CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.627 du 17 juin 2015

G./A.215.844/VI-20.445

En cause : **la société anonyme CARMEUSE,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège,

contre :

la Société Publique de Gestion de l'Eau,
en abrégé S.P.G.E.,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Charles-Henry de La Vallée Poussin, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 15 mai 2015, la société anonyme CARMEUSE sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de :

" la délibération prise le 24 avril 2015 par le conseil d'administration de la S.P.G.E. décidant:
« - de retirer sa décision du 19 décembre 2014;
- de déclarer l'offre de la société CARMEUSE irrégulière;
- de retirer sa décision du 28 novembre 2014 en ce qu'elle décidait d'attribuer le marché dont question sous objet [soit le marché pour la fourniture de réactifs chimiques pour le traitement de l'eau, des boues et de l'air (lot 4)] à une offre qui s'est révélée par la suite être irrégulière;
- de renoncer à attribuer le marché [...];
- de recommencer la procédure au besoin suivant un autre mode et sans la partie relative à la chaux hydratée qualité technique (incinération)»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 20 mai 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 11 juin 2015 à 10 heures.

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

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Virginie DOR et Eric BALATE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu 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. Par des avis de marché publiés au Bulletin des adjudications du 10 juillet 2014 et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne du 15 juillet 2014, la partie adverse a lancé un appel à la concurrence pour le marché public de fourniture de réactifs chimiques pour le traitement de l'eau, des boues et de l'air.

Le marché est divisé en onze lots, dont le quatrième "porte sur la fourniture et la livraison de différents types de chaux utilisées pour l'hygiénisation des boues d'épuration, pour le contrôle du pH des eaux alcalines lors de la coagulation dans le traitement de potabilisation de l'eau et pour la désulfurisation des fumées produites dans les incinérateurs".

Le mode d'attribution du marché est l'adjudication en procédure ouverte.

III. 2. Il résulte du procès-verbal d'ouverture des offres du 10 septembre 2014 que deux offres ont été déposées pour le lot 4, soit celle de la requérante et celle de la société LHOIST.

III. 3. La troisième partie du cahier spécial des charges décrit les spécifications techniques attendues des fournitures. La société LHOIST est détentrice d'un brevet correspondant à ces spécifications techniques en ce qui concerne la "Chaux hydratée - qualité technique". De son côté, la partie requérante a exposé, dans un document non daté que la partie adverse ne conteste pas avoir reçu antérieurement à la décision d'attribution, que la solution qu'elle proposait, constitue "une alternative CARMEUSE" au produit sous "patente" de la société LHOIST et que des essais concluants avaient été menés dans une usine d'incinération française.

III. 4. Le 28 novembre 2014, la partie adverse a décidé d'attribuer le lot 4 à la requérante, auteur de l'offre régulière la moins disante.

Cette décision a été notifiée à la requérante par un courrier du même jour.

III. 5. Le 5 décembre 2014, la société LHOIST écrit à la partie adverse en s'interrogeant notamment sur "la possible violation de l'un de [ses] brevets pouvant découler de la fourniture par CARMEUSE d'un produit respectant les spécifications du produit attendu telles que déterminées dans le cahier des charges correspondant".

III. 6. Le 22 décembre 2014, la partie adverse informe la requérante que son conseil d'administration a avalisé, le 19 décembre 2014, la décision de retirer sa décision du 28 novembre 2014, de renoncer à attribuer le marché pour le lot 4 et de relancer la procédure.

III. 7. Par son arrêt n° 230.070, du 2 février 2015, le Conseil d'Etat a ordonné la suspension de l'exécution de la décision prise par la partie adverse le 19 décembre 2014.

III. 8. A la suite de cet arrêt, une note a été établie à l'attention du conseil d'administration de la S.P.G.E.. Les passages principaux de celle-ci sont rédigés comme suit :

" Les articles 35 et 36 de la loi du 15 juin 2006 donnent au pouvoir adjudicateur le pouvoir de renoncer à l'attribution d'un marché ou d'un lot. Ce pouvoir s'exerce de manière discrétionnaire par le pouvoir adjudicateur. Il ne peut néanmoins s'exercer de façon arbitraire, le pouvoir adjudicateur doit respecter les règles fondamentales des marchés publics telles que l'égalité de traitement ainsi que les obligations de motivation formelle et matérielle.
En l'espèce, la motivation de la présente décision s'établit comme suit :

1. Rétroactes
[…]

2. Le marché

L'inventaire du cahier des charges prévoit 36 postes relatifs aux besoins en chaux des adhérents, dont 4 postes pour la chaux hydratée-qualité technique.
Ce produit est décrit en page 65 du cahier des charges comme suit :
- Chaux hydratée en poudre 0-90 µm
- Ca(OH)2>95%
- Granulométrie passant à 90 µm = 90%
- Température maximale d'utilisation = 250°C
- Surface spécifique > 40 m^2/g
- Volume poreux > 0,20 cm^3/g

3. L'arrêt du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur un recours en suspension d'extrême urgence introduit par Carmeuse contre la décision de la S.P.G.E. du 19 décembre 2014 retirant la décision du 28 novembre 2014 attribuant le lot 4 du marché «réactifs chimiques» à Carmeuse et renonçant à passer le marché pour ce lot. Ceci a donné lieu à l'arrêt de suspension du Conseil d'Etat du 2 février 2010.
Dans son arrêt, le Conseil d'Etat :
- valide la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de retirer une décision d'attribution étant donné qu'il peut renoncer à conclure un marché et ce, jusqu'à la décision d'attribution et la conclusion du contrat;
- estime cependant que la motivation de la décision de ne pas attribuer le lot 4 est insuffisante et inadéquate car le risque de recours n'est pas une motivation suffisante en soi, et par ailleurs, «la possible violation d'un brevet» invoquée dans la décision n'est que pure supputation qu'aucun élément matériel ne vient appuyer.

4. Raisonnement et options du pouvoir adjudicateur

Trois questions principales se posent dans ce dossier :
- Question l: Les spécifications techniques sont-elles illégales ? Est-ce qu'elles limitent la concurrence ?
- Question 2 : L'offre de Carmeuse est-elle régulière ?
- Question 3 : En cas de réponse affirmative à la question 2 : peut-on se fonder sur la décision de novembre pour attribuer le marché à Carmeuse ou faut-il remotiver, le cas échéant au vu d'une équivalence de la solution proposée ?

En fonction des réponses données à ces questions, deux voies s'ouvrent à la SPGE:

Soit la S.P.G.E. décide de renoncer à la procédure en cours et éventuellement de relancer tout ou partie du lot n°4 ;
> Option l = retrait de la décision de retrait du 19 décembre 2014 et arrêt de la procédure

Soit la S.P.G.E. décide de ne pas recommencer la procédure et d'attribuer le lot litigieux directement à l'un ou l'autre soumissionnaire.
> Option 2 = retrait de la décision de retrait et nouvelle décision motivée d'attribution à Carmeuse
> Option 3 = retrait de la décision de retrait + notification de la décision d'attribution de novembre à Carmeuse
> Option 4 = retrait des décisions, irrégularité de l'offre Carmeuse et attribution à Lhoist

Les questions et les options auxquelles elles donnent lieu sont articulées dans le schéma ci-dessous :

[...]

5. Exposé

1) Question 1 : Légalité du cahier des charges
Le cahier des charges permettait-il de déposer une offre qui ne violerait pas le brevet de Lhoist ?
Suite à l'invocation du brevet, la S.P.G.E. a fait analyser celui-ci par un spécialiste des brevets. Il ressort de cette analyse :

- que le produit Carmeuse ne viole pas le brevet de Lhoist;
- qu'il est possible que des soumissionnaires proposent une «chaux hydratée-qualité technique» respectant les spécifications du cahier des charges tout en tombant hors de l'étendue de protection du brevet de Lhoist mais à certaines conditions.

Les conclusions du rapport du bureau d'études spécialisé Pécher & de Groote sur le brevet sont les suivantes:

«Il est, selon notre compréhension, possible que des soumissionnaires proposent une chaux hydratée respectant les conditions du cahier des charges mais tombant littéralement hors de l'étendue de protection du brevet EP 0 861 209 pour autant qu'au moins une des conditions suivantes soit satisfaite:
- une teneur en humidité supérieure à 2% en poids, et/ou
- une teneur en CO_2 supérieure à 2%, et/ou
- une fraction de particules de granulométrie supérieure à 32 µm représentant moins de 20% en poids ou plus de 50% en poids, et/ou
- un volume poreux de désorption à l'azote défini par des pores de diamètre compris entre 100 et 400 Angstrom inférieur à 0,1 cm^3/g.

En outre, sur base des informations transmises par vos soins concernant les produits Supercalco 90 et Cleancalco HSF, nous sommes d'avis que ces deux produits ne tombent pas littéralement dans la portée des revendications 1, 10 et 16 du brevet EP 0 861 209».

Dès lors, théoriquement, il est possible de remettre une offre pour la chaux hydratée qualité technique qui réponde aux spécifications techniques du cahier des charges sans que soit violé le brevet de Lhoist.
Le marché n'est donc pas limité à la seule offre de Lhoist et le cahier des charges n'est pas illégal.

La réponse à la QUESTION 1 est donc NON.

On a vu ci-dessus que le marché reste donc théoriquement concurrentiel.
Il convient cependant pour la SPGE de s'interroger sur la question de savoir si son cahier spécial des charges était rédigé de manière suffisamment ouverte pour obtenir une telle concurrence.
Pour ce faire, le bureau d'études Almadius a procédé à une enquête auprès de divers fournisseurs afin de voir si le produit, tel que spécifié dans le cahier des charges, laissait réellement, en pratique, place à la concurrence.
Différentes questions ont été posées à Almadius et les réponses suivantes ressortent de son enquête.

1ère question posée :

a) Les caractéristiques techniques du produit «chaux hydratée-qualité technique» du lot 4 ont-elles été détaillées de manière trop restrictives par rapport aux besoins des adhérents ?

Almadius conclut que si le besoin des adhérents est d'avoir un produit bien précis et unique, la réponse est non.
Par contre, si le besoin des adhérents est d'avoir un produit apportant, potentiellement, une performance donnée pour un coût compétitif, la réponse est oui.

b) Hormis Lhoist, d'autres fournisseurs sont-ils à même de fournir un produit répondant parfaitement aux clauses reprises dans le cahier des charges?

Au vu de l'enquête menée par Almadius et dans l'état de leur connaissance, la réponse est non.

2ème question posée :
Au vu de l'utilisation envisagée, d'autres types de chaux hydratée équivalentes à celles détaillées dans les spécifications techniques existent-elles sur le marché européen?
Almadius conclut que certains produits sont vendus pour la même application et pourraient potentiellement être considérés comme équivalents: même performance (ou qualité de fumées traitées) pour un même, voire un meilleur, coût à l'usage (consommation x prix unitaire, tenant compte du coût de gestion/traitement des coproduits de traitement). Ce point devrait néanmoins être vérifié par une étude bibliographique plus importante et des tests industriels.

3ème question posée :
Des soumissionnaires potentiels ont-ils pu s'abstenir de remettre une offre, et dès lors être écartés du marché, en raison du caractère trop restrictif des spécifications techniques du cahier des charges et de l'absence d'une mention «ou tout autre produit équivalent» ?
Almadius en conclut que la réponse à cette question est oui.

Le marché reste donc ouvert à la concurrence en théorie. Mais dans les faits, cette concurrence est néanmoins largement réduite du fait de ces spécifications techniques exigées dans le cahier des charges pour la chaux hydratée-qualité technique.

2) Question 2 : Régularité de l'offre Carmeuse

Lors de la première analyse des offres, la S.P.G.E. a déclaré l'offre de Carmeuse régulière et, dans sa première décision du 28 novembre 2014, lui a attribué le lot 4 étant donné que son offre était la plus basse.
Néanmoins, un courrier de Lhoist du 5 décembre 2014 a attiré l'attention de la SPGE sur la possible violation d'un brevet de Lhoist pouvant découler de la fourniture par Carmeuse d'un produit dont les caractéristiques sont précisées dans le cahier des charges, et plus particulièrement la chaux hydratée - qualité technique.
La S.P.G.E. a par ailleurs constaté que, dans les documents complémentaires transmis par Carmeuse le 5 novembre 2014 suite à une interrogation de la S.P.G.E., Carmeuse indiquait que «son produit était une alternative Carmeuse au produit Lhoist, et que des essais concluants avaient été menés dans une usine d'incinération française».
Dans la masse de documents et de produits (11 lots - 261 postes) dont il fallait vérifier les spécifications techniques dans les différentes offres, cet élément n 'a pas été relevé par le consultant de la S.P.G.E. lors de la première analyse des offres.
Étant donné la découverte de cet élément, la S.P.G.E. a opéré une nouvelle analyse de l'offre de Carmeuse pour le lot 4.
La S.P.G.E. s'est alors penchée tout spécialement sur les spécifications techniques de la chaux hydratée - qualité technique, et s'est aperçue qu'en effet, le produit proposé par Carmeuse ne répondait pas aux spécifications techniques indiquées pour ce produit dans le cahier spécial des charges.
Le cahier spécial des charges précise à cet égard (p. 58: «III. 1 Fiches techniques»): «Le réactif fourni doit au moins répondre aux caractéristiques techniques qualitatives et quantitatives ci-après quant à la composition, aspect et propriétés physiques». Ces exigences sont ensuite reprises notamment pour la chaux hydratée - qualité technique: surface spécifique (>40m^2/g) et volume poreux (>0,2 cm^3/g). Il s'agit d'exigences techniques descriptives claires quant au produit (composition). Il

ne s'agit pas d'une description des résultats ou des performances à atteindre par le produit.
Pour la chaux hydratée - qualité technique, le Soumissionnaire Carmeuse propose deux produits différents:
- Cleancalco HS pour Uvelia et Ipalle (Thumaide)
- Supercalco 90 pour ICDI

Dans les deux cas, aucune analyse externe n'est fournie mais bien une analyse interne à Carmeuse.

- Cleancalco HSF

Le produit proposé est développé pour le traitement des fumées. Le certificat d'analyse interne indique les valeurs suivantes:
- Volume poreux moyen = 0/06 (unité non précisée) (CSC > 0,20 cm^3/g).
- Surface spécifique = 38 m^3/g (CSC > 40 m^2/g)

La fiche technique apporte les remarques suivantes :
- Granulométrie à 90 µm non mentionnée
- Pas d'information concernant le volume poreux.
- Surface spécifique = 40,0 m^2/g (> 40 m^2/g dans le CSC)

Dans son courrier d'accompagnement (voir extrait ci-dessous), Carmeuse sous-entend que le critère de porosité n'est pas respecté, ce qui justifie la proposition d'essais industriels.

> «Le Hydrate Haute surface et Haute volume Poreuse est Patente en Europe. En Belgique il y a que une société laquelle peut mettre ce produit sur le marché.
> Le CleanCalco HSF est une Alternative Carmeuse. Cette produit a une BET de 40m^3/g mais une Volume Poreuse de 0,1 m^3/g. À cause de cette raison on a mis que cette produit doit être validé [sic]».

Il est à noter que le soumissionnaire cite une valeur de 0,1 m^3/g, ce qui doit être une erreur.

Le produit ne correspond pas aux spécifications du CSC mais pourrait, le cas échéant être accepté après réalisation de tests industriels (performance équivalente à définir).

- Supercalco 90

Le produit proposé est vraisemblablement adapté au traitement des eaux.
Le certificat interne ne mentionne pas les paramètres repris au CSC.
La fiche technique apporte les remarques suivantes :
- Pas d'information concernant le volume poreux.
- La surface spécifique imposée au CSC n'est pas respectée (CSC > 40 m^2/g)

Le produit ne correspond pas aux spécifications du CSC mais pourrait, le cas échéant, être accepté après réalisation de tests industriels (performance équivalente à définir).

Premièrement, le produit proposé par Carmeuse ne correspond pas aux spécifications techniques du cahier des charges: ni pour la surface spécifique ni pour le volume poreux.
Deuxièmement, la société Carmeuse reconnaît que son produit Cleancalco HSF doit être validé.
Enfin, troisièmement, Carmeuse reconnaît également que son produit est une «alternative» par rapport aux spécifications techniques mentionnées.
Le cahier spécial des charges spécifiait que le produit proposé devait «au moins» répondre à ces spécificités techniques claires. Cela indiquait que celles-ci consistaient en des spécifications minimales à atteindre. Le produit de Carmeuse n'y répond pas. Or il s'agissait d'un minimum qu'il était essentiel d'atteindre et qui a pu porter atteinte au principe d'égalité et à la concurrence. Le non-respect de ces exigences revêt par conséquent un caractère substantiel.
Le pouvoir adjudicateur aurait-il dû admettre un produit «équivalent»?

L'article 7 §3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques stipule «qu'un pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une offre au motif que les produits ou services offerts sont non conformes aux spécifications auxquelles il a fait référence, dès lors que le soumissionnaire prouve dans son offre, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences des spécifications techniques. Peut constituer un moyen approprié, un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu».
Dans le cas présent, Carmeuse ne prouve pas que le produit qu'elle propose est équivalent «aux exigences des spécifications techniques» (au contraire, Carmeuse admet qu'il s'agit d'une alternative). Il n'est en réalité pas possible d'être équivalent aux spécifications techniques dès lors que celles-ci sont précises et ne sont pas rédigées en termes de performances à atteindre. Soit le produit est conforme à ces spécificités techniques soit il ne l'est pas. Vu que le cahier spécial des charges ne décrit pas de performances à atteindre, un soumissionnaire ne pourrait pas proposer un produit équivalent tout en ne répondant pas aux spécifications techniques (on ne peut être équivalent par rapport à un résultat non défini). En outre, quand bien même devrait-on admettre une possibilité d'équivalence par rapport aux spécifications techniques, quod non, Carmeuse se borne simplement à écrire que ce produit serait équivalent, en mentionnant des essais concluants qui auraient été faits à Lille; le dossier n'est cependant accompagné d'aucun descriptif technique ou d'aucun rapport d'essai qui permettrait au pouvoir adjudicateur d'être assuré de l'équivalence du produit.
Pour savoir si le produit proposé à Carmeuse est équivalent à celui dont les spécifications techniques sont fixées dans le cahier des charges, il faudrait procéder à un essai industriel de ce produit et établir un résultat à atteindre; or ni l'essai industriel ni le résultat à atteindre ne sont prévus par le cahier spécial des charges. Accepter le produit proposé par Carmeuse et procéder à un essai industriel pour vérifier qu'il arrive à des résultats équivalents reviendrait à changer les termes du cahier des charges et de cette façon, à avantager Carmeuse qui ne propose pas un produit répondant exactement aux spécifications techniques exigées. Ceci porterait également atteinte aux principes d'égalité de traitement et de concurrence en ce que d'autres potentiels soumissionnaires ont pu décider de ne pas remettre offre au vu de ces prescriptions techniques contenues dans le Cahier spécial des charges (cf. conclusions du consultant technique Almadius reprises ci-dessus).
Par ailleurs, une «alternative» à une spécification technique (élément non conforme alternatif) constitue nécessairement une variante libre. Une telle variante libre ne peut être admise en adjudication et porterait à nouveau atteinte aux principes d'égalité et de concurrence.
Il convient donc d'en conclure que l'offre de Carmeuse était affectée d'une irrégularité substantielle.
Ceci a pour conséquence que le pouvoir adjudicateur doit revenir sur les conclusions de la décision du 28 novembre 2014 qui avait considéré cette offre comme étant régulière.

La réponse à la QUESTION 2 est donc NON ; par conséquent, nous n'examinons pas la QUESTION 3.

Cela laisse ouvertes les OPTIONS 1 et 4.

3) Choix entre les options 1 et 4: concurrence suffisante ?

La question de la concurrence a un impact sur le choix entre les OPTIONS l et 4. Lorsqu'elle a eu connaissance de l'existence d'un brevet de Lhoist et de sa possible violation par le produit proposé par Carmeuse, la S.P.G.E. a pris une décision rapide de retirer sa décision d'attribution et de relancer le marché et ce, afin de garantir la plus grande concurrence possible.
Certes, la S.P.G.E. avait fait une erreur lors de la première analyse des offres puisqu'elle était passée à côté de la question du brevet et des spécifications

techniques du produit Carmeuse alors que cela était indiqué sur l'une des pages des nombreux documents complémentaires envoyés par Carmeuse.
Néanmoins, l'intention de la S.P.G.E. était de respecter un des principes fondateurs des marchés publics et de permettre d'élargir la concurrence, afin de répondre au mieux aux besoins des adhérents.
Cette préoccupation de la S.P.G.E. reste d'actualité.
La conséquence de l'irrégularité de l'offre de Carmeuse est que le pouvoir adjudicateur se retrouve face à une seule offre régulière: celle du soumissionnaire Lhoist. Or dans le cas présent, le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas limiter la concurrence à une seule offre. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a déjà jugé qu'une seule offre pouvait être considérée comme n'étant pas suffisante pour assurer une concurrence réelle (CE., n°220.992 du 12 octobre 2012).
C'est dans l'objectif d'élargir la concurrence que le pouvoir adjudicateur souhaite renoncer à la conclusion du marché et relancer celui-ci en revoyant les spécifications techniques.
On a vu ci-dessus que le marché était ouvert à la concurrence en théorie. Dans les faits, cette concurrence était néanmoins largement réduite du fait de ces spécifications techniques exigées dans le cahier des charges pour la chaux hydratée - qualité technique.
Étant donné les considérations reprises ci-dessus, il serait plus efficace de fixer des résultats à atteindre, plutôt que de fixer des prescriptions techniques rigides, et d'accepter des produits équivalents en termes de performance. Cela permettrait à plus de fournisseurs de proposer un produit et cela permettrait au pouvoir adjudicateur d'accepter un plus grand nombre de produits puisque le cahier des charges serait rédigé en termes de résultat à atteindre. Ces différents produits peuvent être testés par des essais industriels; Les pouvoirs publics pourraient ainsi déterminer le meilleur produit au meilleur prix.
Dans un cas similaire, SPRL MKS & PARTNERS Réviseurs d'Entreprises contre SCRL CENTRE HOSPITALIER SPELTZER - LA TOURELLE (CHPLT), le CHPLT, pouvoir adjudicateur, avait pris une décision d'attribution qui avait été suspendue par le Conseil d'Etat (arrêt n°214.785 du II août 2011). Suite à cet arrêt, le pouvoir adjudicateur a pris la décision de renoncer à conclure le marché et de relancer le marché en assouplissant les règles de sélection qualitative qui étaient trop strictes et de ce fait, restreignaient fortement la concurrence.
MKS & PARTNERS a également introduit un recours contre cette dernière décision. Le Conseil d'Etat néanmoins rejeté la demande en suspension (arrêt n° 216.379 du 21 novembre 2011):

> «À la suite de l'arrêt n°214.785 du Conseil d'Etat, il s'imposait à la partie adverse (soit le pouvoir adjudicateur) de refaire l'analyse des offres à la lumière du premier CSC. En reprenant cette analyse, la partie adverse a pu - comme cela apparaît du dossier - considérer que les critères de ce cahier, appliqués rigoureusement ainsi que l'arrêt susvisé l'exige, sont trop restrictifs de la concurrence et qu'il était dès lors souhaitable de les élargir, étant entendu qu'ils seront ensuite appliqués de la même manière rigoureuse aux soumissionnaires. Cette manière de faire n'est pas illégitime. Elle est même pertinente eu égard aux objectifs des Traités et directives européens ainsi que de la législation interne qui les transpose. En effet, les critères de sélection, s'ils doivent évidemment permettre de vérifier la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché, ne peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché à un nombre inutilement restreint de soumissionnaires».

Ce raisonnement peut être appliqué de la même manière à des spécifications techniques trop strictes qui restreignent la concurrence.
Considérant que le problème rencontré ne concerne qu'une partie du lot 4, seulement de l'ordre de 10% du total du lot, l'économie d'échelle recherchée justifie de renoncer à passer ce lot 4 et de recommencer la procédure ;
Ces éléments (le besoin d'élargir la concurrence et le souhait de ne pas se limiter à une seule offre régulière) conduit la S.P.G.E. à opter pour l'OPTION 1.

5. Propositions de décision en fonction des éléments repris ci-dessus :

Vu l'ensemble des éléments repris ci-dessus, vu la note résumée, la confidentialité des pièces ainsi que, notamment, les articles 35 et 36 de la loi relative aux marchés publics et l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le Conseil d'Administration décide :
- de prendre acte de la décision du Conseil d'Etat de suspension,
- de retirer la décision du 19 décembre 2014,
- de déclarer l'offre de la société Carmeuse irrégulière,
- de retirer la décision du 28 novembre 2014, en ce qu'elle décidait d'attribuer le marché à une offre qui s'est révélée par la suite être irrégulière,
- de ne pas attribuer le marché relatif au lot 4,
- de recommencer la procédure au besoin suivant un autre mode et sans la partie relative à la chaux hydratée-qualité technique (incinération)".

III. 9. Le conseil d'administration de la S.P.G.E. a adopté la décision attaquée sur la base de cette note. Elle est motivée comme suit :

" Le Conseil d'Administration entend la note présentée et déposée sur l'Extranet.
Il fait siens tous les motifs repris dans cette note ainsi que dans la note détaillée annexée.

Il décide :

- De retirer sa décision du 19 décembre 2014;
- De déclarer l'offre de la société Carmeuse irrégulière;
- De retirer sa décision du 18 novembre 2014 en ce qu'elle décidait d'attribuer le marché dont question sous objet à une offre qui s'est révélé par la suite être irrégulière;
- De renoncer à attribuer le marché dont question sous objet;
- De recommencer la procédure, au besoin suivant un autre mode et sans la partie relative à la «chaux hydratée-qualité technique» - qualité technique (incinération)".

IV. OBJET ET RECEVABILITE DU RECOURS

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante présente comme suit l'objet du recours:

" Le recours est partiel, en ce qu'il ne vise pas le retrait de la décision du 19 décembre 2014 dont la suspension de l'exécution a été ordonnée par le Conseil d'Etat dans son arrêt 230.070 du 2 février 2015".

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir qu'en limitant de la sorte l'objet du recours, la partie requérante invite en réalité le Conseil d'Etat à réformer l'acte attaqué. Elle estime, en effet, qu'"il est manifeste que la délibération prise le 24 avril 2015 par le conseil d'administration de la SPGE était conçue comme indivisible en ses divers

points par cette dernière" et que la partie attaquée de la décision n'est, par conséquent, pas dissociable du reste de l'acte. Elle fait valoir à cet égard que "l'objectif poursuivi dans le cadre de la réfection de l'acte après l'arrêt du 2 février 2015 précité était de sortir d'une situation qui risquait de devenir inextricable et dont la seule issue est le renoncement à conclure le marché". Selon elle, en accueillant une demande de suspension ainsi limitée le Conseil d'Etat réformerait l'acte attaqué en lui donnant une portée nouvelle et agirait "en opportunité en lieu et place de l'administration active, ce qui n'est pas de sa compétence".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'acte attaqué comporte cinq objets. Le premier de ceux-ci consiste à retirer la décision du 19 décembre 2014, dont l'exécution a été suspendue par l'arrêt n° 230.070 du 2 février 2015. Cette décision du 19 décembre 2014 avait elle-même notamment pour objet de retirer la décision du 28 novembre 2014 attribuant le lot 4 du marché à la partie requérante. L'acte attaqué a donc pour premier objet de réactiver la décision du 28 novembre 2014.

Dans ses quatre autres objets, l'acte attaqué déclare l'offre de la partie requérante irrégulière, retire la décision 28 novembre 2014, renonce à attribuer le marché et décide de recommencer la procédure, au besoin suivant un autre mode et sans la partie relative à la "chaux hydratée-qualité technique".

Pour pouvoir déclarer irrégulière l'offre de la requérante et retirer la décision du 28 novembre 2014 qui lui attribuait le marché, il était indispensable que la partie adverse redonne vie à cette décision en retirant sa décision du 19 décembre 2014. Elle devait donc passer par cette première étape pour pouvoir, ensuite, adopter les autres objets de l'acte attaqué. Cela ne suffit pas pour autant à rendre le premier objet de l'acte attaqué indissociable des quatre autres objets. En effet, le retrait de la décision du 19 décembre 2014, qui aurait tout aussi bien pu constituer une décision autonome, est suffisamment distinct du reste de l'acte attaqué pour que sa portée ne soit pas modifiée par la suspension éventuelle des autres objets de l'acte. En réalité, ce retrait n'a pas d'autre portée que de replacer la partie adverse dans la situation prévalant avant sa décision du 19 décembre 2014. Sa subsistance dans l'ordonnancement juridique en cas de suspension des autres objets de l'acte attaqué serait sans incidence à cet égard.

La demande de suspension est recevable.

V. QUATRIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un quatrième moyen de la violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir estimé que son offre était entachée d'une irrégularité substantielle. Elle cite un passage de la note résumée à l'attention du conseil d'administration, selon lequel son offre est "irrégulière" et "qu'il s'agit d'une dérogation par rapport à une spécification essentielle (le cahier des charges impose que les offres doivent au moins répondre aux spécificités techniques décrites, il s'agit donc d'une irrégularité substantielle)", ainsi qu'un passage de la note détaillée à l'attention du conseil d'administration rédigé comme suit:

> " Le cahier spécial des charges spécifiait que le produit proposé devait «au moins» répondre à ces spécificités techniques claires. Cela indiquait que celles-ci consistaient en des spécifications minimales à atteindre. Le produit de Carmeuse n'y répond pas. Or il s'agissait d'un minimum qu'il était essentiel d'atteindre et qui a pu porter atteinte au principe d'égalité et à la concurrence. Le non-respect de ces exigences revêt par conséquent un caractère substantiel".

La partie requérante fait valoir que, pour qu'une irrégularité concernant des spécifications techniques puisse être tenue pour substantielle, il faut qu'elle déroge à une clause essentielle du marché. Or, elle relève qu'"[a]ucune clause du cahier spécial des charges ne qualifie la spécificité technique d'essentielle". Elle ajoute que "[l]a circonstance qu'il s'agisse de spécificités minimales détermine le seuil de conformité, mais non la conséquence d'une non-conformité".

Concernant l'atteinte possible à la concurrence, la partie requérante estime qu'elle "ne résulte pas du caractère essentiel ou non de la spécification, mais provient du caractère trop restrictif de cette dernière, jugé tel par la partie adverse, après avoir constaté que, *de facto*, seul LHOIST pouvait répondre parfaitement aux spécifications techniques". Selon elle, "[q]uoiqu'elle s'en défende, la partie adverse estime par là que les spécifications techniques de son cahier spécial des charges

étaient entachées d'illégalité au sens de l'article 8 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques".

La partie requérante fait encore valoir qu'en ce qu'elle invoque le principe d'égalité, "la partie adverse n'explicite pas son propos et la requérante n'aperçoit pas en quoi ce principe serait atteint, dès lors que l'autre soumissionnaire a, au rebours de la requérante, bénéficié de spécifications qu'il était -inutilement dit la partie adverse - seul à pouvoir pleinement rencontrer".

La partie requérante conclut que les explications de la partie adverse quant au caractère essentiel de la spécification technique "s'apparentent à des clauses de styles qui pourraient être reproduites dans un très grand nombre de situations" et que l'acte attaqué ne repose pas sur une motivation claire, complète, précise et adéquate susceptible de permettre aux intéressés et, le cas échéant, au juge saisi, de vérifier que la décision a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

B. Note d'observations

La partie adverse observe que le cahier spécial des charges "prévoit que chaque produit proposé dans les offres déposées par les soumissionnaires, «doit au moins répondre aux caractéristiques techniques qualitatives et quantitatives (...) quant à la composition, aspect et propriétés physiques»".

Elle rappelle qu'en ce qui concerne la "chaux hydratée - qualité technique", "les motifs de l'acte attaqué sont limpides quant au fait que, tant le Cleancalco HSF que le Supercalco 90 proposés par la requérante, ne répondent «pas aux spécifications du CSC»". Elle considère qu'il "est ainsi incontestable que les deux produits proposés dans l'offre de la requérante pour la fourniture de «chaux hydratée - qualité technique», n'étaient pas conformes aux spécifications techniques du CSC". Elle indique qu'"[a]ux termes de l'article 95, §3, al. 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, une offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les «spécifications techniques»" et que "[l]e §4 du même article prévoit, quant à lui, qu'une offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle".

Elle reconnaît que le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014, qui a donné à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 son libellé actuel, précise que "tout non-respect des prix, délais et spécifications techniques qui n'est pas considéré comme revêtant un caractère essentiel, n'est pas constitutif d'une irrégularité substantielle". Elle souligne toutefois que le même rapport au Roi indique "qu'une disposition est essentielle sur le plan des prix, des délais et des spécifications techniques lorsque leur non-respect génère une ou plusieurs des conséquences

précitées relatives aux irrégularités formelles - cf. notamment le critère selon lequel le non-respect pourrait donner lieu à un traitement inéquitable - mais, par ailleurs, également si le non-respect en question : est susceptible d'influer sur la comparaison des offres; ou est susceptible de modifier le classement des offres".

Elle ajoute que "dans un marché où le seul critère d'attribution est le prix, le respect des principes de concurrence, de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires, implique nécessairement que la comparaison entre ceux-ci se fasse sur la base d'offres qui proposent des biens ou des services de caractéristiques identiques au regard d'exigences techniques minimales prévues par le CSC". Elle estime qu'"[a]dmettre qu'un soumissionnaire puisse, dans le cadre d'une adjudication, se dispenser dans son offre du respect des prescriptions techniques minimales imposées par le CSC, le favoriserait par rapport aux autres concurrents qui auraient eux fait l'effort de s'y conformer, et rendrait impossible une comparaison objective des offres".

La partie adverse rappelle également qu'elle dispose d'un important pouvoir d'appréciation dans la détermination de ce qui doit être considéré comme une disposition essentielle d'un cahier spécial des charges.

En l'espèce, elle estime que rien ne permet de considérer qu'elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'offre de la partie requérante était affectée d'une irrégularité substantielle. Elle expose que la décision est adéquatement motivée en ce qu'elle considère les spécifications techniques litigieuses comme essentielles.

Pour le surplus, elle explique que, "contrairement à ce qu'affirme la requérante, ce n'est pas l'atteinte à la concurrence qui résulte du caractère essentiel des spécifications techniques litigieuses, mais tout à l'inverse - le caractère essentiel des spécifications qui résulte de l'atteinte à la concurrence que leur non-respect provoque".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics est rédigé comme suit :

" Art. 95. § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel […]

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1er, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

Il se déduit du paragraphe 3, alinéa 1er de cette disposition que l'offre qui ne respecte pas les spécifications techniques n'est affectée d'une irrégularité substantielle que si ces spécifications techniques sont essentielles. Cette disposition ne définit toutefois pas ce que sont des spécifications techniques essentielles.

Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014, arrêté royal remplaçant, notamment, l'article 95 ancien de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne dit pas autre chose : "Il y a lieu de rappeler que, conformément à l'interprétation usuelle, tout non-respect des prix, délais et spécifications techniques qui n'est pas considéré comme revêtant un caractère essentiel, n'est pas constitutif d'une irrégularité substantielle".

Dès lors que l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne définit pas ce que sont les spécifications techniques revêtant un caractère essentiel, le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'une marge d'appréciation. Il n'en reste pas moins qu'il ne peut attacher un tel caractère à une spécification, et partant considérer que la non-conformité à celle-ci entache l'offre d'une irrégularité substantielle, que pour des motifs précis et admissibles qui doivent transparaître de manière claire de sa décision.

Le caractère essentiel d'une spécification peut découler de la volonté exprimée par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché. La partie adverse soutient que tel est le cas en l'espèce, dès lors que le cahier spécial des charges prévoit que chaque produit doit "au moins répondre aux caractéristiques techniques qualitatives et quantitatives ci-après quant à la composition, aspect et propriétés physiques". Elle ne peut toutefois être suivie. En effet, la portée qu'elle attache aux mots "au moins" figurant dans cette phrase aboutit à conférer indistinctement un caractère essentiel à chacune des spécifications techniques. Or, le cahier spécial des charges opère une distinction claire entre des spécifications dont il impose le respect

"sous peine de non-conformité substantielle" et d'autres dont le non-respect n'est pas assorti d'une telle sanction. En procédant de la sorte, le cahier spécial des charges indique clairement les spécifications auxquelles il attache un caractère essentiel et, partant, celles auxquelles il n'attache pas un tel caractère.

En ce qui concerne le lot 4, sont prescrites "sous peine de non-conformité substantielle" les spécifications techniques du "lait de chaux calcique 20% - qualité eau potable", du "lait de chaux calcique 30% - qualité eau potable", et de la "chaux hydratée – qualité eau potable". En revanche, aucune sanction n'est prévue en cas de non-conformité avec le descriptif pour la "chaux hydratée - qualité technique". La partie adverse ne pouvait, par conséquent, pas considérer que le cahier spécial des charges y attachait un caractère essentiel.

La partie adverse déduit, par ailleurs, le caractère essentiel de la spécification litigieuse de la circonstance que le non respect de celle-ci rendrait impossible la comparaison des offres. Cette impossibilité serait la conséquence de sa rédaction en termes précis et non en termes de performances à atteindre, en sorte qu'"un soumissionnaire ne pourrait pas proposer un produit équivalent tout en ne répondant pas aux spécifications techniques".

A première vue, ce raisonnement ne convainc pas, sans qu'il soit même nécessaire de s'interroger, comme le suggère la partie requérante, sur la légalité de la spécification au sens de l'article 8 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il suffit, en effet, de constater que le raisonnement de la partie adverse repose sur le postulat que la spécification en question exclut la possibilité pour un soumissionnaire de démontrer que le produit proposé satisfait de façon équivalente à ses exigences. Or, une telle possibilité est de droit, conformément au prescrit de l'article 7, § 2 et § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Par conséquent, soit la spécification litigieuse tolère une interprétation conforme à cet article et dans ce cas les soumissionnaires pouvaient proposer des produits équivalents sans nécessairement affecter la comparabilité des offres, soit une telle interprétation n'est pas possible et dans ce cas la partie adverse ne pouvait attacher un caractère essentiel à une spécification contraire à la loi.

Au vu de ce qui précède, et dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, la partie adverse ne pouvait sans violer l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité déclarer l'offre de la requérante irrégulière pour les motifs indiqués dans sa décision.

Le moyen est sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

Les parties demandent que les offres soient tenues confidentielles. Il n'y a pas lieu de s'y opposer.

La partie adverse demande également que la première analyse technique effectuée par le consultant ALMADIUS (pièce 14 du dossier administratif) reste confidentielle. Dès lors que la partie requérante a pu consulter la seconde analyse produite par ce consultant où figurent les éléments utiles à la solution du litige, il n'y a pas lieu, à ce stade, de s'opposer à la demande de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la délibération du conseil d'administration de la Société publique de gestion de l'eau, par laquelle elle décide de déclarer l'offre de la société CARMEUSE irrégulière; de retirer sa décision du 18 novembre 2014 en ce qu'elle décidait d'attribuer le marché dont question sous objet à une offre qui s'est révélé par la suite être irrégulière; de renoncer à attribuer le marché dont question sous objet; de recommencer la procédure, au besoin suivant un autre mode et sans la partie relative à la chaux hydratée-qualité technique - (incinération).

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les offres ainsi que la pièce 14 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Serge BODART.