

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.909 du 26 juin 2014

G./A.201.755/VI-19.247

En cause : **la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée BUELENS, MATHAY & ASSOCIATES**, en abrégé B.M.A., anciennement dénommée BUELENS, MATHAY, MATIS & ASSOCIATES,

ayant élu domicile chez
Me Günther L'HEUREUX, avocat,
gulledelle, n° 96/37,
1200 Bruxelles,

contre :

la société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale bruxelloise de distribution et d'assainissement d'eau, en abrégé HYDROBRU,

ayant élu domicile chez
Me Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de La Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 17 septembre 2011, la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée BUELENS, MATHAY, MATIS & ASSOCIATES, devenue BUELENS, MATHAY & ASSOCIATES, en abrégé B.M.A., sollicite l'annulation de :

- " - la décision du 19 juillet 2011 de l'assemblée générale de l'intercommunale bruxelloise de distribution et d'assainissement d'eau Hydrobru attribuant le marché public de services portant sur le mandat de Commissaire-Réviseur pour le contrôle des comptes annuels des exercices comptables 2011, 2012 et 2013, ainsi que 2010 en tant que mission particulière à la SCPRL Numibel;
- la décision (implicite) de l'assemblée générale de l'intercommunale bruxelloise de distribution et d'assainissement d'eau Hydrobru de ne pas attribuer ledit marché à la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée Buelens, Mathay, Matis & Associates".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 24 avril 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 28 mai 2014.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Roel MEEUS, loco Me Günther L'HEUREUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Alexandre FRAIKIN, loco Me Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Nathalie VAN LAER, 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. A la suite de la démission du Commissaire-réviseur qui avait en charge le contrôle des comptes annuels 2010 à 2012, l'assemblée générale d'HYDROBRU a décidé de pourvoir à son remplacement. Elle a, dès lors, décidé, au cours de sa séance du 14 juin 2011, de lancer une procédure négociée sans publicité pour le motif principal qu'il s'agit d'un contrat d'un montant inférieur à 135.000 euros et pour le motif surabondant de l'urgence pour l'attestation des comptes annuels 2010.

III.2. La partie adverse a sollicité les offres de neuf bureaux de réviseurs d'entreprises dont la requérante et le bureau PAUL LURKIN & CO. L'invitation à déposer offre précise que la mission comprend une mission de base (contrôle légal des comptes annuels des exercices comptables 2011, 2012 et 2013 ainsi que 2010 en tant que mission particulière) ainsi que des missions additionnelles "telles que la certification de chiffres destinés à des organismes extérieurs ou des rapports relatifs à des missions particulières confiées par l'organe de gestion" et décrit les critères d'attribution de la manière suivante :

- affectation des ressources (nombres d'heures consacrées annuellement à la mission – évaluées sur base des critères mentionnés dans le cahier des charges-type de l'IRE (NHER)) (50 points);
- prix (devant être détaillé pour 2010 et pour 2011/2012/2013) (45 points);
- planning (précision et détail de la planification envisagée pour les comptes 2010) (5 points).

III.3. Cinq des bureaux consultés, dont la requérante, ont déposé une offre. La société NUMIBEL qui n'avait pas été consultée a également déposé une offre. Il apparaît du dossier administratif et plus particulièrement du courrier accompagnant l'offre de cette société, que ce bureau de réviseurs d'entreprises a repris les mandats du bureau Paul LURKIN & CO et que Paul LURKIN y "travaille désormais comme expert-comptable, n'étant plus réviseur".

III.4. A la suite d'une première analyse des offres, les soumissionnaires ont été invités à améliorer le caractère concurrentiel de leur offre et à adapter leur proposition initiale.

III.5. La société NUMIBEL a transmis une adaptation de son offre par un courrier daté du 14 juillet 2011. Cette adaptation porte sur le point 4 "Etendue de la mission et détail des prestations en heures". Le 15 juillet, la requérante a transmis une adaptation du prix de son offre.

III.6. Par un courrier télécopié du 14 juillet 2011, la partie adverse a demandé à la société NUMIBEL de justifier son prix, car "il apparaît que le prix offert pour la mission de Commissaire-Réviseur au sein de l'Intercommunale HYDROBRU (42,09€/heure selon notre calcul en moyenne pour les missions 2010 à 2013) se situe très nettement en dessous de la moyenne des prix offerts et en dessous du taux horaire offert pour les prestations complémentaires (100€/heure), et paraît donc anormalement bas".

III.7. Le 15 juillet 2011, la société NUMIBEL a justifié son prix par les éléments suivants:

- " 1. La connaissance déjà acquise dans ce dossier depuis de nombreuses années par le réviseur collaborateur, Monsieur Paul LURKIN, a permis d'envisager une remise sur le taux horaire habituel. Cette remise est fondée sur l'expérience acquise dans la maîtrise du système comptable existant chez HYDROBRU, sur l'organisation interne en vigueur et sur le secteur d'activité des intercommunales de distribution de l'eau.
2. Les coûts de structure d'un cabinet expérimenté mais non tributaire d'un passé accumulant des charges de structure élevées et l'accord de collaboration conclue avec Monsieur Paul LURKIN expliquent aussi que nous pouvons assumer un prix objectif raisonnable pour le client concerné.
3. Le fait de faire participer un assistant auditeur à l'équipe, encadré d'une part par un réviseur expérimenté et d'autre part, par un réviseur collaborateur connaissant la société HYDROBRU SCRL depuis de nombreuses années, a aussi permis d'offrir un prix raisonnable.
4. En ce qui concerne les taux horaires donnés pour les missions additionnelles, nous avons appliqué les taux habituels étant donné que nous ne connaissons pas actuellement la complexité des missions qui pourraient nous être confiées".

III.8. Au cours de sa séance du 19 juillet 2011, l'assemblée générale d'HYDROBRU a attribué le marché à la société NUMIBEL. Il s'agit de l'acte attaqué. La requérante a été informée que son offre n'avait pas été retenue par une télécopie du 19 juillet 2011 ainsi que par un courrier daté du 25 juillet 2011 et a reçu ensuite la décision motivée, la copie du rapport de choix et celle du tableau de notations.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS QUANT A L'INTERET DE LA REQUERANTE

IV. 1. Thèses des parties

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse conteste la recevabilité du recours en tant qu'il vise une décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante. Elle soutient que, de ce point de vue-là, le recours est, selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, irrecevable, le soumissionnaire à un marché public n'ayant jamais, par définition, un droit à obtenir le marché qu'il convoite.

Dans son dernier mémoire, la requérante soutient que, dès lors que son recours est fondé, l'exception doit être rejetée.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Lorsqu'un avantage déterminé, comme en l'espèce l'attribution d'un marché public, est mis en concurrence et que cet avantage est, en fin de compte, explicitement accordé à l'un des candidats, cette décision d'attribution doit en règle générale faire apparaître, ipso facto et nécessairement, que l'avantage en question n'est pas accordé aux autres candidats.

Si, à la suite du recours d'un candidat évincé, la désignation explicite est annulée, le refus d'accorder l'avantage aux autres candidats disparaît du même coup, dans la mesure où il ne pouvait être déduit que de l'existence de la décision de désignation.

Un requérant ne peut, en pareille situation, prétendre, en sus de l'annulation de la désignation du candidat retenu, à l'annulation du refus implicite de le désigner que dans les cas exceptionnels où il démontre spécifiquement, dans ses moyens, que l'avantage accordé au tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante reste en défaut d'effectuer cette démonstration.

Il s'ensuit que le recours est irrecevable en son deuxième objet.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et notamment son § 1^{er}, de la décision de la partie adverse contenant le choix des réviseurs d'entreprises à consulter dans le cadre du marché public concerné, des principes de bonne administration, dont le principe "patere legem quam ipse fecisti" et le principe de la motivation matérielle, du défaut ou de l'erreur dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle reproche à la partie adverse d'avoir pris en considération et retenu l'offre introduite par la société NUMIBEL sans la moindre motivation alors qu'elle ne l'avait pas invitée à soumettre une offre dans le cadre du marché concerné passé conformément à la procédure négociée sans publicité. Elle constate que la partie adverse a choisi de consulter neuf cabinets de réviseurs d'entreprises, dont le bureau P. LURKIN & Co, mais pas le cabinet de réviseurs d'entreprises NUMIBEL et qu'en déterminant les cabinets de réviseurs d'entreprises à consulter la partie adverse a sélectionné (au moins d'une manière implicite) des cabinets de réviseur d'entreprises dont elle a une connaissance suffisante de leurs capacités. Elle estime, dès lors, que l'offre de la société NUMIBEL, soit une société n'ayant pas été consultée et ne disposant pas d'un droit de participation à la procédure, aurait dû être écartée de la procédure et soutient qu'en acceptant et en retenant cette offre, la partie adverse a méconnu sa propre décision dans laquelle elle a sélectionné neuf cabinets de réviseurs à consulter dans le cadre du marché concerné, sans qu'elle n'ait motivé pourquoi l'offre de la société NUMIBEL pouvait être acceptée et sans qu'elle n'ait examiné si celle-ci avait les capacités requises, comme les autres cabinets de réviseurs consultés, pour l'exécution du marché. Elle considère que le fait que la société P. LURKIN & CO ait été "reprise par le cabinet Numibel", tel que mentionné dans la décision attaquée, ne peut pas justifier la décision de la partie adverse de ne pas écarter cette offre, car, contrairement à ce que la partie adverse mentionne, la société NUMIBEL n'a pas repris la société P. LURKIN & CO, cette dernière ayant seulement cédé au cours de l'exercice 2011 ses mandats à la société NUMIBEL, comme mentionné dans la lettre du 5 juillet 2011 de la société NUMIBEL.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse estime qu'il n'est pas nécessaire de réfuter le grief au regard de chacune des dispositions constitutionnelles et légales et de chacun des principes généraux visés au moyen, car au-delà de l'irrecevabilité du moyen en tant qu'il se fonde sur une disposition inapplicable au marché (l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 n'est pas directement applicable aux marchés des pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs spéciaux; la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs n'est pas applicable à la décision d'accepter la participation d'un opérateur économique à la procédure d'attribution d'un marché public, qui n'est pas un acte administratif au sens de l'article 1^{er} de cette loi), elle se doit de rappeler que la procédure négociée sans publicité qui a été appliquée pour l'attribution du marché est une procédure largement ouverte dans laquelle le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge de manœuvre. Elle explique qu'en vertu de la liberté d'action qui caractérise cette procédure, le pouvoir adjudicateur peut accepter l'offre d'une entreprise qu'il n'a pas invitée à la procédure, comme il peut

demander à un soumissionnaire qu'il corrige les éventuelles irrégularités ou non-conformités de son offre. Elle soutient que, sur le plan des principes et des objectifs poursuivis par la réglementation des marchés publics (ouvrir les marchés publics à la concurrence la plus large possible), on devrait même considérer qu'il est tenu d'accepter une telle offre et qu'il ne peut la rejeter que pour des motifs pertinents (par exemple: non respect des conditions minimales de participation au marché). Elle relève à ce dernier égard que, même dans les procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut accepter l'offre d'un groupement intégrant une entreprise non sélectionnée (s'il l'a prévu au cahier spécial des charges), ou la substitution d'une personne morale à une personne physique et avance que ce qui se conçoit dans les procédures restreintes, se conçoit a fortiori dans la procédure négociée sans publicité. Au demeurant, elle note que c'est la société PAUL LURKIN & CO, consultée, qui a amené à la société NUMIBEL l'opportunité de faire offre et expose que, de la même manière qu'on doit admettre la participation d'un opérateur économique consulté qui propose de faire exécuter le marché par un autre (pour autant qu'il dispose de ses moyens), on doit aussi admettre la participation directe de l'opérateur économique par lequel celui qui est consulté entendait faire exécuter le marché.

C. Mémoire en réplique

La requérante soutient, tout d'abord, que c'est à tort que la partie adverse estime que l'article 39 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et non pas l'article 17 de cette loi, dont la partie requérante a invoqué la violation, soit d'application, car le marché concerné ne peut être qualifié de "marché dans les secteurs spéciaux" puisqu'il a pour but la désignation d'un commissaire-réviseur. Elle explique que le fait que la partie adverse exécute des activités dans le secteur spécial de l'eau n'emporte pas que tous les marchés qu'elle conclut soit qualifiés de marché relatif à des activités dans le secteur de l'eau. Elle souligne que la désignation d'un commissaire-réviseur ne relève pas de cette activité alors que pour que les règles relatives aux secteurs spéciaux soient d'application, il faut qu'il y ait un lien entre le marché et l'activité concernée dans le secteur de l'eau. Elle relève que la réglementation relative aux secteurs spéciaux n'est d'application aux pouvoirs adjudicateurs que pour des marchés concernant leurs activités dans les secteurs spéciaux, ce qui implique que la partie adverse doit respecter les règles relatives aux marchés publics des secteurs généraux quand elle passe un marché non lié à ses activités dans le secteur de l'eau.

Elle souligne ensuite que la partie adverse déclare qu'elle a accepté l'offre de la société NUMIBEL, mais qu'elle n'a pas motivé les raisons pour lesquelles elle l'a acceptée. Elle soutient qu'une telle décision doit être motivée et reposer sur des motifs

adéquats et avance que, contrairement à la décision de ne pas consulter une entreprise, la décision d'accepter l'offre d'une entreprise non invitée doit être motivée ou il doit au moins apparaître de la décision d'attribution que les capacités requises pour l'exécution du marché ont été examinées. Elle expose qu'en l'espèce, il n'appert ni des motifs de la décision attaquée, ni du dossier administratif, qu'un tel examen a été exécuté et note, par ailleurs, que la partie adverse soutient elle-même qu'une offre d'une entreprise non invitée doit être rejetée pour des motifs pertinents comme par exemple le non-respect des conditions minimales de participation au marché. Elle note que, contrairement à ce que la partie adverse semble suggérer, les principes et les objectifs de la réglementation des marchés publics ont été rencontrés puisque la mise concurrence a été réalisée en invitant neuf cabinets de réviseurs d'entreprises (dont quatre cabinets de réviseurs d'entreprises ont introduit une offre) de telle sorte qu'il est difficile de soutenir que l'objectif de l'organisation de concurrence ne soit pas atteint. Elle estime qu'aucun des arguments invoqués par la partie adverse visant à soutenir par analogie que l'offre d'une entreprise non invitée puisse être acceptée, ne peut être retenu. Elle explique ainsi que le fait que, sous certaines conditions, une offre irrégulière ou non-conforme puisse être régularisée, n'est pas relevant, car, d'une part, la question de la régularité de l'offre de la société NUMIBEL ne se pose pas et, d'autre part, cette possibilité de régularisation découle expressément de l'application des dispositions réglementaires. De même, en ce qui concerne la possibilité d'intégrer une personne non sélectionnée dans un groupement ainsi que la possibilité de substitution, auxquelles la partie adverse fait référence par analogie, elle remarque que ces possibilités ne valent pas pour des procédures négociées et que quoi qu'il en soit, ni la possibilité d'intégrer une personne non sélectionnée dans un groupement, ni la possibilité de substitution ne sont comparables avec le cas d'espèce puisqu'il s'agit de la participation d'une personne non invitée, alors que, dans les deux cas invoqués par la partie adverse, la phase de la sélection est déjà finalisée. Elle relève, de plus, que l'application de ces deux possibilités est soumise à des conditions strictes, à savoir, d'une part, la participation d'au moins un candidat sélectionné à l'association et ce, dans le cas de l'intégration d'une personne non sélectionnée ou, d'autre part, l'engagement du soumissionnaire à supporter solidairement la responsabilité des engagements souscrits en introduisant son offre et ce, dans le cas d'une substitution d'une personne physique par une personne morale. Elle rappelle qu'outre ces deux possibilités expressément prévues par la loi, le remplacement d'un soumissionnaire par un autre ou la modification d'une combinaison n'est pas acceptée. Elle considère enfin que le fait que ce soit la société P. LURKIN & CO qui ait amené la société NUMIBEL à faire offre est sans relevance, car il appartenait à la partie adverse, et non à la société P. LURKIN & CO, de se prononcer sur ce point. Elle constate, quoi qu'il en soit, que la partie adverse soutient elle-même que c'est la société P. LURKIN & CO qui entendait exécuter le marché par le biais de la société NUMIBEL ("la participation

directe de l'opérateur économique par lequel celui qui est consulté entendait faire exécuter le marché") et qu'elle admet ainsi qu'en agissant de la sorte, la société P. LURKIN & CO a voulu pallier le fait qu'elle n'était pas capable de participer au marché car elle ne disposait pas d'un réviseur d'entreprises. Elle relève qu'apparemment, la société NUMIBEL n'est qu'un homme de paille de Monsieur Paul LURKIN de telle sorte que la réalité de l'offre de la société NUMIBEL doit être remise en question. A cet égard, elle tient à souligner que la société P. LURKIN & CO a été déclarée en faillite le 12 septembre 2011 ce qui démontre qu'il n'est pas question de reprise de la société P. LURKIN & Co par la société NUMIBEL.

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante réitère son argumentation relative à la qualification du marché litigieux au regard de la distinction entre "secteurs classiques" et "secteurs spéciaux". S'agissant du reproche qu'elle fait à la partie adverse d'avoir accepté la participation de la société NUMIBEL, elle déclare ne pas apercevoir pourquoi une telle acceptation ne doit pas faire l'objet d'une motivation spéciale, alors qu'un rejet eût bien été soumis à une telle obligation. Elle estime qu'en toute hypothèse ce n'est pas à elle qu'incombait l'analyse des capacités et qualités de cette société, mais bien à la partie adverse, qui est restée en défaut de l'effectuer. Elle ajoute enfin ne pas apercevoir pourquoi, dans le cadre d'un marché public passé en procédure négociée sans publicité, le sort d'une candidature spontanée différerait selon que le montant estimé du marché est, ou non, supérieur aux seuils de publicité européenne.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Aux termes de l'article 26, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, applicable à l'espèce, "les dispositions du présent titre sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1 et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, ainsi qu'aux entreprises publiques, lorsqu'ils exercent une des activités visées au présent titre. Une liste non limitative de ces entreprises publiques est établie par le Roi". Les dispositions reprises sous le titre dont il est question régissent les marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Il n'est pas contesté que les activités de la partie adverse relèvent de celles que visent les articles 28 et 29 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, pour ce qui concerne le secteur de l'eau. Il n'a, par ailleurs, pas été soutenu que la partie adverse exercerait d'autres activités, étrangères à ce secteur de l'eau.

Dès lors que ce n'est pas l'objet du marché qui doit être pris en compte, mais bien l'activité du pouvoir adjudicateur et que celle-ci relève de l'un des secteurs spéciaux visés au Titre IV de la loi du 24 décembre 1993, c'est conformément aux dispositions de celui-ci que le marché litigieux devait être passé. Il en résulte que le premier moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993.

Par ailleurs, le principe fondamental d'ouverture à la concurrence, qui régit l'attribution des marchés publics, suffit à justifier, dans une procédure négociée sans publicité, qu'une offre spontanée ne soit pas simplement ignorée, mais qu'elle soit, au contraire, prise en considération, sauf motivation spéciale explicitant les raisons pour lesquelles l'offre ne peut être examinée. Cette motivation se justifie par le fait que le refus de prise en considération déroge au principe d'ouverture à la concurrence.

Si une motivation spéciale est ainsi exigée pour rejeter l'offre spontanée d'une entreprise, aucune motivation spécifique n'est, par contre, requise pour accepter la participation de cette entreprise au marché.

Enfin, la requérante semble reprocher à la partie adverse de ne pas avoir vérifié si la société NUMIBEL avait - comme les autres cabinets de réviseurs consultés - les qualités et capacités requises pour obtenir le marché. Il ressort toutefois du dossier que la seule exigence formulée par l'assemblée générale de la partie adverse était d'inviter à remettre offre des cabinets de réviseurs d'entreprises. Il n'est pas contesté que la société NUMIBEL avait bien cette qualité.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être accueilli.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un troisième moyen de la violation des principes de bonne administration, dont notamment le principe de proportionnalité et le principe de la motivation matérielle, du défaut ou de l'erreur dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation

formelle des actes administratifs. Elle reproche à la partie adverse d'avoir donné 5 points sur 5 à la société NUMIBEL en ce qui concerne le troisième critère d'attribution "planning (précision et détail de la planification envisagée pour les comptes 2010)" alors que, sur la base d'une première pondération provisoire, celle-ci a obtenu pour le troisième critère 2,5 sur 5 et ce, parce que son offre ne contenait pas de "phasages" des prestations et pas de détails quant aux activités correspondant aux heures de travail annoncées. Elle observe que, suite à la demande de la partie adverse d'introduire une offre adaptée tenant compte de l'information fournie lors de la communication de la première pondération provisoire des offres, NUMIBEL a uniquement apporté une réponse à la demande de fournir un "phasage" des prestations, mais n'offre pas de détails quant aux activités correspondant aux heures de travail. Elle ne comprend, dès lors, pas que la partie adverse a donné une cotation de 5 points sur 5 à l'offre de NUMIBEL en ce qui concerne le troisième critère et soutient qu'en agissant de la sorte, la partie adverse n'a pas pris en considération les différences entre les offres, dont la sienne qui était beaucoup plus élaborée quant aux "phasages" des prestations et aux détails relatifs aux activités correspondant aux heures de travail et constate que la pondération effectuée ne reflète pas les différences entre les offres.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse soutient que la requérante n'a pas d'intérêt au moyen qui, même à s'avérer fondé, est insuffisant à renverser le classement des offres puisque le critère d'attribution sur lequel porte sa critique est pondéré à 5/100, que l'écart de cotation entre son offre (80,12/100) et celle de la société NUMIBEL (88,69) est de 8,57/100 et que même si c'est une autre cote qui aurait dû être attribuée à la société NUMIBEL, voire une cote nulle, son offre restait la meilleure. Elle ne réfute, dès lors, le moyen qu'à titre subsidiaire. Elle explique que, comme tous les soumissionnaires, la société NUMIBEL a été invitée à préciser et à améliorer son offre et qu'elle a été en particulier informée d'une attente de précision sur le "phasage" des prestations et une estimation de celles-ci pour le contrôle des comptes de l'exercice 2010. Elle observe que l'offre initiale de la société NUMIBEL identifiait, à cet égard, le nombre d'heures de prestations en distinguant les personnes affectées à la mission selon leurs qualités, ainsi que le type de tâches (ou, le degré de précision est : qui pour faire quoi en combien de temps) et constate que, dans son courrier du 14 juillet 2011, la société NUMIBEL a confirmé l'estimation des prestations horaires (100 heures) et précisé le "phasage" de la mission. Elle estime, dès lors, que l'offre de la requérante ne se distingue de celle de la société NUMIBEL que par le nombre de phases (6 / 4) et la précision de l'identification des tâches accomplies à chaque phase mais estime que :

- certaines phases ne sont pas réellement pertinentes (notification par la partie adverse de la décision d'attribution avec communication du dossier permanent; vérification de la publication des comptes à la Centrale des bilans; etc.);
- certaines tâches sont des obligations (déontologiques, par exemple prendre contact avec le commissaire sortant; ou légales, par exemple présence à l'assemblée générale pour y présenter les comptes, qui se situe au terme de la mission et constitue une obligation légale lorsque l'assemblée générale délibère sur la base du rapport des commissaires, Code des sociétés, article 412; etc.);
- certaines tâches sont si évidentes et générales qu'elles ne présentent guère d'intérêt qualitatif (prendre connaissance du dossier permanent communiqué par la partie adverse; remise du rapport; etc.).

Elle expose que, concrètement, c'est le déroulement temporel de la mission qui permet de distinguer les qualités d'une proposition de "phasage" et souligne que, de ce point de vue-là, toutes les offres étaient équivalentes et qu'en particulier, l'offre de la requérante ne se distingue pas qualitativement de l'offre de la société NUMIBEL : "phasage" en semaines, sans précision de temps de prestation, débutant dès la notification de la décision d'attribution et marqué par les étapes-clés (constitution du dossier permanent/réalisation de l'audit/établissement du rapport). Compte tenu de ses besoins (mission à exécuter dans l'urgence, dans un délai expirant le 12 septembre pour la communication du rapport), elle considère que les plannings proposés étaient satisfaisants et comportaient les mêmes prévisions d'engagement durant les mois de juillet et août et avance que les autres éléments identifiés par les soumissionnaires n'étaient pas déterminants, comme les précisions de tâches identifiées par la requérante ou la communication du rapport dans l'offre la société NUMIBEL à une date antérieure (semaine du 21 août) à la date ultime fixée par la partie adverse (12 septembre) et à la date d'engagement de la requérante (du 1^{er} septembre au 12 septembre).

C. Mémoire en réplique

La requérante constate, tout d'abord, qu'elle a un intérêt au moyen, car si le deuxième moyen est fondé la différence de cotation entre l'offre de la société NUMIBEL et la sienne serait de 1,17 point. Elle explique ensuite que si la partie adverse estime que toutes les offres sont équivalentes, il suffit de comparer son offre du 4 juillet 2011 avec la lettre explicative du 14 juillet 2011 de la société NUMIBEL pour comprendre que cette position est manifestement déraisonnable. Elle souligne

que, dans l'invitation à remettre offre du 22 juin 2011, le critère du planning a été décrit comme "précision et détail de la planification envisagée pour les comptes 2010". Elle constate que la partie adverse admet, dans son mémoire en réponse, que son offre se distingue de celle de la société NUMIBEL pour le nombre de phases et la précision de l'identification des tâches accomplies, mais estime que certaines phases ne sont pas réellement pertinentes, que d'autres sont des obligations déontologiques ou légales, que d'autres encore sont si évidentes et si générales qu'elles ne présentent guère d'intérêt qualitatif et que seul le déroulement temporel de la mission serait important. Elle considère que cette position est clairement contraire au critère d'attribution "planning" dans lequel il est expressément stipulé que la planification envisagée pour les comptes de 2010 doit être précisée et détaillée. Elle observe, par ailleurs, que la partie adverse admet elle-même que l'offre de la partie requérante est plus précise et expose que le fait que certaines tâches sont des obligations légales ou déontologiques ou sont évidentes et générales, n'emporte pas qu'elles ne doivent pas faire partie d'une planification précise et détaillée. Elle relève que la partie adverse ne contredit pas la nécessité de ces tâches.

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante soutient qu'ayant été invitée à adapter son offre, la société NUMIBEL s'est limitée à ajouter des détails quant au "phasage" des prestations sans livrer la moindre précision quant aux activités correspondant aux heures de travail annoncées. Elle estime que le fait que son calendrier contienne les mêmes étapes principales est irrelevant, le critère d'attribution concerné n'ayant pas seulement le "phasage" comme objet, mais bien une description détaillée des activités à prester pendant chaque étape.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'invitation à déposer offre précisait que le troisième critère d'attribution était le "Planning (précision et détail de la planification envisagée pour les comptes 2010)".

Il ressort de l'invitation à remettre offre que le choix de ce critère répondait à la préoccupation de la partie adverse de voir le rapport de contrôle des comptes afférents à l'exercice 2010 transmis au plus tard le 12 septembre 2011, en vue d'une approbation par son assemblée générale dans les jours suivants.

L'appréciation des offres au regard de ce critère devait donc porter sur le planning proposé par le soumissionnaire pour respecter les exigences particulières de la partie adverse liées à la certification de ses comptes 2010. Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable de considérer que la note maximale de cinq points pouvait être accordée si le planning proposé par un soumissionnaire permettait de respecter l'échéance du 12 septembre 2011 pour la remise du rapport.

Après avoir adapté son offre sur ce point, la société NUMIBEL, a proposé un planning permettant d'identifier les différentes phases de sa mission et de préciser les différents délais et échéances relatifs à chacune de ces phases.

Il n'a pas été contesté que ce planning permettait bien de rencontrer les souhaits particuliers formulés par la partie adverse, et ce même si le calendrier conçu par la requérante paraissait, à première vue, plus détaillé que celui qu'a finalement proposé la société NUMIBEL.

Dans ces circonstances, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que les plannings de la requérante et de la société NUMIBEL répondaient tous deux à ses exigences particulières et pouvaient, dès lors, chacun se voir attribuer cinq points pour ce critère d'attribution.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être accueilli.

VII. DEUXIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des conditions reprises dans la demande d'offre du 22 juin 2011, de l'article 2, 3°, de l'article 8, § 2, de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises, coordonnée le 30 avril 2007, des principes de bonne administration, dont le principe "patere legem quam ipse fecisti" et le principe de la motivation matérielle, du défaut d'examen sérieux du dossier, du défaut ou de l'erreur dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Dans une première branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir, en évaluant et en notant le premier critère d'attribution, notamment l'affectation des ressources (ou le nombre d'heures consacrées annuellement à la mission — évaluées sur la base des critères mentionnés dans le cahier des charges-type de l'Institut des réviseurs d'entreprises, en abrégé l'IRE (nombre d'heures équivalent réviseur d'entreprises, en abrégé N.H.E.R.)), repris le nombre d'heures équivalent à un réviseur (N.H.E.R.) de Paul LURKIN, comme précisé par la société NUMIBEL dans son offre, dans la catégorie d'un "Réviseur d'entreprises collaborateur" alors que celui-ci n'est plus réviseur d'entreprises depuis le 31 août 2010, comme le mentionne son offre, dès lors qu'il a atteint l'âge de 70 ans. Elle explique que, conformément à l'article 2, 3°, de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Réviseurs d'Entreprises et organisant la supervision publique de la profession de réviseur d'entreprises, coordonnée le 30 avril 2007, un réviseur d'entreprises est "un réviseur d'entreprises personne physique ou un cabinet de révision, inscrit au registre public de l'Institut" et que, conformément à l'article 8, § 2, de cette loi, la qualité de réviseur d'entreprises est retirée le jour du septantième anniversaire des réviseurs d'entreprises personnes physiques. Elle constate que le tableau de N.H.E.R. distingue quatre catégories de personnes (le réviseur représentant permanent, le réviseur d'entreprises collaborateur, le réviseur d'entreprises stagiaire et l'autre collaborateur) et que, pour être qualifié de "réviseur d'entreprises collaborateur", il faut avoir la qualité de réviseur au sens de la loi du 22 juillet 1953. Elle en déduit que le nombre d'heures prévues pour les prestations de Paul LURKIN auraient dues être reprises dans la catégorie de l' "autre collaborateur" et soutient que la décision attaquée ne précise pas pourquoi les heures prévues pour ses prestations ont été reprises dans la catégorie d'un "réviseur d'entreprises collaborateur" et non dans celle d'un "autre collaborateur", d'autant plus que la société NUMIBEL a indiqué dans son offre que Paul LURKIN n'avait plus la qualité de réviseur et que la partie adverse était bien au courant de ce fait, comme elle l'a indiqué dans sa lettre du 3 août 2011. Elle souligne que la motivation reprise dans cette lettre du 3 août 2011 n'est pas en mesure de fonder la décision attaquée sur ce point, car il s'agit d'une motivation postérieure à la décision attaquée et qu'en outre, cette motivation est dénuée de tout fondement : son expérience professionnelle en qualité de réviseur d'entreprises et sa connaissance et sa pratique des dispositions comptables applicables aux intercommunales actives dans le secteur de l'eau, telles qu'invoquées par la partie adverse dans sa lettre du 3 août 2011, ne justifient pas la requalification des prestations de Paul LURKIN comme étant un réviseur d'entreprises, ni la requalification de la "qualité" des heures.

Dans une deuxième branche, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir considéré l'offre de la société NUMIBEL comme irrégulière et de ne pas l'avoir, par conséquent, écartée alors qu'elle contenait une dérogation aux conditions reprises dans la demande d'offre du 22 juin 2011. Elle lui fait également grief de ne pas s'être informée auprès de cette société quant à la contradiction dans son offre en mentionnant, d'une part, que Paul LURKIN n'avait plus la qualité de réviseur d'entreprises et en retenant, d'autre part, Paul LURKIN comme relevant de la catégorie d'un "réviseur d'entreprises collaborateur" en ce qui concerne la N.H.E.R. alors qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier la régularité des offres introduites et d'écarter les offres contenant des irrégularités substantielles ou même relatives pour autant que celles-ci ne puissent être régularisées. Elle estime qu'en reprenant le nombre d'heures estimées de Paul LURKIN dans la catégorie d'un "réviseur d'entreprises collaborateur" et non dans celle d'un "autre collaborateur", la société NUMIBEL s'est écartée des conditions telles que reprises dans la demande d'offre du 22 juin 2011 puisque, conformément à ces conditions, l'offre devait reprendre le nombre d'heures estimées pour l'accomplissement de la mission selon le tableau repris dans la lettre du 22 juin 2011 et faire une distinction entre le réviseur représentant permanent, le réviseur d'entreprises collaborateur, le réviseur d'entreprises stagiaire et l'autre collaborateur. Elle observe que, malgré le fait que la société NUMIBEL ait clairement indiqué dans son offre que Paul LURKIN n'avait plus la qualité de réviseur d'entreprises, elle a repris les heures à prester par Paul LURKIN dans la catégorie d'un "réviseur collaborateur" sans la moindre motivation et soutient que la partie adverse aurait dû au moins s'informer quant aux raisons de cette contradiction dans son offre.

Dans une troisième branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir retenu l'offre de la société NUMIBEL sans la moindre preuve de l'existence de l'engagement de Paul LURKIN pour l'exécution du marché alors qu'un pouvoir adjudicateur doit s'assurer que si les prestataires de services proposés ne sont pas des préposés du candidat-prestataire de services, ceux-ci se soient engagés vis-à-vis du candidat-prestataire de services dans le cas où il obtiendrait le marché concerné. Elle constate que la société NUMIBEL a présenté Paul LURKIN comme étant un membre de son équipe d'audit, mais que malgré la mention dans l'offre que Paul LURKIN avait rejoint la structure de la société NUMIBEL, l'offre ne contenait pas la preuve qu'elle disposait, pour l'exécution du marché, de l'engagement de Paul LURKIN puisque celui-ci n'est pas repris parmi les personnes faisant partie de la société NUMIBEL.

B. Mémoire en réponse

En ce qui concerne la première branche portant, selon la partie adverse, sur la qualité de réviseur d'entreprises comme condition de participation à la procédure d'attribution du marché qui ne doit être rencontrée que par celui qui entend, par son offre, se voir confier le mandat de commissaire, la partie adverse reconnaît que Paul LURKIN, que la société NUMIBEL a proposé d'affecter à l'exécution du marché (partiel), n'est plus inscrit à l'Institut des réviseurs d'entreprises depuis le 31 août 2010, date à laquelle il a atteint la limite d'âge de septante ans et qu'il n'a donc plus le titre de réviseur d'entreprises. Elle explique, toutefois, que le titre de réviseur d'entreprises est une condition de l'exercice de mandat de commissaire et que, lorsque cette mission est exercée par un cabinet de révision, celui-ci doit désigner un représentant parmi les réviseurs d'entreprises associés, gérants ou administrateurs. Elle expose également que d'autres personnes, qui ont ou pas la qualité de réviseur d'entreprises, peuvent être associées à l'exécution de la mission, étant entendu que c'est le réviseur d'entreprises désigné qui assume seul la responsabilité de la mission qui lui a été confiée. Elle en déduit que la qualité de réviseur d'entreprises n'est donc pas une condition à laquelle était soumise la participation de Paul LURKIN à l'exécution du marché et soutient donc que les règles relatives à l'exécution des missions de révision, en particulier la loi du 22 juillet 1953, ne sont pas pertinentes pour apprécier la légalité de l'attribution du mandat de commissaire à la société NUMIBEL, qui a la qualité de réviseur d'entreprises.

En ce qui concerne la deuxième branche portant, selon la partie adverse, sur la qualité de réviseur d'entreprises de celui qui assiste le réviseur exerçant le mandat de commissaire comme élément déterminant de la qualité de ses prestations, la partie adverse estime que la requérante amalgame à la question de légalité soulevée à la première branche le renvoi à des qualifications issues du cahier des charges-type établi par l'IRE. Elle rappelle que le titre de réviseur d'entreprises est une condition de participation à la procédure d'attribution du marché et que la société NUMIBEL en dispose légalement. Elle note que, au niveau de la valorisation des prestations en fonction des qualités des personnes affectées à l'exécution du marché, la qualité de réviseur d'entreprises n'est plus une condition de légalité, mais un élément qualitatif, ce qui signifie qu'au regard des critères d'attribution, la qualité de réviseur d'entreprises est un élément qui valorise la prestation horaire, à cent pour cent lorsqu'il s'agit du représentant permanent du cabinet de révision, un associé donc, et à quatre vingt pour cent lorsqu'il s'agit d'un collaborateur et que l'heure de prestation de celui qui n'est pas réviseur d'entreprises, de celui qui, donc, n'a pas vocation à exercer des tâches relevant spécifiquement de la mission de révision parce qu'il n'en a pas les compétences, ne vaut plus que cinquante pour cent. Elle estime que Paul LURKIN

n'est pas une personne qui n'a pas vocation à exercer des tâches relevant spécifiquement de la mission de révision et que, par sa formation, son expérience et sa qualité de réviseur d'entreprises jusqu'au 31 août 2010, il dispose des compétences nécessaires, de la maîtrise des normes techniques, qui lui permettent d'assister le réviseur d'entreprises, comme n'importe lequel de ses collaborateurs. Elle soutient donc que, pour apprécier les qualités des offres, elle pouvait donc considérer, comme l'a fait la société NUMIBEL, que les prestations de Paul LURKIN sont au moins équivalentes à celle d'un collaborateur qui est, par ailleurs, réviseur d'entreprises. Elle avance que le renvoi à une qualification de réviseur d'entreprises collaborateur ne peut pas être interprétée comme restreignant l'appréciation qualitative des offres à la détention légale d'un titre qui n'est concrètement pertinente que pour celui qui exerce le mandat de commissaire et que c'est là une question de compétence (capacités de celui qui participe à l'exécution du marché) et qu'à ce titre, on ne peut raisonnablement pas contester à Paul LURKIN une compétence de réviseur d'entreprises, voire simplement équivalente à celle d'un réviseur d'entreprises. Elle en déduit que, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, elle n'a donc pas méconnu les critères d'attribution qu'elle a fixés pour apprécier les qualités des offres.

En ce qui concerne la troisième branche qui, selon la partie adverse, porte sur l'existence d'un accord formel de collaboration entre le soumissionnaire et la personne tierce qu'il propose d'affecter à l'exécution d'une partie du marché comme condition de régularité de l'appréciation des offres, la partie adverse explique qu'elle ne peut suivre la requérante lorsqu'elle soutient qu'elle devait vérifier l'existence d'un accord de collaboration entre la société NUMIBEL et Paul LURKIN, car la preuve de l'existence d'un tel accord est requise pour l'examen des conditions de participation, lorsque le soumissionnaire entend faire valoir les capacités d'un tiers (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, article 60 quater), mais n'est pas applicable en procédure négociée si le pouvoir adjudicateur n'a pas entendu, comme ici, renvoyer aux dispositions qui la prescrivent (article 59, § 2, dernier alinéa). Elle constate, en outre et surtout, que ce n'est même pas à ce niveau-là que la requérante situe la violation des normes et principes qu'elle vise au moyen. Au niveau des modalités concrètes proposées pour l'exécution du marché, elle estime que cette question ne se pose plus : c'est le soumissionnaire qui s'engage en produisant les éléments qu'il estime pertinents pour appuyer son offre. Elle soutient que la position est d'autant plus certaine que la procédure appliquée pour l'attribution du marché est la procédure négociée, laquelle n'est plus soumise, à ce stade, aux mêmes règles que l'adjudication et l'appel d'offres. Elle considère qu'elle pouvait juger suffisante la présentation dans l'offre de la société NUMIBEL de sa collaboration avec Paul LURKIN et fait valoir qu'au demeurant, même en appel d'offres, la vérification ou non

de la disponibilité des moyens d'un autre que le soumissionnaire n'affecte ni la régularité ni la valeur de son offre. Elle observe enfin que concrètement Paul LURKIN participe à l'exécution du mandat qui a été confié à la société NUMIBEL. Elle en conclut que le deuxième moyen est inopérant (première branche) et, en tout état de cause, non fondé (toutes les branches).

C. Mémoire en réplique

En ce qui concerne la première branche, la requérante constate que la partie adverse donne une lecture erronée à cette branche, car elle n'a pas invoqué que la qualité de réviseur d'entreprises serait une condition à laquelle était soumise la participation de Paul LURKIN, mais a uniquement fait valoir que la partie adverse a erronément considéré Paul LURKIN comme étant un réviseur d'entreprises en évaluant et en cotant le premier critère d'attribution, notamment l'affectation des ressources (ou le nombre d'heures consacrées annuellement à la mission — évaluées sur la base des critères mentionnés dans le cahier des charges-type de l'IRE (N.H.E.R.)). Elle relève que la partie adverse admet que Paul LURKIN n'a plus le titre de réviseur d'entreprises depuis le 31 août 2010.

En ce qui concerne la deuxième branche, la requérante soutient que c'est à tort que la partie adverse considère que la référence dans le critère d'attribution "affectation des ressources" au "réviseur d'entreprises" ne doit pas être interprétée comme une référence au titre de réviseur d'entreprises, car la partie adverse admet elle-même que le nombre d'heures estimées à l'accomplissement de la mission est évalué sur la base des critères mentionnés dans le cahier de charges-types de l'IRE. Elle explique que la partie adverse a repris ces critères en faisant une distinction entre quatre catégories de prestataires, à savoir le réviseur représentant permanent, le réviseur d'entreprises collaborateur, le réviseur d'entreprises stagiaire et l'autre collaborateur et estime clair qu'en se référant au "réviseur d'entreprises", seules les personnes disposant d'un titre de réviseur sont envisagées, d'autant plus que cette référence vient de l'IRE. Elle note que si le but était d'envisager des personnes qui ne disposent pas du titre de réviseur, on aurait pu prévoir une autre distinction (par exemple sur la base des années d'expérience) et que la formation, l'expérience et la qualité de réviseur d'entreprises jusqu'au 31 août 2010 ne portent pas atteinte au fait que Paul LURKIN ne dispose plus du titre de réviseur d'entreprises.

En ce qui concerne la troisième branche, elle souligne qu'elle n'a pas invoqué la violation l'article 59, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 (auquel la partie adverse se réfère pour soutenir que l'article 60quater de l'arrêté royal du 10

janvier 1996 ne s'applique pas). Elle constate que cet article 59, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 est contraire aux articles 54.5 et 6 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux pour autant que cet article 60quater ne soit pas applicable aux procédures négociées sans publicité. Elle soutient qu'en tous cas, un pouvoir adjudicateur confronté à une offre d'une entreprise non consultée dont il apparaît qu'il n'en connaît pas la capacité, doit vérifier cette capacité et que, pour autant que celle-ci fasse exécuter entièrement ou partiellement le marché par un tiers et fasse valoir les capacités de ce tiers, elle doit prouver au pouvoir adjudicateur qu'elle disposera des moyens nécessaires à l'exécution du marché. Elle explique que, dans ce cas, il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier la présence de ces moyens, mais note qu'en l'espèce, aucune des mentions dans l'offre de la société NUMIBEL auxquelles la partie adverse se réfère, ne démontre que celle-ci peut disposer des moyens nécessaires. Elle considère que le fait qu'apparemment Paul LURKIN participe à l'exécution du mandat est irrelevante, car postérieure à l'attribution du marché. Enfin, elle estime que l'arrêt n° 214.083 du 23 juin 2011, auquel la partie adverse se réfère, est également irrelevante, car, dans cette affaire, il s'agissait de la disponibilité d'un outil et non de personnes-tiers.

D. Dernier mémoire de la requérante

S'agissant de la deuxième branche, la requérante considère que la partie adverse a bien été induite en erreur par la prise en compte des heures à prester par Paul LURKIN et qu'elle aurait dû interroger la société NUMIBEL à ce propos, ce qu'elle n'a pas fait. Elle estime que cette irrégularité doit être considérée comme substantielle, exposant – au terme d'un raisonnement fondé sur la justification du recours au système "N.H.E.R." – que la classification selon les différentes catégories est un élément essentiel dans le cadre du marché concerné. En ce qui concerne la troisième branche, elle fait valoir que ce n'est pas à elle qu'il appartenait de vérifier l'existence d'un accord de collaboration ou la disponibilité de Paul LURKIN. Elle estime qu'à défaut de la preuve d'un tel accord, il était impossible pour n'importe qui, y compris la partie adverse, de vérifier l'exactitude de la simple référence à un tel accord, contenue dans une lettre adressée par la société NUMIBEL.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Quant à la première branche

A supposer que la partie adverse aurait, à tort, comptabilisé les heures que la société NUMIBEL envisageait de confier à Paul LURKIN, comme des heures de "Réviseur d'entreprise collaborateur" valorisées, conformément à la méthode préconisée par l'Institut des réviseurs d'entreprises, par l'application d'un coefficient de 0,8, et non comme des heures d' "Autre collaborateur" affectées d'un coefficient de 0,5, l'offre de la société NUMIBEL aurait obtenu, au regard du premier critère d'attribution, une note de 31,29 au lieu de 38,69. La note globale accordée à son offre serait, dès lors, de 81,29 et resterait ainsi supérieure à celle de la requérante, étant de 80,12.

Eu égard au fait que l'examen du troisième moyen n'a pas conduit à remettre en cause la note de 5/100 accordée à l'offre de la société NUMIBEL pour le troisième critère d'attribution, le deuxième moyen, en sa première branche, ne pourrait entraîner une modification du classement final des offres. En cette branche, il doit donc être déclaré irrecevable.

Quant à la deuxième branche

Le moyen doit être interprété en ce sens que la requérante y dénonce une valorisation inappropriée du nombre d'heures que la société NUMIBEL envisageait de confier à Paul LURKIN, laquelle valorisation affectait l'offre de cette société d'une irrégularité substantielle qui aurait dû contraindre la partie adverse à l'écarter.

Il ressort de la demande de justification de prix apparemment anormalement bas adressée à la société NUMIBEL par la partie adverse que celle-ci a appliqué, implicitement mais certainement, au marché litigieux l'article 98 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.

Tel qu'applicable à l'espèce, cet article 98 était libellé comme suit, en son paragraphe 2:

" 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".

Cette disposition établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir notamment celles énumérées à l'article 77 du même arrêté royal, celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges, mais également celles dont la méconnaissance peut avoir pour effet d'affecter la comparabilité des offres ou de porter atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires. Il incombe au pouvoir adjudicateur d'apprécier si une dérogation au cahier spécial des charges peut avoir une incidence sur la comparabilité des offres ou le principe d'égalité entre les soumissionnaires, de telle sorte que la prescription ainsi méconnue doive être tenue pour essentielle au sens de l'article 98, paragraphe 2. Cette appréciation, qui est portée à la lumière du dossier, doit faire l'objet d'une motivation formelle adéquate.

En l'espèce, il ne ressort ni de l'invitation à remettre offre, ni d'aucun autre document produit pas les parties que la partie adverse aurait entendu sanctionner de nullité absolue une offre dans laquelle le nombre d'heures imputées à l'un des membres de l'équipe du soumissionnaire serait soumis à un coefficient de valorisation inapproprié.

Il n'apparaît pas non plus qu'une telle inexactitude puisse avoir une incidence sur la comparabilité des offres ou le principe d'égalité entre les soumissionnaires, dès lors que la partie adverse aurait été en mesure de procéder facilement à une correction en appliquant le coefficient approprié.

Enfin, s'il fallait considérer que le critère d'attribution litigieux a une incidence sur le prix, de sorte que l'application d'un coefficient inapproprié déroge à l'une des conditions essentielles du marché qu'est précisément le prix, encore faut-il constater que ce grief formulé pour la première fois dans le dernier mémoire de la requérante doit être considéré comme tardif.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être accueilli en cette branche.

Quant à la troisième branche

L'offre de la société NUMIBEL précisait, en page 1, que "Monsieur Paul LURKIN, qui n'est plus réviseur d'entreprises, reste Expert-comptable et collabore avec la société NUMIBEL CABINET DE REVISEURS D'ENTREPRISES – BEDRIJFSREVISORENKANTOOR SOCIÉTÉ", et en page 4, que "tout récemment,

Monsieur Paul LURKIN, Expert-comptable, a rejoint la structure NUMIBEL et est actif auprès de Madame Sandrine BASTOGNE dans les différents mandats exercés antérieurement par Monsieur Paul LURKIN, au travers de la société Paul Lurkin & Co SCPRL, Réviseur d'entreprises. Les mandats de commissaire ont été repris à partir de l'exercice 2011 par le cabinet NUMIBEL CABINET DE REVISEURS D'ENTREPRISES – BEDRIJFSREVISORENKANTOOR SOCIÉTÉ".

L'offre désignait également Paul LURKIN comme faisant partie intégrante de l'équipe d'audit de NUMIBEL et contenait d'ailleurs son "curriculum vitae", en y mentionnant une adresse de courrier électronique appartenant à NUMIBEL. Le courrier du 15 juillet 2011 par lequel NUMIBEL justifiait son prix mentionnait, par ailleurs, l'existence d'un accord de collaboration conclu avec Paul LURKIN.

Dans ces conditions, il ne peut être reproché à la partie adverse, informée de l'existence d'un accord de collaboration et qui ne pouvait donc avoir le moindre doute raisonnable sur la disponibilité de Paul LURKIN dans le cadre de l'offre, de ne pas avoir fait produire l'accord de collaboration conclu entre Paul LURKIN et la société NUMIBEL.

Le moyen ne peut être accueilli en cette branche.

VIII. QUATRIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un quatrième moyen de la violation de l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des principes d'égalité et de non-discrimination découlant des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes de bonne administration, dont le principe du raisonnable et le principe de la motivation matérielle, du défaut d'examen sérieux du dossier, du défaut ou de l'erreur dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle reproche à la partie adverse d'avoir déclaré l'offre de la société NUMIBEL conforme en considérant que ses prix n'étaient pas anormalement bas alors que ses justifications fournies suite à la demande de la partie adverse quant au caractère apparemment anormalement bas et retenues par celle-ci ne peuvent pas être considérées comme adéquates. Elle observe

qu'après avoir constaté suite à l'examen des offres reçues que "le prix offert pour la mission de Commissaire-Réviseur au sein de l'Intercommunale HYDROBRU (42,09€/heure selon notre calcul en moyenne pour les missions 2010 à 2013) se situe très nettement en dessous de la moyenne des prix offerts et en dessous du taux horaire offert pour les prestations complémentaires (100 €/heure)", la partie adverse s'est informée auprès de la société NUMIBEL quant au caractère apparemment anormalement bas des prix proposés et lui a demandé de justifier le prix offert. Elle estime que les justifications apportées ne sont, toutefois, pas pertinentes et sont même contradictoires, car la société NUMIBEL indique elle-même que son taux habituel s'élève à cent euros par heure, soit le taux proposé pour les missions additionnelles. Elle soutient qu'aucune des justifications quant aux taux proposés pour la mission de commissaire-réviseur ne permet de justifier ces taux puisque les deuxième et troisième justifications valent également pour les missions additionnelles et ne peuvent, dès lors, pas justifier la différence entre le prix proposé pour la mission de commissaire-réviseur et le prix proposé pour les missions additionnelles. Elle considère également que la première justification est dénuée de tout fondement, car l'expérience ne se traduit normalement pas par un tarif plus bas, mais par un nombre d'heures à prester pour l'accomplissement de la mission réduit et donc par un tarif plus élevé. Elle en conclut que la partie adverse ne motive pas adéquatement sa décision en se fondant sur les justifications fournies par la société NUMIBEL qui ne sont pas pertinentes.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse rappelle que, plus encore en procédure négociée qu'en procédures d'adjudication ou d'appel d'offres où son pouvoir d'appréciation est encadré, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté pour apprécier l'anormalité d'un prix et les justifications que lui donne le soumissionnaire qu'il a interrogé. Elle explique ensuite que les critiques que la requérante adresse à la justification du prix de la société NUMIBEL paraissent fondées sur son expérience propre, mais elles méconnaissent une réalité fondamentale : NUMIBEL associée à l'exécution du marché Paul LURKIN, qui a une longue expérience de l'audit et une connaissance particulière de la partie adverse pour laquelle il a exercé antérieurement le mandat de commissaire inscrit à l'Institut des réviseurs d'entreprises, et qui, en outre, à la différence des bureaux établis, exerce son activité dans une structure administrative particulièrement allégée permettant l'application de tarifs concurrentiels, en tout cas pour le prix forfaitaire (qui correspond à : taux horaire x heures de prestations) sur lequel porte la critique de la requérante. Elle estime que ces éléments, déjà, peuvent qualifier un avantage concurrentiel dont les autres

soumissionnaires ne disposent pas pour exécuter le marché, ce qu'en adjudication et en appel d'offres on qualifie de "conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter [...] les services". Elle considère que la justification du prix par "la connaissance déjà acquise dans ce dossier depuis de nombreuses années par le réviseur collaborateur, P. Lurkin" suffit et constitue une justification adéquate. Elle soutient qu'elle pouvait donc considérer que "la justification proposée peut être retenue dès lors qu'elle se fonde sur des critères objectifs tenant à l'économie de la prestation de services et aux conditions exceptionnellement favorables dont ce soumissionnaire dispose pour exécuter le marché (C.E., 31 mars 2011, c.v.b.a. Bontincks Architecture, 31 mars 2011, n° 212.333)".

C. Mémoire en réplique

La requérante constate que la partie adverse ne répond nulle part à son argumentation, mais se limite à reprendre les justifications données par la société NUMIBEL dont elle estime avoir démontré qu'elles ne sont pas pertinentes puisque ni l'expérience de Paul LURKIN, ni la structure administrative prétendument alléguée ne sont des éléments pouvant être qualifiés de conditions exceptionnellement favorables. Elle observe que cela est prouvé par le fait que le taux habituel s'élève à cent euros par heure, soit le taux proposé pour les missions additionnelles. Elle voit mal pourquoi les éléments invoqués pour justifier le prix forfaitaire de 42,09 euros par heure ne valent pas pour le prix horaire pour les missions additionnelles et estime clair que l'expérience de Paul LURKIN ainsi que la structure administrative prétendument alléguée valent également pour les missions additionnelles.

Elle observe, par ailleurs, que la structure administrative prétendument alléguée (par rapport aux cabinets établis) de la société NUMIBEL n'est pas, non plus, démontrée, car aucun élément ne permet de vérifier si celle-ci dispose d'une structure alléguée par rapport aux cabinets établis. Elle souligne, à cet égard, qu'aucun argument ne peut être tiré de l'arrêt BONTINCK ARCHITECTURE (n° 212.333 du 31 mars 2011), car, contrairement à l'affaire précitée, la société NUMIBEL ne pouvait pas faire référence à des prestations déjà fournies relatives au marché concerné.

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante estime que les éléments apportés par la société NUMIBEL pour justifier ses prix sont dénués de tout fondement, eu égard au fait, notamment, que l'expérience acquise par Paul LURKIN chez la partie adverse ne saurait avoir pour

effet d'influencer le tarif, mais bien le nombre d'heures à prester. Elle soutient par ailleurs, qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard aux taux proposés pour les missions additionnelles, dès lors que ce qui est en cause, dans le cadre du contrôle du caractère apparemment anormal des prix, c'est bien le taux moyen proposé pour la mission de base.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ayant constaté que le prix offert pour la mission de Commissaire-Réviseur était en moyenne de 42,09 euros par heure pour les missions se rapportant au contrôle des comptes annuels afférents aux exercices 2010 à 2013, alors que le taux horaire proposé pour les missions additionnelles était de 100 euros, la partie adverse a interrogé la société NUMIBEL sur ses prix, qu'elle tenait pour étant apparemment anormalement bas.

Dans son courrier du 15 juillet 2011, adressé en réponse à la demande ainsi formulée par la partie adverse, la société NUMIBEL a notamment expliqué que son prix forfaitaire pouvait être plus bas compte tenu de l'accord de collaboration passé avec Paul LURKIN qui dispose d'une expérience particulière acquise dans la maîtrise du système comptable existant chez HYDROBRU, sur l'organisation interne en vigueur et sur le secteur d'activité des intercommunales de distribution d'eau. Cette explication fondée sur des éléments objectifs permet de justifier adéquatement la remise importante sur le prix de la mission de base. Il est également permis de comprendre, à la lecture de ce courrier, que la remise importante n'a pu être accordée sur le taux horaire des missions additionnelles dès lors que la société NUMIBEL ne pouvait, au stade de la soumission, déterminer la complexité des missions qui lui seraient ainsi confiées, le cas échéant. Pareille explication peut justifier qu'un taux plus important soit fixé pour les missions additionnelles par rapport au taux horaire moyen de la mission de base, dès lors qu'à ce stade, la société NUMIBEL n'était pas en mesure de déterminer si l'expérience acquise par Paul LURKIN lui serait utile dans le cadre de ces missions additionnelles.

Par ailleurs, le procès-verbal auquel se réfère la décision attaquée, souligne également que "Paul Lurkin, qui, on le répète, effectuera la plus grande partie des prestations, a exercé de manière satisfaisante la mission de commissaire-réviseur d'Hydrobru pour les exercices 2007, 2008 et 2009 à un prix comparable (7.600€/an), ce qui ne permet dès lors pas, a priori, de considérer de manière péremptoire que la mission ne pourra être exécutée correctement".

Au regard de ces éléments, il n'apparaît pas que la partie adverse aurait commis quelque erreur manifeste d'appréciation en ne considérant finalement pas le prix proposé par la société NUMIBEL comme étant anormalement bas.

Le moyen ne peut, en conséquence, être accueilli.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt six juin deux mille quatorze par :

M^{mes} Odile DAURMONT,
Diane DEOM,
M. David DE ROY,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.