICE, la partie adverse énonce que la fiche technique FTA/10/05-B relative aux robinets à membrane prévoit que "les robinets à membrane sont fabriqués en fonte ou en laiton et sont prévus pour une pression nominale PN de 10 bars ou de 16 bars", que l'article 2.2.1.5 "prescriptions complémentaires relatives au lot 5" du cahier spécial des charges précise que "les caractéristiques de la membrane au point 4.2 de la FTA/10/05 sont des valeurs non contraignantes. Si les caractéristiques s'écartent de celles de cette fiche technique, le soumissionnaire est tenu de renseigner celles-ci dans son offre", que le rapport d'attribution indique que l'offre de la requérante pour le lot 5 n'est pas conforme sur le plan administratif car celle-ci "n'a pas remis prix pour une offre de base mais bien pour les deux variantes", qu'en effet, la requérante n'a pas déposé d'offre de base pour ce lot 5 mais n'a déposé que deux variantes, qu'elle reconnaît expressément dans sa requête qu'"elle était dans l'impossibilité d'introduire une offre de base, c'est-à-dire en parfaite conformité avec les prescriptions techniques imposées par le [CSC]",

qu'elle ne conteste pas la décision, prise par la partie adverse, d'écarter ses deux variantes, qui est fondée sur le fait qu'elle n'a pas déposé d'offre de base pour ce lot, l'article 1.1.9 "variantes" du cahier spécial des charges impliquant qu'une offre de base soit déposée, à côté de laquelle les soumissionnaires pouvaient proposer des variantes libres.

Selon la partie adverse, la requérante lui reproche à tort de l'avoir traitée différemment de la seconde intervenante, EMMER SERVICE. Elle relève que le rapport d'analyse technique pour le lot 5 précise ce qui suit :

" La pièce proposée est un robinet à piston en laiton étudié spécifiquement pour être placé sur les installations intérieures. Il est compact et léger. La manipulation du robinet tant en fermeture qu'en ouverture est aisée jusqu'à la pression nominale. La finition et l'usinage des filtres est propre. Le fournisseur présente des agréments alimentaires Allemands recevables",

et que les pièces proposées par EMMER SERVICE dans son offre de base sont en conformité avec toutes les prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

Elle affirme qu'un soumissionnaire ne doit pas se limiter à l'intitulé d'un lot, en l'espèce "robinets à membrane en fonte pour raccordement spéciaux" pour remettre une offre, que l'inventaire du cahier spécial des charges demandait, pour le lot 5, des robinets à membrane FI 6/4" DN40 (poste 64) et des robinets à membrane FI 2" DN50 (poste 65), que le cahier spécial des charges renvoyait expressément à la fiche technique FTA/10/05-B pour décrire les prescriptions techniques des pièces que devaient proposer les soumissionnaires pour le lot 5, que le point 3 "conception" de cette fiche technique FTA/10/05-B prévoit que "les robinets à membrane sont fabriqués en fonte ou en laiton", que selon la documentation technique des pièces proposées par EMMER SERVICE, qui est jointe à son offre de base, les robinets à membrane QUICKTURN sont en laiton et de type 6/4" DN40 et de type 2" DN50, que les pièces proposées par EMMER SERVICE sont donc conformes aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges valant pour l'offre de base, qu'en revanche, les propositions de la requérante tiennent en deux variantes qui s'écarterent des prescriptions techniques du cahier spécial des charges :

- variante 1 "robinet en bronze à opercule" : la fonte ou le laiton était imposé par la fiche technique FTA/10/05-B;

- variante 2 "robinet à opercule en fonte ductile" : la pièce proposée est un robinet de sectionnement pour raccordement en fonte, revêtu d'époxy livré avec un volant en fonte de 13,5 cm de diamètre ne disposant pas des embouts façonnés en forme d'hexagone de serrage, qu'il ne s'agit pas d'un appareil développé spécifiquement pour une utilisation sur les installations intérieures, la variante 2 étant, ce qui est techniquement appelé, une vanne à opercule.

Elle affirme qu'elle a attribué le lot 5 à EMMER SERVICE dans la mesure où celle-ci proposait une offre de base conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

C. Requête en intervention

L'intervenante EMMER SERVICE fait valoir qu'elle a déposé une offre de base visant des robinets en laiton dont les caractéristiques techniques respectaient la fiche technique applicable au lot 5, qu'elle déposait en effet comme article un robinet à membrane QUICKTURN qui dispose d'un piston, qui a la caractéristique d'être en laiton et qui respecte les exigences de dimension visées à l'annexe 4 du cahier spécial des charges.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante, qui ne conteste pas n'avoir pas déposé d'offre de base, ne peut avoir intérêt au moyen que si elle est en mesure d'établir que l'offre de la société EMMER SERVICE, retenue pour l'attribution du lot 5 est elle-même irrégulière.

C'est à juste titre que la partie adverse oppose tout d'abord au deuxième moyen que l'article 98, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux n'est pas applicable à la procédure négociée.

Cet article figure en effet dans le titre VII de cet arrêté royal, qui porte "Des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres".

En ce qu'il est pris de la violation de cette disposition, le moyen n'apparaît pas sérieux.

S'agissant de la violation soutenue au même moyen de l'article 2.2, point 5, du cahier spécial des charges, du principe d'égalité entre soumissionnaires ainsi que du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, c'est à juste titre que la requérante fait valoir que le lot 5 porte l'intitulé "Robinets à membrane en fonte pour raccordements spéciaux".

Il apparaît que le point 2.2 du cahier spécial des charges porte en premier alinéa que :

" Les fournitures seront conformes à l'inventaire et aux prescriptions techniques énumérées ci-dessous :",

au point 5 du tableau qui suit figure la mention "Robinets à membrane en fonte pour raccordements spéciaux", et à la même ligne, la référence au document, ou fiche technique FTA/10/05-B.

La fiche technique FTA/10/05-B mentionne au point 3. Conception, 3.1. Généralités, que le lot 5 vise des robinets à membranes qui sont fabriqués en fonte ou en laiton.

En ce qui concerne les matériaux, la fiche technique précise en effet :

" 4.1 Corps et dôme

Le corps et le dôme de ces appareils sont en fonte à graphite sphéroïdal suivant la norme NBN EN 1563 en fonte à graphite lamellaire suivant la norme NBN EN 1561 ou en laiton".

La société EMMER SERVICE a déposé comme offre de base un robinet membrane "QUICKTURN", corps en "laiton dézincifié" qui dispose d'un "piston massif avec enrobage EPDM".

Elle a expliqué à l'audience que tous les robinets envisagés comportent à la fois une membrane et un piston.

La requérante a entendu préciser que la membrane pouvait être soit indépendante du piston soit appliquée à celui-ci.

Des pièces de la procédure et des informations recueillies à l'audience, on ne peut que conclure, prima facie, que la requérante, à laquelle incombe la charge de la preuve de l'irrégularité de l'offre présentée par la société EMMER SERVICE pour le lot 5, n'est pas parvenue à établir que le matériel offert par celle-ci ne correspondait pas aux exigences du cahier spécial des charges et à la fiche technique FTA/10/05-B.

Prima facie, c'est en vain que, dans ces conditions, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir méconnu les exigences du cahier spécial des charges, l'adage *Patere legem quam ipse fecisti* et le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, alors qu'elle même ne présente pas d'offre de base mais des variantes consistant en des robinets à opercule en bronze ou en fonte.

Le deuxième moyen ne peut être tenu pour sérieux.

VIII. TROISIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un troisième moyen de la "violation de l'obligation de motivation matérielle ainsi que des principes généraux de bonne administration, dont notamment le principe de prudence, le principe de proportionnalité ainsi que le principe du raisonnable".

Elle affirme que "le pouvoir adjudicateur a commis des erreurs manifestes d'appréciation dont la décision attaquée constitue le reflet", qu'"ainsi, première branche, le lot n° 2 a été attribué à la société AVK alors que la qualité technique des prises proposées par cette dernière est largement en-deçà de la qualité technique des prises proposées par la SA SGPS de sorte que ce lot aurait dû être attribué à la partie requérante", qu'"ainsi, deuxième branche, le lot n° 8 a été attribué la société EMMER SERVICE alors que la partie requérante a remis un échantillon qui prouvait la conformité de son offre de sorte que ce lot aurait également dû lui être attribué (offre la moins disante)" et qu'"ainsi, troisième branche, le lot n° 14 a été attribué à la société EMMER SERVICE alors que la partie requérante avait bel et bien remis un certificat Hydrocheck de sorte que ce lot aurait également dû lui être attribué (offre la moins disante)".

Elle soutient qu'elle a intérêt au moyen en ce qu'à défaut des erreurs manifestes d'appréciation les lots 2, 8 et 14 auraient dû lui être attribués.

Dans le développement de la première branche, la requérante fait valoir que, dans le cadre du lot 2, le pouvoir adjudicateur recourait aux critères d'attribution suivants :

" - prix : 50 %
- Technique : 50 %, dont :
Conception/robustesse : 10 %
Mise en œuvre : 20 %
Plage d'utilisation : 20%",

qu'au total cinq offres furent introduites (AVK, EMMER SERVICE, S.A. S.G.P.S., TPIM, SODELUX), dont seulement deux furent effectivement évaluées sur la base des critères d'attribution précités, la sienne et celle de la société AVK, qu'au final, elle obtient le score de 84,99/100 et la société AVK le score de 87/100, différence qui ne s'élève qu'à 2,01/100, qu'en procédant à l'évaluation des offres et en accordant des pourcentages aux différentes offres en fonction des critères d'attribution énoncés au

cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation, que la qualité technique des prises de la société AVK est largement en-deçà de celle des prises proposées par elle, qu'il est tout à fait déraisonnable d'avoir accordé un score de 6/10 pour le sous-critère "conception/robustesse" et un score de 11/20 pour le sous-critère "mise en œuvre", c'est-à-dire deux pourcentages au-dessus de la moyenne (moitié des points à accorder), que le pouvoir adjudicateur constate lui-même ce qui suit, à propos de l'échantillon remis par la société AVK :

" Pièce lourde et encombrante. Tiges filetées longues et pouvant être gênantes lors de la pose en tranchée. L'engagement du boulon dans le filet de l'étrier pose des difficultés. Pas de fuite d'eau lors des opérations de forage. Œillet ouvert de la plaque de fermeture de la cassette fragile au serrage. La documentation annonce 2 corps et 9 étriers pour couvrir les diamètres allant de 50 à 300 mm",

que la contradiction entre ces observations et le pourcentage accordé à cette offre est flagrante, qu'elle procède d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur qui, ce faisant, a violé le principe de prudence, le principe du raisonnable ainsi que l'obligation de motivation matérielle et que les motifs invoqués ne justifient nullement l'octroi d'un pourcentage aussi élevé dans le cadre des différents sous-critères d'attribution.

Dans le développement de la deuxième branche du moyen, la requérante affirme que dans le cadre du lot 8 le pouvoir adjudicateur a recouru au critère d'attribution prix pour la totalité des points, qu'au total, quatre offres furent introduites, deux par la requérante et deux par la société EMMER SERVICE, que le lot fut attribué à la variante introduite par la société EMMER SERVICE au motif que les deux offres de cette société, tant la variante que l'offre de base, étaient conformes d'un point de vue technique alors que les deux offres de la requérante étaient non-conformes car "l'étanchéité de la tige vers le filet est assurée par un seul joint O-ring (double joint imposé)", que pour porter un tel jugement sur les offres introduites par la requérante, la partie adverse a dû se fonder uniquement sur les fiches techniques de celle-ci, que la fiche technique communiquée au pouvoir adjudicateur n'était pas actualisée, que cependant, le cahier spécial des charges précise à la page 8 sur 16 :

" 1.1.12 Fourniture d'échantillons

En vue de l'analyse technique, le soumissionnaire est tenu de faire parvenir, simultanément au dépôt de son offre, un échantillon perdu pour les articles précisés dans l'annexe 4. Si pour une raison qui sera expliquée à cet inventaire, l'échantillon de l'article précisément demandé ne peut être fourni, l'échantillon d'un article similaire d'une dimension autre pourra être proposé après accord du gestionnaire technique.

Ces échantillons devront être adressés à l'attention de Monsieur Benoît Thibert, rue de la papeterie 201, 4801 Stembert. Chaque échantillon sera emballé

solidement et sera dûment étiquetés du nom de la firme soumissionnaire, des références du marché (SA/Sm/Log/F.1390-615) et des numéros de lot et de poste concernés.

En outre, le soumissionnaire s'engage à fournir tout autre échantillon sur éventuelle demande ultérieure de la SWDE",

que, dans ces conditions, les soumissionnaires, dont la requérante, pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur tienne compte des échantillons fournis, qu'il n'a pas pris la peine d'examiner l'échantillon présenté par la requérante dans le cadre de son offre pour le lot 8, que s'il avait procédé à un examen diligent et précis de cet échantillon, il aurait nécessairement constaté que celui-ci comprenait bel et bien deux o-rings.

La partie requérante souligne qu'en outre, la procédure suivie dans le cas d'espèce fut une procédure négociée qui se caractérise par une liberté de manœuvre plus grande dans le chef du pouvoir adjudicateur par rapport aux autres procédures d'attribution, que la procédure négociée offre au pouvoir adjudicateur un cadre plus souple et flexible, lui permettant, entre autres, de régulariser plus facilement et sans compromettre l'égalité entre soumissionnaires, une offre qui serait incomplète voire inexacte ou incohérente, que "force est de constater qu'en l'espèce, la contradiction entre l'échantillon et la fiche technique n'est qu'un petit détail qui aurait pu être corrigé par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure négociée en demandant tout simplement une fiche technique mise à jour auprès du soumissionnaire concerné", que l'absence d'une telle démarche témoigne de l'attitude peu diligente, voire déraisonnable, de la partie adverse dans le cadre du marché litigieux, que toute autorité adjudicatrice normalement prudente et diligente aurait procédé à la régularisation de l'offre de la requérante, que, pour une meilleure information, le dossier administratif devrait contenir l'échantillon fourni par la requérante dans le cadre du marché litigieux ou la partie adverse devrait à tout le moins être invitée à apporter ladite pièce lors de l'audience ce qui devrait permettre de constater que le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte de cet échantillon et a adopté une attitude formaliste et déraisonnable en ne tenant compte que de la fiche technique alors que c'est à l'initiative du pouvoir adjudicateur lui-même que des échantillons furent demandés auprès des différents soumissionnaires.

Dans le développement de la troisième branche, la requérante affirme que, dans le cadre du lot 14, la partie adverse a écarté son offre au motif qu'elle avait omis de fournir la certification Hydrocheck pour le joint du purgeur, qu'il s'agit cependant d'une erreur, que, premièrement, un certificat Hydrocheck a été communiqué au pouvoir adjudicateur pour le joint en question, que la matière constituante du joint du purgeur dans le cadre du lot 14 est identique à celle de la membrane du robinet dans le cadre du lot 7 (en ARNITEL) de sorte que l'exclusion

n'est pas justifiée sur le plan technique, que, deuxièmement, la partie adverse semble se montrer tout à fait déraisonnable car cette absence de certificat pour le lot 14 résulterait d'une mention manuscrite au-dessus de certains certificats ("Caoutchouc MG/ATG/60 PURA 60", "RACI-PLAST GF 60" et "ARNITEL EM 400 natural") selon laquelle ces certificats se rapportaient au lot 12, qu'il s'agit d'une légère erreur de manipulation dans les documents transmis, que "la sanction de l'irrégularité est dans ce cadre, totalement disproportionnée, non-justifiée et qui plus est, manifestement déraisonnable".

La requérante réaffirme que la procédure suivie dans le cas d'espèce a été une procédure négociée qui se caractérise par une liberté de manœuvre plus grande dans le chef du pouvoir adjudicateur par rapport aux autres procédures d'attribution, que la procédure négociée offre au pouvoir adjudicateur un cadre plus souple et flexible, lui permettant, entre autres, de régulariser plus facilement et sans compromettre l'égalité entre soumissionnaires une offre qui serait incomplète voire inexacte ou incohérente.

Elle soutient que le fait d'avoir omis une telle démarche "témoigne de l'attitude peu diligente, voire déraisonnable, de la SWDE dans le cadre du marché litigieux. En effet, l'attitude formaliste de la SWDE est à rejeter. Toute autorité adjudicatrice normalement prudente et diligente aurait procédé à la régularisation de l'offre de la partie requérante".

Elle conclut que, dans le cadre du lot 14 également, le pouvoir adjudicateur a violé l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs, méconnu les principes généraux de bonne administration et commis une erreur manifeste d'appréciation.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse relève, quant à la première branche du moyen, que l'article 1.1.8.2 du cahier spécial des charges mentionne les critères d'attribution pour le lot 2 intitulé "prises en charge universelles" :

- " - prix : 50 %
- technique : 50 %, dont :
 - conception/robustesse : 10 %
 - mise en œuvre : 20 %
 - plage d'utilisation : 20 %".

Elle affirme qu'elle a comparé les offres de la requérante et d'AVK au regard des critères d'attribution repris dans le cahier spécial des charges, que la requérante a proposé un prix de 327.263,00 euros tandis qu'AVK a remis un prix de

261.747,21 euros, que la requérante a obtenu 39,99/50 pour le critère "prix" alors qu'AVK obtenait 50/50, que le rapport d'analyse technique est motivé de la manière suivante :

" Evaluation technique : les offres conformes peuvent être appréciées en regard des éléments suivants :

AVK : Pièce lourde et encombrante. Tiges filetées longues et pouvant être gênantes lors de la pose en tranchée. L'engagement du boulon dans le filet de l'étrier pose des difficultés. Pas de fuite d'eau lors des opérations de forage. Œillet ouvert de la plaque de fermeture de la cassette fragile au serrage. La documentation technique annonce 2 corps et 9 étriers pour couvrir les diamètres allant de 50 à 300 mm.

SGPS : Pièce compacte et légère. Engagement aisé des écrous sur la tige de l'étrier grâce à la présence d'un arrondi au sommet des tiges. Très légère fuite lors de l'introduction de la spatule dans la cassette. La documentation annonce une pièce par diamètre, avec une tolérance suffisante pour couvrir la majorité des matériaux de conduite.

Lot 2	Cotation	AVK	SGPS
Conception/robustesse	10 %	6 %	10 %
Mise en œuvre	20 %	11 %	20 %
Plage d'utilisation	20 %	20 %	15 %
Total	50 %	37 %	45 %

"

La partie adverse fait valoir que la requérante a obtenu, au total, 84,99/100 tandis qu'AVK a obtenu, au total, 87/100, que la critique de la requérante porte sur la disproportion entre les points attribués à l'offre d'AVK au regard des sous-critères d'attribution "conception/robustesse" et "mise en œuvre", d'une part, et la motivation figurant dans le rapport d'analyse technique concernant la qualité technique de l'offre d'AVK, d'autre part.

Rejointe sur ce point par la société EMMER SERVICE, la partie adverse affirme que, selon une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation des offres à celle du pouvoir adjudicateur au regard des critères d'attribution prévus dans le cahier spécial des charges et qu'il ne peut censurer les éventuelles erreurs d'appréciation commises par le pouvoir adjudicateur que si celles-ci sont manifestes. La partie adverse fait valoir, en l'espèce, que le pouvoir adjudicateur a attribué à l'offre d'AVK une note de 6/10 pour le sous-critère d'attribution "conception/robustesse" pour les motifs suivants : "pièce lourde et encombrante" alors qu'il attribuait à l'offre de la requérante la note maximale pour les motifs suivants : "pièce compacte et légère" et que, concernant le sous-critère d'attribution "mise en œuvre", le pouvoir adjudicateur a attribué à l'offre d'AVK une note de 11/20 pour les motifs suivants : "tiges filetées longues et pouvant être gênantes lors de la pose en tranchée" alors qu'il a attribué à la requérante la note

maximale pour les motifs suivants : "engagement aisé des écrous sur la tige de l'étrier grâce à la présence d'un arrondi au sommet des tiges".

La partie adverse énonce qu'il peut difficilement être soutenu que les notes attribuées à l'offre d'AVK pour ces deux sous-critères d'attribution sont manifestement disproportionnées par rapport à la qualité technique des pièces proposées par ce soumissionnaire, que l'offre d'AVK obtient à peine plus de la moitié des points pour ces deux sous-critères d'attribution, alors que la requérante se voit attribuer le maximum des points, que même si l'offre de la requérante était meilleure que celle d'AVK sur le seul plan technique, elle n'était pas la plus avantageuse économiquement au regard de l'ensemble des critères d'attribution, qu'elle a obtenu, sans que cela ne soit contesté en termes de requête, moins de points que l'offre d'AVK pour le critère d'attribution "prix", qui représente la moitié du total des points, et le sous-critère d'attribution "plage d'utilisation", qui représente 2/5 des points du critère d'attribution "technique".

Elle conclut que le troisième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Quant à la deuxième branche du moyen, la partie adverse énonce que, pour le lot 8 intitulé "Têtes et joints pour robinet de sûreté", la requérante a proposé une offre de base et une variante, que EMMER SERVICE a remis une offre de base et une variante, que, selon le rapport d'attribution "Saint-Gobain (offre de base + variante 1) est non-conforme car l'étanchéité de la tige vers le filet se fait avec un seul joint o-ring au lieu d'un double joints", que la requérante reconnaît, en termes de requête, que la documentation technique qu'elle a communiquée à la partie adverse faisait apparaître que les pièces qu'elle proposait n'étaient pas conformes aux exigences du cahier spécial des charges, qu'elle lui reproche en réalité de s'être montrée particulièrement sévère, voire inflexible, dans la mesure où, alors que le marché était passé par une procédure négociée et que l'échantillon était conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges, en ce qu'il comprenait bel et bien deux o-Rings, elle ne lui aurait pas permis de "régulariser" son offre en lui demandant de communiquer la documentation technique correspondant aux pièces proposées.

La partie adverse soutient que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur débat avec les soumissionnaires des offres que ceux-ci ont déposées mais qu'aucune disposition légale ou réglementaire ni aucun principe ne l'habilite à autoriser un soumissionnaire à régulariser, pendant les négociations, une offre qui serait, dès le départ, incomplète, inexacte ou incohérente, que le pouvoir adjudicateur avait expressément indiqué, à l'article 1.1.7 "Négociation" du cahier spécial des charges, que la négociation sera poursuivie avec les soumissionnaires dont

les offres ont été déclarées conformes, que l'article 1.1.10 "Contenu de l'offre" reprend la liste des documents qui devaient être joints à l'offre, précise que les documentations techniques des fournitures proposées devaient être jointes à l'offre, et indique qu'"à défaut de présence de ces documents à l'ouverture des soumissions, le pouvoir adjudicateur pourra adresser un rappel avec un ultime délai aux soumissionnaires défaillants. Passé ce délai, en l'absence de présentation des documents réclamés, l'offre pourra être déclarée irrégulière", que l'article 1.1.12 "Fourniture d'échantillons" indique qu'"en vue de l'analyse technique, le soumissionnaire est tenu de faire parvenir, simultanément au dépôt de son offre, un échantillon perdu pour les articles précisés dans l'annexe 4", qu'en l'espèce, la requérante n'a pas joint à l'offre qu'elle a déposée le 6 mai 2013 la documentation technique requise par l'article 1.1.10 du cahier spécial des charges et notamment la documentation technique relative aux pièces qu'elle proposait pour le lot 8, qu'ainsi, elle n'était pas en mesure de s'assurer que les pièces proposées par la requérante étaient conformes aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, que, par un courrier du 23 mai 2013, elle a demandé à la requérante qu'elle lui fournisse les documentations techniques relatives aux produits qu'elle proposait pour tous les lots et toutes les variantes, que la requérante a répondu à ce courrier le 29 mai 2013, que la documentation technique qu'elle a transmise fait apparaître que les pièces qu'elle proposait pour le lot 8 n'étaient pas conformes aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, qu'une simple observation des échantillons fournis par la requérante avec son offre du 6 mai 2013 ne permettait pas de constater que les pièces disposaient d'un double joint o-ring, le démontage étant impossible et la vérification de la construction de l'élément ne pouvant s'opérer qu'en cassant la pièce, qu'en ce qui concerne l'offre de base, l'échantillon doit être démonté à l'aide d'outils afin de vérifier si la pièce dispose d'un double joint o-ring, qu'elle sollicitait un échantillon en vue de procéder à l'analyse technique des pièces proposée, que la validité des tests fonctionnels et non destructeurs réalisés sur les échantillons ne peut être assurée si la pièce est préalablement cassée ou démontée puis ensuite remontée, qu'il peut difficilement lui être reproché d'avoir adopté, en l'espèce, une attitude peu diligente et inflexible dans la mesure où elle n'aurait pas permis à la requérante de régulariser son offre alors qu'elle lui a demandé, dans le respect de l'article 1.1.10 du cahier spécial des charges, de déposer, postérieurement à la remise des offres, des documents qui devaient être initialement joints à l'offre, qu'ainsi, elle s'est montrée à la fois particulièrement tolérante et diligente, qu'elle s'est trouvée, une nouvelle fois, en face d'une offre incomplète et incohérente, qu'elle a décidé, dans le respect de l'article 1.1.10 du cahier spécial des charges et du principe d'égalité entre soumissionnaires, de déclarer l'offre de la requérante pour le lot 8 irrégulière et qu'à défaut de disposer de la documentation technique ad hoc, elle ne pouvait pas s'assurer de la conformité des fournitures proposées par la requérante aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

Elle conclut que le troisième moyen, en sa deuxième branche, n'est, partant, pas sérieux.

Quant à la troisième branche du moyen, la partie adverse entend faire observer que l'article 1.1.6 du cahier spécial des charges indique que :

"Tout manquement à une des conditions suivantes entraînera également la nullité de l'offre pour le ou les lot(s) concerné(s) :

[...]

- La preuve apportée par le soumissionnaire que les matériaux organiques en contact avec l'eau potable entrant dans la constitution des fournitures proposées disposent d'une certification établie selon le règlement Hydrocheck de BELGAQUA (voir fiche technique FTA/00/01-A). Si le soumissionnaire dispose déjà d'une certification selon un autre règlement, il devra faire la preuve de l'équivalence dudit certificat avec le règlement Hydrocheck, au besoin en produisant un rapport d'analyse complémentaire afin de garantir que le produit proposé correspond aux critères repris dans le règlement Hydrocheck - voir annexe 3 du présent cahier spécial des charges.

[...]";

et l'article 1.1.10 que :

" [...]

A défaut de présence de ces documents à l'ouverture des soumissions, le pouvoir adjudicateur pourra adresser un rappel avec un ultime délai aux soumissionnaires défaillants.

Passé ce délai, en l'absence de présentation des documents réclamés, l'offre pourra être déclarée irrégulière".

Elle affirme que, selon le rapport d'attribution pour le lot 14 intitulé "tés, raccords, coudes et robinets purgeurs", SAINT-GOBAIN et TPIM sont non conformes car il n'y a pas de certification Hydrocheck pour le joint purgeur", que la requérante soutient qu'un certificat Hydrocheck lui a été transmis pour le joint en question, que son attitude est déraisonnable par rapport à la souplesse qu'impliqueraient la procédure négociée alors que l'absence de certificat pour le lot 14 résulterait d'une mention manuscrite au-dessus de certains certificat ("Caoutchouc MG/ATG/60 PUA 60", "RACI-PLAST GF 60" et "ARNITEL EM 400 natural") selon laquelle ces certificats se rapportaient au lot 12.

Elle oppose qu'il peut difficilement lui être reproché d'avoir adopté, en l'espèce, une attitude inflexible et déraisonnable dès lors qu'elle n'aurait pas permis à la requérante de régulariser son offre, qu'elle a joint à son offre du 6 mai 2013 des certificats Hydrocheck pour un certain nombre de lots mais qu'il ne ressort ni de la

page "Récapitulatif des certificats BELGAQUA" ni des documents eux-mêmes qu'un certificat Hydrocheck aurait été transmis pour le lot 14, que constatant cette lacune, elle a demandé à la requérante, par un courrier du 23 mai 2013, qu'elle lui fournisse les documents d'agrément sanitaire pour la matière synthétique du joint de la tête du robinet et du robinet purgeur (lot 8, poste 72 et lot 14, poste 167), que par son courrier en réponse du 29 mai 2013, la requérante aurait pu justifier que le produit remis par elle pour le lot 14 était pourvu d'un certificat de conformité Hydrocheck joint à son offre du 6 mai 2013, que la requérante a transmis, le 29 mai 2013, trois documents en italien et en allemand (pages 40 à 42), sans aucune explication complémentaire (ou traduction) quant à la portée exacte de ces documents, que la requérante reconnaît elle-même que ces documents n'attestent pas la conformité des pièces proposées au règlement Hydrocheck (ou équivalent) dans la mesure où, en termes de requête, elle ne reproche pas à la partie adverse de ne pas en avoir tenu compte, que la requérante estime également, en termes de requête, qu'elle a commis une "légère erreur de manipulation" dans les documents transmis dans son offre du 6 mai 2013 mais que la sanction de l'irrégularité est totalement disproportionnée.

La partie adverse affirme que les explications avancées dans la requête ne sont pas claires quant à la portée exacte des documents transmis le 6 mai 2013, que la requête indique en effet que : "deuxièmement, il semble qu'à nouveau la SWDE se montre tout à fait déraisonnable car cette absence de certificat pour le lot n° 14 résulterait d'une mention manuscrite au-dessus de certains certificats («Caoutchouc MG/ATG/60 PURA 60», «RACI-LAST GF 60» et «ARNITEL EM 400 natural») selon laquelle ces certificats se rapportaient au lot n° 12. Il s'agit d'une simple erreur de manipulation dans les documents transmis", que la requérante n'a déposé aucune offre pour le lot n° 12, que ni les documents transmis le 6 mai 2013 ni ceux remis le 29 mai 2013 ne contiennent de mention manuscrite "lot n° 12", que l'offre de la requérante ne contient aucun document Hydrocheck attestant de la conformité du produit proposé pour le lot 12, et qu'elle aperçoit dès lors mal comment elle aurait dû se référer, pour le lot 14, à un certificat inexistant qui aurait été transmis soi-disant pour le lot 12.

Elle conclut que le troisième moyen, en sa troisième branche, n'est, partant, pas sérieux.

C. Requête en intervention

La société EMMER SERVICE, seconde partie intervenante, soulève à titre principal une exception obscuri libelli au motif que les termes du moyen ne permettent pas d'identifier précisément l'illégalité ou les illégalités reprochées.

Elle oppose à la deuxième branche du moyen que la partie adverse était tenue, pour respecter l'égalité de traitement des soumissionnaires d'écarter l'offre irrégulière de la requérante, que celle-ci est particulièrement mal venue d'alléguer que la procédure négociée offrait à la partie adverse un cadre plus souple lui permettant de régulariser plus facilement les offres alors que la partie adverse a invité la requérante à compléter son offre en vue de la régulariser, sans que celle-ci fasse usage de cette faculté.

Selon la seconde intervenante, il est inexact de présenter la contradiction entre l'échantillon et la fiche technique comme un petit détail qui aurait pu être corrigé par le pouvoir adjudicateur, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait se baser sur l'échantillon reçu pour apprécier l'existence ou non d'un double "O-Ring" dès lors que celui-ci n'était pas visible de l'extérieur à la remise dudit échantillon mais ne l'est que sur la photographie déposée par la requérante parce que la pièce est démontée voire disséquée ce qui n'est pas son usage naturel dans le cadre des tests effectués par la partie adverse.

Elle oppose à la troisième branche du moyen que, selon l'article 1.1.6. du cahier spécial des charges, la partie adverse avait de manière univoque indiqué que chaque lot devait comporter une certification Hydrocheck propre ou, à défaut, des rapports d'analyse complémentaires permettant de garantir la potabilité des articles selon les critères repris à l'annexe 3 du cahier spécial des charges, que la requérante évoque spontanément une absence de certificat ou une légère erreur de manipulation dans les documents transmis tout en tentant de démontrer que la certification transmise dans le cadre d'autres lots, ayant des objets nettement distincts, le lot 7 et le lot 12, aurait dû permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer du respect de l'exigence visée au point précité du cahier spécial des charges

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le troisième moyen paraît formulé avec suffisamment de précision par la requérante pour être tenu pour recevable.

L'exception *obscuri libelli* présentée par la société EMMER SERVICE, seconde partie intervenante, ne paraît pas pouvoir être retenue.

Quant à la première branche, la requérante conteste la légalité de la notation appliquée par la partie adverse aux offres relatives au lot 2 - Prises en charge universelle, telles que présentées respectivement par elle-même et par la société AVK.

Il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'imposer au pouvoir adjudicateur une méthode de notation ni de se substituer à lui dans l'attribution des notes.

Seule une erreur manifeste d'appréciation pourrait être censurée.

Il ressort des pièces de la procédure que c'est la différence de prix offerts respectivement par la requérante et l'intervenante, la société EMMER SERVICE, qui explique la différence de note, alors que le prix comptait pour 50 % des points.

Le rapport "qualité-prix" paraît bien avoir pesé en faveur de l'offre de la société AVK, celle de la requérante étant d'un coût nettement plus élevé.

Prima facie, il n'apparaît pas que la partie adverse puisse se voir reprocher une contradiction entre les motifs et la note attribuée à la requérante, pas plus qu'une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen n'apparaît pas sérieux en sa première branche.

Quant à la deuxième branche, la requérante admet que, pour lot 8, Têtes et joints pour robinets de sûreté, deux o-rings étaient requis par la fiche technique n° FT/265/1-F et que sa fiche présentait un seul o-ring.

La requérante fait valoir que les échantillons qu'elle avait déposés comportaient deux o-rings.

Prima facie, la requérante ne peut être suivie en ce qu'elle reproche à la partie adverse d'avoir adopté une attitude excessivement sévère en ne lui permettant pas de rectifier son offre dans le cadre d'une procédure négociée.

Le cahier spécial des charges donnait à la partie adverse la faculté de négocier les conditions du marché avec les offres régulières.

Il ressort des pièces de la procédure que la partie adverse a invité la requérante à compléter son offre le 23 mai 2013.

Il apparaît que la partie adverse a pu prendre en considération les fiches techniques remises par la requérante alors que celle-ci ne signalait pas qu'elles n'étaient pas à jour et qu'il fallait s'en remettre aux échantillons.

Prima facie, c'est indûment que la requérante, qui avait à établir la conformité de son offre en communiquant à la partie adverse les précisions techniques

nécessaires, reproche à celle-ci de ne pas avoir aperçu la présence de deux joints en procédant à un démontage de l'échantillon.

Le moyen n'apparaît pas sérieux en sa deuxième branche.

Quant à la troisième branche du moyen, il apparaît que la requérante, invitée par la partie adverse à compléter son offre en ce qui concerne les certificats Hydrochecks pour le lot 14, a renvoyé des fiches techniques et plusieurs certificats, sans explication particulière.

Figurent parmi ces documents des certificats pour le "lot 14-Robinets purgeurs", mais aucun document pour le "joint purgeur" du lot 14.

La requérante fait état pour la première fois dans sa lettre de réclamation du 16 septembre 2013 de ce que le joint purgeur est en Arnitel et que le certificat Hydrocheck pour ce matériau a été fourni, mais dans le cadre du lot 7, quoiqu'avec la mention "lot 12".

Il en résulte que, dans l'offre initiale de la requérante, se trouvait un certificat Hydrocheck pour l'Arnitel, relatif au lot 7, mais aucune fiche technique indiquant que ce certificat valait aussi pour le lot 14.

La fiche technique du lot 14 a été transmise par la suite, ce qui pouvait permettre sans doute à la partie adverse de constater, au terme d'une analyse bienveillante pour la requérante, que le joint était aussi en Arnitel et d'en déduire que le certificat Hydrocheck fourni pour un autre lot valait aussi pour le lot 14.

Cependant, et prima facie, la requérante paraît mal venue à reprocher à la partie adverse de ne pas avoir procédé à ce qui apparaît comme un "repêchage" de son offre.

Le moyen n'apparaît pas sérieux en sa troisième branche.

IX. QUATRIEME MOYEN

IX. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un quatrième moyen de la "violation des articles 1, § 1, et 39, § 1, de la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à

certaines marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 110bis de l'Arrêté Royal du 10 janvier 1996 [...], des principes généraux de bonne administration et du principe de la concurrence".

Elle affirme que le pouvoir adjudicateur a recouru à une procédure négociée avec publicité en ne retenant, dans le cadre de l'attribution des lots 8, 11, 13 et 14, qu'un seul critère, celui du prix, alors que, en vertu des dispositions et principes visés au moyen, l'autorité adjudicatrice est tenue de soumettre chaque marché à la concurrence la plus large possible et ne peut la restreindre en recourant à une procédure négociée non appropriée qui s'analyse, en réalité, en une procédure d'adjudication dissimulée.

Elle affirme que son intérêt au moyen qui tient à l'ordre public ne doit pas être démontré.

Elle rappelle que l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 précise que :

" Les marchés publics de travaux, de fournitures et de services au nom des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 sont passés avec concurrence et à forfait, suivant les modes prévus au titre II du présent livre, mais sous réserve de ce qui est prévu au § 2 du présent article et à l'article 2.

Le Roi fixe l'organisation des modes de passation visés à l'alinéa 1^{er}, ainsi que les règles générales d'exécution des marchés publics".

Elle soutient que "cet article consacre donc l'obligation de mise en concurrence des marchés publics qui est, comme précisé ci-dessus, d'ordre public".

Elle rappelle encore que l'article 39, § 1^{er}, de la même loi énonce ce qui suit :

" Les marchés publics sont passés, au choix du pouvoir adjudicateur, par adjudication publique ou restreinte, par appel d'offres général ou restreint, conformément aux articles 14 à 16, ou par une procédure négociée définie à l'article 17, § 1^{er}, et respectant les règles de publicité établies par le Roi",

et que l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 porte que :

" En cas de procédure négociée avec publicité (et en cas de procédure négociée sans publicité lorsque plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services sont consultés), lorsque le montant du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que l'attribution se fait au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ce dernier précise la pondération relative de chacun des critères d'attribution. Cette pondération peut éventuellement être exprimée dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si une telle pondération n'est pas possible pour des

raisons démontrables, les critères sont mentionnés dans un ordre décroissant d'importance".

La requérante fait valoir que, dans le cadre du marché litigieux, la partie adverse a clairement choisi d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, qu'elle procède, aux pages 4 et suivantes du cahier spécial des charges, "à l'énumération des différents critères et sous-critères d'attribution à l'aide desquels les différentes offres des différents soumissionnaires seront évaluées afin de déterminer quelle est ou quelles sont les offres les plus avantageuses économiquement parlant", que, dans le cadre de l'attribution des lots 8, 11, 13 et 14, la partie adverse ne retient qu'un seul et unique critère d'attribution, celui du prix, donc à concurrence de 100 %, que si, sur la base de l'article 39, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine liberté de choix, cela ne le dispense pas de tenir compte des principes généraux de bonne administration qui doivent guider son action sur le plan administratif et de certains principes fondamentaux liés à la matière spécifique des marchés publics, comme notamment le principe de concurrence, que si le pouvoir adjudicateur peut, en principe, choisir entre plusieurs procédures d'attribution étant l'adjudication, l'appel d'offres ou la procédure négociée avec ou sans publicité, dans le cadre d'une adjudication, il est tenu d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la moins disante, dans le cadre d'un appel d'offres, il est obligé d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse et dans le cadre d'une procédure négociée, s'il bénéficie d'une grande liberté d'appréciation pour fixer les modalités d'attribution, les possibilités de négociation ainsi que les critères d'attribution, cette liberté n'est pas absolue, que, dans le cas d'espèce, il a recouru à une procédure négociée avec publicité et, pour l'attribution de certains lots, il n'a retenu qu'un seul critère d'attribution, le prix, que, dans le cas d'espèce, pour les lots 8, 11, 13 et 14, "il est clairement établi que la seule procédure appropriée et impliquant la plus large concurrence eût été la procédure d'adjudication", qu'en ne retenant qu'un seul critère pour l'attribution des lots précités, "le pouvoir adjudicateur a indubitablement indiqué que sa volonté était d'attribuer le marché non pas au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse mais bien - au contraire - au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse" alors que cette restriction de la concurrence est totalement interdite et que le recours à une procédure négociée dans cette hypothèse n'est pas autorisée.

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse, rejointe à cet égard par la société EMMER SERVICE, seconde partie intervenante, oppose que les procédures négociées sont définies par l'article 1^{er}, § 1^{er}, 11, d) de la directive 2004/18 comme

étant "les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux", que cette définition est à peu près identique à celle retenue à l'article 1^{er}, § 9, d) de la directive 2004/17, applicable aux secteurs spéciaux et que ni cette définition, ni les autres dispositions des directives 2004/18 et 2004/17 n'impliquent que le pouvoir adjudicateur doive fixer plusieurs critères pour choisir l'attributaire du marché dans le cadre d'une procédure négociée.

La partie adverse soutient que le Conseil d'Etat a précisé que le pouvoir adjudicateur dispose d'une très ample marge d'appréciation dans le cadre des procédures négociées, que ce large pouvoir d'appréciation ne peut toutefois être exercé arbitrairement, que le pouvoir adjudicateur est tenu d'observer, entre autres, les principes d'égalité et de transparence ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées au travers de l'avis de marché et du cahier spécial des charges, dont les critères d'attribution, que les règles de bonne administration commandent que le pouvoir adjudicateur procède, en procédure négociée, à une comparaison effective des offres, qu'il n'en résulte toutefois pas que le pouvoir adjudicateur ne pourrait procéder à une telle comparaison que s'il fixe plusieurs critères d'attribution, qu'admettre le contraire reviendrait à soutenir qu'en procédure d'adjudication, dans laquelle il ne peut y avoir par définition qu'un seul critère d'attribution, le prix, aucune comparaison des offres ne serait possible.

Elle écrit : "Cela résulte implicitement mais certainement du libellé de l'article 110bis, alinéa 2 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 dont la violation est invoquée au moyen. En effet, cette disposition prévoit qu'«en cas de procédure négociée avec publicité, et en cas de procédure négociée sans publicité lorsque plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services sont consultés, lorsque le montant du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que l'attribution se fait au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ce dernier précise la pondération relative à chacun des critères d'attribution. [...]»[...]. Les termes «et que» font apparaître qu'en procédure négociée avec publicité, l'attribution du marché n'est pas nécessairement faite au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse".

Elle ajoute : "l'article 106 du nouvel arrêté royal du 16 juillet 2012 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux» confirme d'ailleurs qu'en procédure négociée, l'attribution peut se faire au soumissionnaire le moins disant. Cette disposition prévoit en effet expressément qu'en cas de procédure négociée, lorsque le marché atteint les seuils de la publication européenne, le marché est attribué soit au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, soit au

soumissionnaire qui a remis l'offre économique la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur. Le rapport au Roi précise encore que cette disposition prévoit une obligation de pondération «lorsque plusieurs critères d'attribution sont prévus pour les marchés à passer par procédure négociée avec ou sans publicité et qui atteignent le seuil européen fixé à l'article 32. Il correspond à l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996». Ici également, le terme «lorsque» fait apparaître que l'attribution du marché peut se faire sur la base de plusieurs critères d'attribution, mais qu'il ne s'agit pas d'une obligation. Par ailleurs, le rapport au Roi souligne que le nouveau régime correspond à celui de l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996".

Elle soutient "que l'article 105 de l'arrêté royal du 15 juin [lire juillet] 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques» prévoit également que l'attribution du marché en procédure négociée se fait soit au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, soit au soumissionnaire qui a remis l'offre économique la plus avantageuse. Ce nouvel article est généralement interprété comme n'apportant pas de nouveautés par rapport à l'ancienne réglementation sur les marchés publics".

La partie adverse fait valoir enfin que le Conseil d'Etat a déjà eu à connaître de marchés publics passés selon la procédure négociée avec publicité, dans les secteurs spéciaux, dans lesquels le seul critère d'attribution fixé par le pouvoir adjudicateur a été le prix, sans que cela ait suscité la moindre critique, qu'en procédure négociée sans publicité, le Conseil d'Etat admet qu'aucun critère d'attribution ne soit prévu dans le cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur peut choisir l'offre la plus adéquate sans qu'il doive motiver pourquoi les autres offres ont été jugées moins intéressantes et que la doctrine a également pu souligner, avant l'adoption des arrêtés royaux des 15 juillet 2011 et 16 juillet 2012 précités, que "la procédure négociée ne peut signifier une attribution discrétionnaire du marché : elle implique désormais clairement l'attribution soit sur base de critères multiples, soit sur base du critère du prix".

Elle conclut que le quatrième moyen manque de sérieux.

C. Requête en intervention

La société EMMER SERVICE, seconde partie intervenante, fait valoir que la requérante est sans intérêt au moyen en ce que l'offre qu'elle a déposée pour les lots 8, 11 et 14 a été considérée comme non conforme, ce qui la prive de toute chance de les obtenir en cas d'annulation et que la détermination des critères d'attribution d'un lot dans le cadre d'une procédure négociée n'est pas d'ordre public.

Elle affirme que "le critère du prix est sans aucun doute, par excellence, le critère le plus objectif et pertinent pour répondre au besoin de concurrence d'un marché".

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Prima facie, c'est à juste titre que la partie adverse ainsi que la société EMMER SERVICE, seconde partie intervenante, font valoir que ni l'article 1^{er}, § 11, d), de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ni l'article 1^{er}, § 9, c) de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, n'impliquent que le pouvoir adjudicateur doive fixer plusieurs critères pour choisir l'attributaire du marché dans le cadre d'une procédure négociée.

Ni l'article 17, § 1^{er}, ni l'article 39, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services n'imposent la multiplicité des critères en procédure négociée.

Il ressort au surplus de l'article 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, qu'en cas de procédure négociée, "lorsque le montant du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que l'attribution se fait au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ce dernier précise la pondération relative de chacun des critères d'attribution".

En l'espèce, la partie adverse paraît bien avoir respecté cette disposition en retenant le critère du prix et en précisant la pondération.

Sans avoir à examiner si la détermination des critères d'attribution d'un lot par un pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure négociée relève ou non de l'ordre public, le moyen n'apparaît pas sérieux.

X. BALANCE DES INTERETS

Aucun des moyens n'étant apparu sérieux, il n'est pas nécessaire d'envisager la balance des intérêts en présence.

XI. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Il y a lieu de traiter comme confidentielles les offres des sociétés SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS, EMMER SERVICE, AVK et RISTERM versées au dossier administratif et en annexe des requêtes ainsi que les correspondances s'y rapportant du 10 mai 2013, 17 mai 2013, 29 mai 2013 échangées entre la requérante et la partie adverse.

XII. DEPENS

La requérante ayant été induite en erreur par l'attitude de la partie adverse relevée dans le premier moyen, il y a lieu de mettre les dépens afférents à la présente procédure à la charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les requête en intervention introduites par la société anonyme TPIM et la société privée à responsabilité limitée EMMER SERVICE dans la procédure en référé d'extrême urgence sont accueillies.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les offres des sociétés SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS, EMMER SERVICE, AVK et RISTERM versées dans le dossier administratif et en annexe des requêtes, ainsi que les correspondances s'y rapportant du 10 mai 2013, 17 mai 2013 et 29 mai 2013 échangées entre la requérante et la partie adverse demeureront confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 425 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-et un octobre deux mille treize par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.