CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.930 du 3 juin 2016

G./A.218.878/VI-20.751

En cause : **la société anonyme AVK BELGIUM**,

ayant élu domicile chez
Mes Jens DEBIEVRE, Lore DERDEYN et
Mehdy ABBAS KHAYLI, avocats,
avenue du Port, n° 86C/113,
1000 Bruxelles,

contre :

la Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux,
en abrégé CILE,

ayant élu domicile chez
Mes Cédric MOLITOR et Cyrille DONY, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

LE PRESIDENT DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite par envoi recommandé le 31 mars 2016, la SA AVK BELGIUM sollicite la suspension d'extrême urgence de "la décision du Conseil d'administration de la CILE du 8 mars 2016 relative à l'attribution du marché public de fourniture «Marché public conjoint C.I.L.E./S.W.D.E. de fournitures de robinetterie, appareils de protection et matériel de lutte contre l'incendie», en ce qu'elle attribue les lots 3 et 4 de ce marché à la société BAYARD SAS et qu'elle attribue le lot 17 de ce marché à la société SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEM SA, et de la décision implicite de la CILE de ne pas attribuer les lots précités à AVK, telles que communiquées à AVK dans un extrait du procès-verbal du Conseil d'administration de la CILE du 8 mars 2016 annexé à un courrier recommandé et à un email du 16 mars 2016".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 4 avril 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 26 avril 2016 à 14 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.

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

M. le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Jens DEBIEVRE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Cyrille DONY, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

Mme l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux (CILE) produit et distribue l'eau potable par l'intermédiaire de son réseau de canalisations en région liégeoise. Elle alimente plus de 550.000 habitants répartis sur 24 communes.

III. 2. En vue de son approvisionnement en robinetterie, appareils de protection et matériel de lutte contre l'incendie, la CILE lance, en 2011, un marché public conjoint de fournitures avec la Société Wallonne de l'Eau (S.W.D.E.). Ce marché, qui relève des secteurs spéciaux, porte la référence S10-864 et, dans le cadre de ce marché, la CILE a été désignée pour intervenir en qualité de pouvoir adjudicateur.

Le marché S10-864 arrivant à échéance le 28 février 2016, le conseil d'administration de la CILE prend la décision, le 19 mai 2015, de relancer un nouveau marché public conjoint de fournitures avec la S.W.D.E. (S15-1482) ayant à nouveau pour objet la fourniture de robinetterie, d'appareils de protection et de matériel de lutte contre l'incendie et ce, pour une durée de quatre ans.

Le mode de passation retenu est la procédure négociée avec publicité européenne.

Un avis de marché est publié, le 3 juin 2015, au Bulletin des adjudications et, le 6 juin 2015, au complément au Journal Officiel de l'Union Européenne.

Ces avis de marché précisent que le marché est divisé en 36 lots, dont les lots 3 ("Robinet vanne à opercule (série normale et courte) – divers"), 4 ("Robinet vanne à opercule (série normale et courte") et 17 ("Bouche d'incendie + accessoires") qui font l'objet du présent recours, et que les candidatures doivent être introduites pour le 8 juillet 2015.

III. 3. Par une décision du 6 août 2015, la Direction générale de la CILE approuve le cahier spécial des charges ainsi que la liste des candidatures régulières introduites dans le cadre du marché S15-1482.

Les candidatures suivantes sont ainsi retenues :

- S.A. M.T.T.T. GRILLO;
- S.A. RACI BELGIUM;
- S.A. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS;
- S.A. BAYARD;
- N.V. AVK BELGIUM;
- S.P.R.L. EMMER SERVICE.

III. 4.1. Par un courrier daté du 7 août 2015, les six candidats se voient adresser le cahier spécial des charges S15-1482 avec l'indication que la date de remise des offres est fixée au 7 septembre 2015 à 10h00.

Le cahier spécial des charges prévoit, notamment (point I.9.), l'obligation de joindre à l'offre la documentation technique du matériel proposé, de même que le questionnaire de non-toxicité des matériaux avec une copie des certificats renseignés repris en annexe C de ce même cahier.

Au niveau des exigences techniques, le cahier spécial des charges précise (point III., en-tête) que la fiche technique FTA/00/0 ("Matériaux en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable") est applicable à tous les lots du marché. Cette fiche, faisant partie intégrante du cahier spécial des charges et par ailleurs disponible sur le site internet www.aquawal.be, énonce que :

" Tous les matériaux qui entrent dans la constitution des cuves, tuyaux, tubes, raccords, accessoires, assemblages et appareils de toute nature, susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable doivent être conformes aux exigences réglementaires.

Cette conformité doit être confirmée par un certificat attestant que les matériaux ne sont pas toxiques, qu'ils ne permettent pas le développement d'une faune microbiologique, qu'ils ne provoquent pas une turbidité ou une coloration de l'eau, qu'ils ne communiquent pas à celle-ci un goût ou une odeur, même si cette eau contient 1 mg de chlore libre par litre.

Ce certificat doit être établi conformément à la méthode HYDROCHECK ou toute autre méthode équivalente. Ces méthodes seront jugées équivalentes pour autant qu'elles soient établies sur les bases suivantes :

- contrôle des caractéristiques organoleptiques et de la migration totale des substances organiques;
- contrôle de la migration spécifique;
- contrôle de la stimulation de la croissance bactérienne;
- indication des résultats des contrôles précités.

[…]".

Ainsi, tout élément susceptible d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable doit faire l'objet d'un certificat établi selon la méthode Hydrocheck ou toute autre méthode équivalente afin de garantir que cet élément n'affectera pas la potabilité de l'eau. Délivrée par BELGAQUA (Fédération belge du secteur de l'eau), la certification Hydrocheck vise à vérifier que l'ensemble des matériaux organiques entrant en contact avec l'eau potable ne permettent pas le développement d'une faune microbiologique, qu'ils ne provoquent pas une turbidité ou une coloration de l'eau et qu'ils ne communiquent pas à celle-ci un goût ou une odeur, même si cette eau contient 1 mg de chlore libre par litre. En bref, il s'agit d'une certification qui permet de garantir que des matériaux en contact avec l'eau ne nuisent pas à la potabilité de celle-ci.

III. 4. 2. En ce qui concerne singulièrement les lots 3 et 4 (robinets-vanne à opercule) (point III.2. du cahier spécial des charges), des exigences techniques spécifiques sont également fixées par la fiche technique FTA/10/02 ("Robinets-vannes à opercule en fonte ductile"), laquelle fait également partie intégrante du cahier spécial des charges et est disponible sur le site internet www.aquawal.be.

Cette fiche technique indique, entre autres (point 3.2. : "Caractéristiques fonctionnelles"), que "La tige étant par essence destinée à la manipulation externe, l'étanchéité de celle-ci doit être totale, via au moins un joint racleur et plusieurs joints toriques, ces derniers étant logés dans une buselure [à savoir une pièce en forme d'anneau qui, en l'espèce, permet d'assurer l'étanchéité de la vanne et ce, en protégeant

la vanne des chocs et des infiltrations] exécutée en matériau synthétique, en acier inoxydable ou en laiton".

Par dérogation à cette exigence technique, le cahier spécial des charges précise toutefois que "pour la buselure, un autre matériau métallique peut être proposé pour autant que celui-ci ne soit pas en contact avec l'eau, en fonctionnement normal".

La fiche technique indique aussi, en son point 5 ("Matériaux – Revêtements") que "Tous les matériaux organiques, qui entrent dans la constitution des bouches d'incendie décrites dans la présente fiche et qui sont susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau servant à la production d'eau potable, doivent être en conformité avec les directives de la FTA/00/01" (à savoir, la fiche technique dont il a déjà été fait mention ci-dessus).

III. 4. 3. En ce qui concerne par ailleurs le lot 17 ("bouche d'incendie + accessoires"), le cahier spécial des charges précise que les offres doivent pour leur part être conformes à la fiche technique prFTA/20/01 laquelle fait également partie intégrante du cahier spécial des charges et est disponible sur le site internet www.aquawal.be.

Cette fiche technique indique, entre autres (point 5. : "Matériaux – Revêtements"), que "Tous les matériaux organiques, qui entrent dans la constitution des bouches d'incendie décrites dans la présente fiche et qui sont susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau servant à la production d'eau potable, doivent être en conformité avec les directives de la FTA/00/01" (à savoir, la fiche technique dont il a déjà été fait mention ci-dessus).

III. 4. 4. Il découle de ces différentes dispositions du cahier spécial des charges ainsi que des fiches techniques auxquelles il est renvoyé, avec, le cas échéant, prise en compte des dérogations à ces fiches expressément prévues par le cahier spécial des charges, que, d'une part, tout matériau entrant ou pouvant entrer en contact avec de l'eau potable ou de l'eau destinée à devenir potable doit être couvert par un certificat Hydrotech ou par un document équivalent et que, d'autre part, cette exigence, qui est par ailleurs essentielle dès lors qu'elle vise à garantir la qualité de l'eau potable ou de l'eau destinée à être potable, conditionne, en conséquence, la régularité technique des offres déposées.

A cette fin, l'annexe C du cahier spécial des charges, intitulée "Questionnaire de non toxicité", comporte six colonnes qui sont respectivement identifiées comme suit :
- n° du lot;

- n° d'article SWDE;
- n° d'article CILE;
- description;
- désignation du ou des matériaux organiques en contact avec l'eau;
- agréation obtenue (pays, référence, date).

Ces diverses colonnes doivent être complétées au regard de chaque type de robinet vanne à opercule repris dans les lots 3 et 4, ainsi que de chaque type de bouche d'incendie repris dans le lot 17.

III. 5. La requérante dépose, le 28 août 2015, une offre dans le délai imparti, notamment pour ce qui concerne les lots 3, 4 et 17, et la séance d'ouverture des offres a lieu le 8 septembre 2015.

Pour les lots 3 et 4, les soumissionnaires suivants ont déposé une offre :

- la requérante;
- BAYARD SAS (BAYARD);
- EMMER SERVICE SPRL (EMMER SERVICE);
- et SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS SA (S.G.P.S.).

Pour le lot 17, les soumissionnaires suivants ont déposé une offre :

- La requérante;
- EMMER SERVICE;
- et S.G.P.S.

III. 6. 1. Concernant, notamment, les lots 3 et 4, la requérante propose dans son offre des modèles de vannes d'ancienne génération (AVK 02/60-003 et AVK 06/30-003) qu'elle considère comme conformes au cahier spécial des charges dès lors qu'ils étaient certifiés Hydrocheck. Toujours pour ces même lots, la requérante indique dans l'annexe C jointe à son offre, dans la colonne "Désignation du ou des matériaux organiques en contact avec de l'eau", qu'il s'agit des matériaux "PDM EUW-70/Epoxy Resicoat R4 Dark Blue/Berulub Sihaf 2/Berusil P140", et, dans la colonne "Agréation obtenue (pays, référence, date), que ces matériaux sont respectivement couverts par les certificats Hydrocheck 065/2, délivré le 14 décembre 2010, 011, délivré le 8 octobre 2001, 026, délivré le 7 septembre 2009, et 041, délivré le 9 juillet 2002, lesquels certificats, qui ont chaque fois été délivrés par BELGAQUA, sont également annexés à l'offre.

Toutefois, dans une note du 28 août 2015, la requérante fait savoir à la CILE qu'elle joint aussi à son offre la documentation et un échantillon concernant un nouveau modèle de vanne à opercule. Elle propose, en conséquence, que, durant l'exécution du marché, ce nouveau modèle de vanne remplace le modèle initial

présenté dans l'offre, évidemment sous réserve de l'approbation de la CILE. Lorsque la requérante a déposé son offre, le nouveau modèle de vanne était encore en cours de certification Hydrocheck, mais la requérante précise dans sa requête, preuve à l'appui, que ce nouveau modèle est, aujourd'hui, bien couvert par un certificat Hydrocheck. Dans cette note du 28 août 2015, la requérante précise également que si les lots 3, 4, 5, 9 et 10, ou tout ou partie de ceux-ci, devaient lui être attribués, elle souhaiterait débuter les livraisons avec l'ancien type de vanne, avant d'effectuer la transition en cours de contrat.

III. 6. 2. Par courrier du 25 septembre 2015, la CILE a demandé ce qui suit à la requérante pour ce qui concerne, notamment, les lots 3 et 4 de son offre :

" Suite à l'analyse de votre offre, vous trouverez, en annexe, un tableau récapitulatif de chaque lot pour lequel vous avez déposé offre.

Les cases de couleur orange nécessitent des précisions de votre part pour les articles concernés et doivent donc être complétées.

Les cases de couleur orange rendent, au stade actuel de l'analyse, votre offre, pour l'article concerné, non conforme, ce qui pourrait entraîner la non-conformité du lot.

Les cases de couleur bleue ne nécessitent pas une intervention de votre part, il s'agit de l'analyse des échantillons.

Nous aimerions également avoir les informations suivantes :

[…]

- Pour les lots 3 à 8 de votre offre de base :
  Pouvez-vous nous confirmer que le modèle proposé est la nouvelle génération. Si tel est le cas, pouvez-vous nous fournir le certificat pour le matériau constitutif des glissières
  (PA) [=polyamide]?

[…]

Nous vous invitons donc à compléter, régulariser ou amender votre dossier pour le 7 octobre 2015 à 10 heures au plus tard".

Il ressort par ailleurs de ce même document que, pour les lots 3 et 4, un point d'interrogation a été repris dans une case orange au regard de la rubrique "joint dans buselure en matériau synthétique, inox ou laiton ou autre matériau métallique". Il en va de même pour les lots 5, 7, 9 et 10, pour lesquels la requérante a également remis offre.

Par courrier du 5 octobre 2015, la requérante répond ce qui suit :

" - Pour les lots 3 à 8 :

Le modèle proposé dans notre offre est l'ancienne génération (voir document «Certifications Hydrocheck» joint à notre offre et en annexe de ce courrier). Comme convenu avec […] et […], la nouvelle génération le remplacera dès réception du certificat Hydrocheck pour les glissières PA et acceptation par vos services, et ce aux même conditions que pour l'ancien modèle".

Dans la case orange au regard de la rubrique "joint dans buselure en matériau synthétique, inox ou laiton ou autre matériau métallique", elle indique également la mention "Buselure en polyamide".

III. 7. 1. Par courrier du 12 octobre 2015, la requérante est invitée à participer à une réunion de négociation qui est organisée le 20 octobre 2015.

Dans le procès-verbal de cette réunion, il est tout d'abord précisé que : "La clause relative au matériau constitutif de la buselure est remplacée par « la buselure dans laquelle sont logés les joints toriques est soit en matériau synthétique soit en matériau métallique soumis à l'approbation du pouvoir adjudicateur »".

Au regard de la rubrique "joint dans buselure en matériau synthétique, inox ou laiton ou autre matériau métallique" des lots 3 et 4, qui avait fait l'objet d'une case orange avec point d'interrogation, la case orange est maintenue tout en faisant état de ce qui suit : "AVK : buselure en polyamide – Négociation 20/10/2015 : Hydrocheck – Nous transmettre le certificat". Des mentions identiques figurent également dans d'autres lots.

III. 7. 2. Par courrier électronique du 29 octobre 2015, la requérante transmet à la CILE une copie d'un envoi recommandé du 23 octobre 2015, que la CILE déclare toutefois n'avoir jamais reçu et dans lequel la requérante faisait état de ce qui suit pour les lots 3 et 4 :

" demande d'Hydrocheck en cours pour la buselure, certificats W270, KTW et WRAS en annexe. Nous rappelons que notre conception d'étanchéité par manchette EPDM empêche toute entrée en contact du média avec cette buselure, un rapport de test réalisé uniquement sur la manchette vous sera transmis dans les meilleurs délais".

S'agissant du test en question, la requérante ajoute toutefois ce qui suit dans son courriel du 29 octobre 2015 :

" Nous avions prévu aujourd'hui un test sur une de nos vannes sans O-ring montrant que la manchette EPDM réalise 100% de l'étanchéité et que la buselure n'est donc pas en contact avec l'eau potable (contrairement à ce que je pensais nous n'avons pas encore reçu le certificat Hydrocheck pour cette pièce, certifications WRAS, W270, KTW jointes au dossier). Je te transmettrai donc ce rapport de test au plus vite".

Comme l'observe la CILE, il ressort donc de ces deux documents que la requérante indique à la CILE qu'une demande de certificat Hydrocheck est en cours concernant la buselure des nouveaux modèles de vanne mais qu'un test va cependant être réalisé afin de tenter de démontrer que la manchette EPDM (l'EPDM étant un caoutchouc synthétique) pourrait assurer l'étanchéité totale du mécanisme, de sorte que la buselure n'entrerait alors pas en contact avec l'eau potable ou l'eau destinée à la production d'eau potable.

La CILE fait toutefois valoir, dans sa note d'observations, qu'elle n'a finalement pas reçu les résultats du test qui avait été annoncé et que, s'agissant des vannes d'ancienne génération, aucun certificat Hydrocheck n'a été remis concernant la buselure en polyamide.

III. 8. Le 26 novembre 2015, la CILE s'adresse aux soumissionnaires en rappelant que le délai de validité des offres expire le 5 février 2016 mais qu'il ne sera toutefois pas possible de notifier le choix de l'adjudicataire pour cette date. Partant, la CILE interroge les soumissionnaires sur la possibilité de prolonger la validité des offres jusqu'au 31 mars 2016.

La requérante confirme, le 4 décembre 2015, la validité de son offre jusqu'au 31 mars 2016 et ce, sans réserve.

III. 9. Le 30 décembre 2015, la CILE adresse à la requérante un courrier qui fait état de ce qui suit :

" Le 07 septembre dernier, vous avez introduit une offre auprès de notre société pour le marché public susmentionné.

Par la présente, nous vous invitons à nous remettre plusieurs documents :
- pour les lots 25, 26 et 28, le certificat de potabilité ainsi que la documentation technique de la vanne d'isolement;
- le procès-verbal de négociation signé par la personne dûment mandatée.

Nous vous invitons donc à compléter, régulariser ou amender votre dossier pour le 11 janvier 2016 à 10h00 au plus tard.

Nous vous rappelons que ces informations sont indispensables dans le cadre de l'analyse de votre offre et pour sa prise en considération, dans le cas contraire, votre offre pourrait être déclarée nulle pour les lots considérés.

Sous réserve de la régularité de votre offre, nous profitons également de ce courrier pour lancer la négociation. A cet effet, vous êtes invités à nous transmettre, en plus des informations demandées, une proposition d'amélioration de votre offre ou, à défaut, une confirmation de celle-ci".

Par un courrier du 7 janvier 2016, la requérante transmet les informations complémentaires demandées ainsi que le procès-verbal de négociation signé, mais ne fait plus référence au test relatif à la manchette EPDM qui avait été annoncé dans le courriel du 29 octobre 2015.

III. 10. Après la clôture des négociations, la requérante transmet à la CILE, par courriel du 2 février 2016, le certificat Hydrocheck des buselures en polyamide des nouveaux modèles de vanne qui sont amenés à remplacer les anciens modèles qui seraient placés en début de contrat. Il est précisé ce qui suit dans ce courriel :

" En pièce jointe, vous trouverez le certificat Hydrocheck pour les guides polyamides de notre nouvelle vanne (désolé pour cet envoi tardif, il ne m'est parvenu que la semaine passée bien que sa publication date d'octobre …).
Egalement jointes les fiches techniques des 2 modèles, l'accréditation par le Watergroep et le procès-verbal de test ainsi que la présentation générale de ces vannes.
Comme nous en avons déjà parlé, pouvez-vous me confirmer :
- Que nous pouvons procéder à la livraison de ce nouveau modèle pour le contrat de fourniture en cours (76000001) en remplacement de l'ancien type (pour l'instant vannes longues et courtes DN80 à 200);
- Que ce nouveau modèle sera accepté en cas d'attribution d'un ou plusieurs lots du marché S15-1482.

Ce bien sûr sous réserve que tous les tests nécessaires aient été effectués par vos services.

Nous livrerions dans un premier temps le stock existant de l'ancien modèle avant de basculer vers celui-ci (déjà de stock chez nous et livré aux membres d'Aquaflanders depuis janvier 2015).

Cette conception devrait s'étendre à l'ensemble de la gamme au cours de cette année. Nous vous tiendrons évidemment informés du passage d'un design à l'autre pour chaque diamètre/type de vannes en temps voulu".

Dès lors que ce certificat a été communiqué après la clôture des négociations, la CILE décide toutefois de ne pas le prendre en considération.

III. 11. 1. Par une décision du 8 mars 2016, le conseil d'administration de la CILE procède à l'attribution de l'ensemble des lots du marché litigieux, à l'exception du lot 21 pour lequel aucune offre n'a été déposée.

Il s'agit de la décision attaquée, laquelle n'est toutefois querellée qu'à propos de l'attribution des lots 3, 4 et 17.

III. 11. 2. Cette décision du 8 mars 2016, après avoir rappelé le contenu de l'article 94, paragraphes 3 et 4, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des

marchés publics dans les secteurs spéciaux, reproduit également les deux passages suivants de la circulaire du 14 juillet 2008 n° 44-0-08-02 unifiant les pratiques en matière de traitement des demandes de participation et des offres dans le cadre des marchés publics :

" En procédure négociée, le pouvoir adjudicateur dispose d'une assez large marge de manœuvre pour déterminer l'offre qu'il va choisir. Ce pouvoir largement discrétionnaire ne peut cependant s'exercer de manière arbitraire. Le pouvoir adjudicateur doit ainsi respecter les principes de bonne administration, qui impliquent notamment une comparaison objective des offres. Il doit également respecter les règles qu'il s'est éventuellement imposées à lui-même via les documents du marché.

[…]

La jurisprudence et la doctrine ont dégagé certains critères pour savoir si une irrégularité doit être considérée comme substantielle ou non. Il faut s'interroger sur son impact ou sur l'objectif poursuivi par le soumissionnaire par son biais. En règle générale, il y a lieu de considérer qu'une irrégularité est substantielle lorsqu'elle empêche ou est de nature à fausser la comparaison des offres, à compromettre la bonne exécution du marché".

III. 11. 3. S'agissant des lots litigieux, cette même décision du 8 mars 2016 examine la régularité des offres en ces termes :

- pour ce qui concerne le lot 3 :

" […]

Vu le cahier spécial des charges imposant notamment en son point III.2 le respect de la fiche technique FTA/10/02 - Robinets-vannes à opercule en fonte ductile;

Vu la fiche technique FTA/10/02 précisant notamment en son point 5 que « Tous les matériaux organiques, qui entrent dans la constitution des robinets-vannes décrits dans la présente fiche et qui sont susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau servant à la production d'eau potable, doivent être en conformité avec les directives de la FTA/00/01 »;

Vu la fiche technique FTA/00/01 – matériaux en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable précisant notamment que « Ce certificat doit être établi conformément à la méthode HYDROCHECK ou toute autre méthode équivalente »;

Attendu que les offres déposées par l'ensemble des soumissionnaires ne comportaient pas de certificat Hydrocheck ou la preuve de l'équivalence;

Vu le rappel adressé à toutes les sociétés en date du 30 septembre 2015 et mentionnant l'échéance de réception des informations pour le 7 octobre 2015 au plus tard;

Attendu qu'au terme de ce premier rappel, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu la convocation envoyée le 14 octobre 2015 et les négociations menées en date des 20 et 21 octobre 2015;

Vu le procès-verbal de négociation envoyé le 22 octobre 2015 aux différentes sociétés et fixant l'échéance au 28 octobre 2015 pour répondre aux différentes demandes;

Attendu qu'au terme de ces négociations, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu le courrier adressé à toutes les sociétés en date du 31 décembre 2015 et fixant la date d'échéance au plus tard au 11 janvier 2016;

Attendu qu'au terme de ce courrier, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu le point I.18 du cahier spécial des charges précisant que « la C.I.L.E. se réserve également le droit de s'écarter des clauses du présent cahier spécial des charges »;

Considérant, dès lors, qu'il a été proposé de lever cette spécification afin de pouvoir attribuer ce lot;

Vu le courriel du 2 février 2016 de la N.V. AVK BELGIUM, 22 jours après l'échéance fixée;

Vu l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 énonçant que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence »;

Considérant, sous peine de rompre l'équité et le principe de négociations, qu'il est proposé de ne pas prendre ces dernières informations en considération;

Attendu que l'offre déposée par la N.V. AVK BELGIUM répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Attendu que l'offre déposée par la S.A.S. BAYARD répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Attendu que l'offre déposée par la S.P.R.L. EMMER SERVICE répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Vu le courriel du 21 janvier 2016 de la S.A. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS, 10 jours après l'échéance fixée;

Vu l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 énonçant que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence »;

Considérant, sous peine de rompre l'équité et le principe de négociation, qu'il est proposé de ne pas prendre ces dernières informations en considération;

Considérant, néanmoins, que les informations obtenues avant la date de clôture permettaient d'établir à suffisance que l'offre était conforme techniquement;

Attendu que l'offre déposée par la S.A. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière";

- pour ce qui concerne le lot 4 :

" […]

Vu le cahier spécial des charges imposant notamment en son point III.2 le respect de la fiche technique FTA/10/02 - Robinets-vannes à opercule en fonte ductile;

Vu la fiche technique FTA/10/02 précisant notamment en son point 5 que « Tous les matériaux organiques, qui entrent dans la constitution des robinets-vannes décrits dans la présente fiche et qui sont susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau servant à la production d'eau potable, doivent être en conformité avec les directives de la FTA/00/01 »;

Vu la fiche technique FTA/00/01 – matériaux en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable précisant notamment que « Ce certificat doit être établi conformément à la méthode HYDROCHECK ou toute autre méthode équivalente »;

Attendu que les offres déposées par l'ensemble des soumissionnaires ne comportaient pas de certificat Hydrocheck ou la preuve de l'équivalence;

Vu le rappel adressé à toutes les sociétés en date du 30 septembre 2015 et mentionnant l'échéance de réception des informations pour le 7 octobre 2015 au plus tard;

Attendu qu'au terme de ce premier rappel, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu la convocation envoyée le 14 octobre 2015 et les négociations menées en date des 20 et 21 octobre 2015;

Vu le procès-verbal de négociation envoyé le 22 octobre 2015 aux différentes sociétés et fixant l'échéance au 28 octobre 2015 pour répondre aux différentes demandes;

Attendu qu'au terme de ces négociations, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu le courrier adressé à toutes les sociétés en date du 31 décembre 2015 et fixant la date d'échéance au plus tard au 11 janvier 2016;

Attendu qu'au terme de ce courrier, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu le point I.18 du cahier spécial des charges précisant que « la C.I.L.E. se réserve également le droit de s'écarter des clauses du présent cahier spécial des charges »;

Considérant, dès lors, qu'il a été proposé de lever cette spécification afin de pouvoir attribuer ce lot;

Vu le courriel du 2 février 2016 de la N.V. AVK BELGIUM, 22 jours après l'échéance fixée;

Vu l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 énonçant que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence »;

Considérant, sous peine de rompre l'équité et le principe de négociations, qu'il est proposé de ne pas prendre ces dernières informations en considération;

Attendu que l'offre déposée par la N.V. AVK BELGIUM répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Attendu que l'offre déposée par la S.A.S. BAYARD répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Attendu que l'offre déposée par la S.P.R.L. EMMER SERVICE répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Vu le courriel du 21 janvier 2016 de la S.A. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS, 10 jours après l'échéance fixée;

Vu l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 énonçant que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence »;

Considérant, sous peine de rompre l'équité et le principe de négociation, qu'il est proposé de ne pas prendre ces dernières informations en considération;

Considérant, néanmoins, que les informations obtenues avant la date de clôture permettaient d'établir à suffisance que l'offre était conforme techniquement;

Attendu que l'offre déposée par la S.A. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière";

- et pour ce qui concerne le lot 17 :

" […]

Attendu que l'offre déposée par la N.V. AVK BELGIUM répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Attendu que l'offre déposée par la S.P.R.L. EMMER SERVICE répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière;

Attendu que l'offre déposée par la S.A. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière".

III. 11. 4. Après avoir procédé à l'analyse des critères d'attribution fixés par les documents du marché, le conseil d'administration de la CILE procède au classement final des offres déclarées régulières. Ce classement est le suivant pour chacun des trois lots litigieux :

- pour ce qui concerne le lot 3 :

Soumissionnaire	Prix (sur 90)	Délai de livraison (sur 10)	Score (sur 100)	Classement
S.A.S. BAYARD	85,80	10	95,80	1

N.V. AVK BELGIUM	90	2,86	92,86	2
S.A. SAINT-GOBAIN PIPES SYSTEMS	81,32	2,86	84,18	3
S.P.R.L. EMMER SERVICE	44,36	5	49,36	4

- pour ce qui concerne le lot 4 :

Soumissionnaire	Prix (sur 90)	Délai de livraison (sur 10)	Score (sur 100)	Classement
S.A.S. BAYARD	89,42	10	99,42	1
S.A. SAINT-GOBAIN PIPES SYSTEMS	90	2,86	92,86	2
N.V. AVK BELGIUM	85,03	2,86	87,89	3
S.P.R.L. EMMER SERVICE	56,79	5	61,79	4

- pour ce qui concerne le lot 17 :

Soumissionnaire	Prix (sur 50)	Conception (sur 20)	Mise en œuvre (sur 20)	Délai de livraison (sur 10)	Score (sur 100)	Classement
S.A. SAINT-GOBAIN PIPES SYSTEMS	50	20	20	5,71	95,71	1
N.V. AVK BELGIUM	49,93	20	20	5,71	95,64	2
S.P.R.L. EMMER SERVICE	33,08	20	20	10	83,08	3

III. 11. 5. Les lots 3 et 4 sont dès lors attribués à la S.A.S. BAYARD alors que le lot 17 est attribué à la S.A.S. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS (ci-après S.G.P.S.).

La partie adverse relève, dans sa note d'observations, que, si la requérante ne s'est pas vu attribuer les lots litigieux, il convient toutefois de préciser qu'elle a néanmoins obtenu 12 des 35 lots qui ont finalement été attribués (à savoir, les lots 2, 5, 9, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 20, 22 et 25).

III. 12. La décision d'attribution du 8 mars 2016 est communiquée le 16 mars 2016, par courrier recommandé et par moyen électronique, aux différents soumissionnaires.

Le même jour, la requérante adresse un courrier à la CILE afin de contester la motivation de la décision du 8 mars 2016 s'agissant de l'attribution de plusieurs lots, dont les lots 3 et 4, mais pas le lot 17. Ce courrier fait à cet égard état de ce qui suit :

" Suite à la réception de l'information d'attribution par mail ce 16/03/16, nous nous permettons de souligner par la présente plusieurs points concernant le respect de la FTA/00/01 pour les lots 3 à 8 de notre offre à notre sens inexacts :

- Aux pages 21 (lot 3), 23 (lot 4), 25 (lot 5), 27 (lot 9) et 29 (lot 10) du procès-verbal d'attribution, vous indiquez : « Attendu que les offres déposées par l'ensemble des soumissionnaires ne comportaient pas de Certificat Hydrocheck ou la preuve de l'équivalence ».

Nous rappelons que les certificats Hydrocheck relatifs aux matériaux en contact avec l'eau potable des vannes séries 02/60-003 et 06/30-003 étaient bien joints à notre offre du 04/09/15 (Hydrocheck 065/2 de l'EPDM EUW-70 et Hydrocheck 011 de l'époxy Resicoat R4 Dark Blue). Bien que nous ayons joint la documentation des vannes « nouveau design » séries 02/60-0035 et 06/30-0035 en signalant que nous souhaitions, avec votre accord, que ce modèle remplace l'ancien en cours de marché dès son agréation Hydrocheck (suivant l'accord de principe donné par MM. […] et [...]), le modèle proposé dans notre offre dispose bel et bien de cette certification.

- Aux mêmes pages et pour les mêmes lots, vous indiquez : «Vu le rappel adressé à toutes les sociétés en date du 30 septembre 2015 et mentionnant l'échéance de réception des informations pour le 7 octobre 2015 au plus tard ; Attendu qu'au terme de ce premier rappel, aucune société n'a remis le certificat requis».

Dans ce courrier, que vous trouverez en pièce-jointe, vous indiquez pour les lots mentionnés ci-dessus :

«pour les lots 3 à 8 de votre offre de base : pouvez-vous confirmer que le modèle proposé est la nouvelle génération. Si tel est le cas, pouvez-vous nous fournir le certificat pour le matériau constitutif des glissières (PA)? ».

Nous vous avons confirmé dans le courrier joint du 6/10 que le modèle proposé était l'ancienne génération (sur laquelle ces glissières n'existent pas). Nous soulignons qu'aucune remarque n'est faite dans ce courrier concernant la certification Hydrocheck des lots 9 et 10.

- Toujours aux mêmes pages, vous indiquez : « vu le procès-verbal de négociation envoyé le 22 octobre 2015 aux différentes sociétés et fixant l'échéance au 28 octobre 2015 pour répondre aux différentes demandes ;
- Attendu qu'au terme de ces négociations, aucune société n'a remis le certificat requis ».

Dans le procès-verbal de négociation un certificat Hydrocheck est demandé pour la buselure de nos vannes. Nous avons signalé lors de la négociation que cette buselure n'entrait pas en contact avec l'eau potable, et que si le souhaitiez un test pouvait être réalisé en votre présence. Bien que nous pensions avoir de toute façon un certificat Hydrocheck pour ce matériau, il s'est avéré que nous ne l'avions pas encore reçu. Nous avons donc simplement rappelé dans notre mail du 29/10 que ce matériau n'était pas en contact avec l'eau potable.

- Enfin, toujours aux même pages, vous indiquez : « Vu le courrier adressé à toutes les sociétés du 31 décembre 2015 et fixant la date d'échéance au plus tard au 11 janvier 2016
- Attendu qu'au terme de ce courrier, aucune société n'a remis le certificat requis ».

Vous trouverez en pièce jointe une copie de ce courrier dans lequel il n'est pas fait mention des certificats Hydrocheck des lots ci-dessus, mais uniquement des lots 25, 26 et 28.

Vous comprendrez donc qu'au vu de la documentation transmise et de vos courriers nous jugeons que toute la documentation nécessaire a bien été transmise et que le matériel proposé pour les lots 3, 4, 5 et 9 est bien conforme au Cahier des charges et à la FTA/00/01.

Si vous en avez encore la possibilité, nous vous demandons donc de bien vouloir modifier le procès-verbal d'attribution en conséquence".

Par un courrier électronique du jeudi 17 mars 2016, la CILE réagit à ce courrier de réclamation et indique qu'elle y répondra pour le mardi 22 mars 2016 au plus tard.

Finalement, un entretien a lieu entre la CILE et la requérante le 25 mars 2016.

Par courriel du 29 mars 2016, la requérante confirme la tenue de cet entretien, mais indique que, malgré le fait que la discussion ait été ouverte et constructive, un recours au Conseil d'Etat va tout de même être introduit, ce qui est donc fait le 31 mars 2016. L'introduction du recours est justifiée comme suit dans ce courriel :

" Concernant les informations techniques complémentaires que vous avez bien voulu me transmettre, après vérification et tests en interne, je peux vous confirmer encore une fois que le matériel proposé dans notre offre pour les lots 3 et 4 est conforme à la FTA/10/02-E, tant au niveau de la certification Hydrocheck qu'au niveau technique.
Vous m'avez également dit ne pas souhaiter revoir votre évaluation, c'est donc à regret que nous allons devoir lancer une procédure de recours devant le Conseil d'État pour les lots 3, 4 et 17.
Encore une fois, je suis convaincu que vous avez entendu nos arguments et nos motivations, et comprendrez cette décision".

III. 13. Par courrier du 31 mars 2016, les conseils de la requérante confirment l'introduction du recours devant le Conseil d'Etat et demandent en conséquence à la CILE de renoncer à entreprendre toute démarche supplémentaire dans l'exécution du marché public.

IV. SECOND OBJET DE LA DEMANDE DE SUSPENSION : LA DECISION IMPLICITE DE REJET

IV. 1. Demande de la requérante

La requérante sollicite également la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas qu'en cas de suspension de la décision d'attribuer les lots 3 et 4 du marché à la SA SAINT GOBIN PIPE SYSTEM et 17 à la S.A.S. BAYARD, la partie adverse serait *de iure* tenue d'attribuer ce marché à la requérante, quel que soit le moyen qui serait déclaré sérieux. Il en va d'autant plus ainsi que l'on se situe dans le cadre d'une procédure par appel d'offre négocié.

Compte tenu des possibilités qui demeureraient ouvertes à la partie adverse à la suite d'un éventuel arrêt de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer les lots 3, 4 et 17 du marché aux sociétés SAINT GOBIN PIPE SYSTEM et BAYARD, la requête ne paraît pas recevable en son second objet.

V. EXAMEN DES MOYENS

V.1. Premier moyen

V.1.1. Thèse de la requérante

Dans un premier moyen, qui vise l'attribution des lots 3 et 4, la requérante invoque la "violation (...) des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services […] (la loi sur les marchés publics) et du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination, (...) de l'article 106 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux […] (l'AR Passation), (...) du principe *patere legem quam ipse fecisti* , (...) du principe général de bonne administration, (...) de l'erreur manifeste d'appréciation, et (...) de la violation de l'obligation de motivation matérielle et formelle telle que prévue notamment par l'article 4, 8°, de la loi sur la protection juridique, et par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs […] (la loi sur la motivation formelle des actes administratifs). "

Elle développe ce moyen comme suit :

" Résumé

[...]

En ce que la CILE a décidé (...) d'écarter l'exigence d'un certificat Hydrocheck pour l'ensemble des soumissionnaires en vue de l'attribution des lots 3 et 4, et (ii) d'attribuer les lots 3 et 4 à BAYARD,
Alors (...) que la CILE ne pouvait pas régulièrement écarter l'exigence de certificat Hydrocheck pour les lots 3 et 4, (...) qu'AVK disposait bien d'un certificat Hydrocheck dans le cadre des lots 3 et 4, (...) que le rapport d'analyse des offres confirme que les autres soumissionnaires ne disposaient pas d'un certificat

Hydrocheck, (...) que l'offre d'AVK était donc la seule offre régulière, et (...) que la CILE aurait donc dû attribuer les lots 3 et 4 à AVK.

[...] Développement

[...] La CILE ne pouvait pas valablement considérer qu'aucun soumissionnaire n'avait remis de certificat Hydrocheck : AVK a remis un certificat Hydrocheck pour les lots 3 et 4.

[...] Comme indiqué ci-dessus, AVK a proposé dans son offre de fournir le modèle de vanne existant et certifié Hydrocheck (pièce confidentielle 29 (b), 1 et (c), 1). L'offre d'AVK pour les lots 3 et 4 était donc régulière.
AVK a cependant proposé de remplacer le modèle de vanne existant par un nouveau modèle en cours d'exécution du marché, sous réserve de l'approbation de la CILE. A cet égard, il faut noter que :
• Le nouveau modèle n'était pas encore certifié Hydrocheck lors du dépôt de l'offre d'AVK. Il l'est cependant aujourd'hui. AVK a d'ailleurs transmis ces certificats à la CILE par email du 2 février 2016 (…) ;
• Le nouveau modèle ne constitue pas un produit distinct du modèle initial. Il s'agit simplement d'une évolution technique du modèle initial ;
• En toute hypothèse, le nouveau modèle de vanne est appelé à remplacer le modèle initial, qui ne sera plus produit à terme.

[...] Au-delà de ces considérations, il est clair qu'AVK a proposé dans son offre de fournir le modèle initial certifié et non le nouveau modèle.

[...] Dans le rapport d'analyse des offres, la CILE commet une erreur factuelle en prétendant qu'aucun soumissionnaire n'a fourni de certificat Hydrocheck malgré les rappels de la CILE. En effet :
• Dans son courrier du 25 septembre 2015, la CILE demande uniquement à AVK (...) de confirmer si le modèle de vanne proposé appartient à la nouvelle génération, et (...) si oui, de fournir le certificat de ce modèle (...). AVK devait répondre à ce courrier de la CILE pour le 7 octobre 2015. Dans son courrier du 5 octobre 2015, AVK confirme que le modèle qu'elle propose appartient à l'ancienne génération et que ce modèle est certifié Hydrocheck (…). AVK a donc confirmé en temps utile que son modèle était certifié ;
• Lors des négociations, la CILE a demandé le certificat Hydrocheck de la buselure des vannes (…). AVK a répondu que cette buselure n'était pas en contact avec l'eau potable. Un certificat Hydrocheck n'était donc pas requis pour cette buselure (…);
• Le courrier de rappel du 30 décembre 2015 ne concerne que les lots 25, 26 et 28(…). Il n'est donc pas pertinent pour la question des certificats Hydrocheck dans les lots 3 et 4.

[...] La CILE a ainsi commis une erreur manifeste d'appréciation dès lors que les considérations du rapport d'analyse des offres sur base desquelles la CILE a pris sa décision concernant la régularité des offres sont objectivement et factuellement fausses. A cet égard, Votre Conseil s'est exprimé comme suit :

> «Considérant, par ailleurs, qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle de l'autorité, laquelle exerce un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans l'exercice de sa compétence décisionnelle; que seule l'erreur manifeste d'appréciation peut être sanctionnée par le Conseil d'Etat, à savoir celle qui, dans les circonstances concrètes, est inadmissible pour tout homme raisonnable, l'erreur qui est incompréhensible et qu'aucune autre autorité administrative placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise et a violé l'obligation de motivation matérielle » (C.E., ENECO WIND BELGIUM, 20 janvier 2016, 233.537).

En l'espèce, force est de reconnaitre qu'aucun homme ou aucune autorité raisonnable placée dans les mêmes circonstances n'aurait pu ignorer qu'AVK avait remis un certificat Hydrocheck pour le matériel proposé dans son offre.

[...] A cet égard, l'article 4, 8°, de la loi sur la protection juridique prévoit ce qui suit:

«L'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée : […]

8° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure».

En outre, les articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs dispose ce qui suit :

«Art. 2. Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

Art. 3. La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate. »

Les motifs indiqués par la CILE dans le rapport d'analyse des offres ne sont manifestement pas adéquats ni pertinents. La CILE aurait dû en effet constater (...) qu'AVK disposait bien du certificat requis pour le modèle qu'elle proposait, (...) que les autres soumissionnaires ne disposaient pas de ce certificat, (...) que seule l'offre d'AVK était donc régulière, et (...) que les lots 3 et 4 devaient donc être attribués à AVK.

[…] Concernant spécifiquement la question de la buselure des vannes, la CILE ne pourrait en aucun cas soutenir que l'offre d'AVK n'était pas régulière car cette buselure n'était pas certifiée Hydrocheck. En effet :

● La fiche technique FTA/10/02-E (...) prévoyait que l'étanchéité des vannes devait être assurée au moins par une buselure. En l'espèce, l'étanchéité était totalement assurée par une manchette. Si la manchette cédait, la buselure permettait de garantir néanmoins cette étanchéité. L'offre d'AVK était donc parfaitement régulière. En effet :

- L'étanchéité est bien assurée par au moins la buselure;

- La présence d'une manchette et ensuite d'une buselure permet de renforcer l'étanchéité de la vanne. Ce système répond donc d'autant mieux aux exigences des fiches techniques;

- La buselure n'est pas un élément en contact avec l'eau car la manchette assure 100% de l'étanchéité de la vanne, et cela malgré que la buselure assure l'étanchéité de la vanne si la manchette cède. Si l'on devait considérer que la buselure doit néanmoins être certifiée Hydrocheck, il faudrait exiger un certificat Hydrocheck ou équivalent pour tous les éléments qui entreraient en contact avec l'eau si l'élément qui assure l'étanchéité cédait. Ceci n'a évidemment pas de sens;

● AVK et la CILE ont discuté de la buselure lors de la négociation du 20 octobre 2014. AVK a ainsi expliqué à la CILE les raisons pour lesquelles un certificat Hydrocheck ou équivalent n'était pas requis pour cette buselure. Les communications écrites de la CILE qui ont suivi ne mentionnent plus cette question. Force est donc de reconnaître que la CILE a accepté l'explication d'AVK.

[…] En toute hypothèse, la motivation particulièrement vague de la Décision attaquée ne permet pas à AVK de savoir si la CILE a déclaré son offre irrégulière (...) car les vannes de nouvelle génération n'étaient pas encore certifiées Hydrocheck au dépôt de l'offre, ou (...) car la buselure n'était soi-disant pas certifiée Hydrocheck.

[...] La CILE ne pouvait pas écarter l'exigence de certificat Hydrocheck

[...]En général

[...] En toute hypothèse, la CILE ne pouvait pas écarter l'exigence d'un certificat Hydrocheck pour les lots 3 et 4. Lorsque les développements ci-dessous ou les pièces mentionnent la notion de certificat BELGAQUA, cela correspond à la certification Hydrocheck. C'est en effet BELGAQUA qui se charge de cette certification (…).

[...] En procédure négociée, un pouvoir adjudicateur ne peut en effet modifier le cahier spécial des charges durant les négociations que si les conditions suivantes sont cumulativement satisfaites :
a) Les modifications ne sont pas substantielles (S. VAN GARSSE, "Wijze van gunnen" dans D. D'HOOGHE (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, p. 292; C. De KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten*, Malines, Kluwer, 2013, p. 836. Voy. aussi entre autres C.E., 26 janvier 2010, n° 200.069, NV Gems International). En l'espèce, il s'agit d'exigences techniques essentielles qui sont rendues obligatoires non seulement par le cahier des charges mais aussi par la législation (...).
b) Ces modifications respectent le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires (C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten,* Malines, Kluwer, 2013, p. 836; S. VAN GARSSE, "Wijze van gunnen" in D. D'HOOGHE (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten,* Bruges, die Keure, p. 2009, p. 292; B. SCHUTYSER et T. VILLE, "De gunning van overheidsopdrachten na onderhandelingen tussen de partijen" in *Chronique des marchés publics* 2007-2008, Bruxelles, EPB, 2008, p. 595). Dans ce cadre, il faut apprécier si les modifications reposent sur des motifs valables et ne visent pas à favoriser un soumissionnaire particulier (S. VAN GARSSE, "Wijze van gunnen" dans D. D'HOOGHE (éd.), in *De gunning van overheidsopdrachten,* Bruges, die Keure, 2009, p. 292; C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten*, Malines, Kluwer, 2013, p. 836). En l'espèce, la CILE a violé ce principe d'égalité (...).

[...] Il est démontré ci-dessous que la CILE a ainsi commis une irrégularité manifeste dès lors [,qu']en toute hypothèse, la CILE ne pouvait pas écarter l'exigence de certificat Hydrocheck.

(...) Le caractère essentiel de l'exigence technique d'un certificat établi conformément à la méthode HYDROCHECK ou toute autre méthode équivalente

[...] Le caractère impératif de l'exigence de certification Hydrocheck ne ressort pas seulement du cahier des charges du marché, mais aussi de l'appartenance de la CILE à AQUAWAL et de la législation en matière d'eau potable. Cependant, ayant considéré à tort qu'aucun soumissionnaire n'avait déposé de certificat Hydrocheck pour les lots 3 et 4, la CILE a décidé d'écarter l'exigence de certificat Hydrocheck pour tous les soumissionnaires, et d'attribuer les lots 3 et 4 à BAYARD.

[...] Premièrement, comme indiqué ci-dessus, le cahier des charges exigeait que les offres relatives aux lots 3 et 4 soient conformes à la fiche technique FTA/10/02 (…). Cette fiche prévoit notamment ce qui suit (…):

> «Tous les matériaux organiques, qui entrent dans la constitution des robinets-vannes décrits dans la présente fiche et qui sont susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau servant à la production d'eau potable, doivent être en conformité avec les directives de la FTA/00/01 » (…).

Cette fiche FTA/00/01-A à laquelle il est fait référence exige ce qui suit (…):

> «Tous les matériaux qui entrent dans la constitution des cuves, tuyaux, tubes, raccords, accessoires, assemblages et appareils de toute nature, susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable doivent être conformes aux exigences réglementaires.

Cette conformité doit être confirmée par un certificat attestant que les matériaux ne sont pas toxiques, qu'ils ne permettent pas le développement d'une faune microbiologique, qu'ils ne provoquent pas une turbidité ou une coloration de l'eau, qu'ils ne communiquent pas à celle-ci un goût ou une odeur, même si cette eau contient 1 mg de chlore libre par litre.
Ce certificat doit être établi conformément à la méthode HYDROCHECK ou tout autre méthode équivalente» (…).

Les matériaux en contact avec l'eau potable doivent donc être couverts par un certificat Hydrocheck. Les garanties techniques fournies par ce certificat sont par ailleurs manifestement essentielles dans la fourniture d'eau potable.
De cette manière, la CILE a violé le principe *patere legem quam ipse fecisti*, selon lequel une autorité est tenue d'appliquer les règles qu'elle a elle-même édictées. La CILE avait en effet elle-même prévu l'exigence de certification Hydrocheck dans son cahier des charges.

[...] En outre, la fiche technique FTA/00/01-A dispose (…):
«La présente fiche technique se rapporte aux directives à appliquer pour les matériaux prescrits dans les fiches techniques, les spécifications techniques générales, les cahiers des charges, les demandes de prix et les bons de commandes des membres d'AQUAWAL» (…).

AQUAWAL est l'union professionnelle des opérateurs publics du secteur de l'eau en Région wallonne.
En tant que membre d'AQUAWAL (…), la CILE était donc tenue d'appliquer la fiche technique FTA/00/01-A, et donc l'exigence de certificat Hydrocheck dans l'examen de la régularité technique des offres relatives aux lots 3 et 4.

[...] Cette exigence est par ailleurs confirmée par le Bureau de Normalisation belge. L'article 4.1.4 de la norme NBN EN 545: 2010 prévoit en effet :
«Tous les matériaux en contact avec l'eau potable doivent répondre aux spécifications de la procédure Hydrocheck : "Conditions générales applicables à l'agréation par BELGAQUA de matériaux en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable (01-10-2012)».

[...] Plus généralement, il existe un important corps législatif et réglementaire visant à garantir la qualité de l'eau potable. La directive de référence en la matière est la Directive 98/83 du Conseil du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine (JOCE, 5 décembre 1998, L330/32). L'article 10 de cette directive prévoit :
«Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour que les substances ou les matériaux servant à de nouvelles installations et utilisés pour la préparation ou la distribution des eaux destinées à la consommation humaine ainsi que les impuretés associées à ces substances ou matériaux servant à de nouvelles installations ne demeurent pas présents dans les eaux destinées à la consommation humaine à un niveau de concentration supérieur au niveau nécessaire pour atteindre le but dans lequel ils sont utilisés et qu'ils ne réduisent pas, directement ou indirectement, la protection de la santé des personnes prévue par la présente directive; les documents interprétatifs et les spécifications techniques visés à l'article 3 et à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 89/106/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction (...) doivent être conformes aux exigences de la présente directive » (...).

Afin de transposer cette directive, la Région wallonne a notamment adopté le Code de l'environnement. - Livre II : Code de l'Eau coordonné (Partie réglementaire), du 3 mars 2005 (…), qui fixe des normes de qualité de l'eau potable (voy. articles R252 et suivants). C'est afin d'assurer le respect de ces normes qu'AQUAWAL oblige ses membres à exiger dans le cadre de leur marché le respect de normes

techniques concernant les matériaux en contact avec l'eau potable, ce qui passe par la certification Hydrocheck.
Par ailleurs, le règlement 305/2011 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant la directive 89/106/CEE du Conseil (JOUE, 4 avril 2011, L88/5) prévoit en son annexe (Exigences fondamentales applicables aux ouvrages de construction), point 3 :

> «Les ouvrages de construction doivent être conçus et construits de manière à ne pas constituer, tout au long de leur cycle de vie, une menace pour l'hygiène ou la santé et la sécurité des travailleurs, des occupants ou des voisins et à ne pas avoir d'impact excessif sur la qualité de l'environnement, ni sur le climat tout au long de leur cycle de vie, que ce soit au cours de leur construction, de leur usage ou de leur démolition, du fait notamment: […]
> e) du rejet de substances dangereuses dans l'eau potable ou de substances ayant un impact négatif sur l'eau potable».

L'exigence d'un certificat Hydrocheck pour la soumission de matériaux en contact avec l'eau potable répond donc aussi à des impératifs fixés par la législation.

[...] La fiche FTA/00/01-A (...) confirme cette analyse :

> « Tous les matériaux qui entrent dans la constitution des cuves, tuyaux, tubes, raccords, accessoires, assemblages et appareils de toute nature, susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable doivent être conformes aux exigences réglementaires » (...).

[...] La CILE ne pouvait régulièrement écarter une disposition impérative et essentielle du cahier des charges. Votre Conseil s'est exprimé comme suit à ce sujet:

> «Il n'en demeure pas moins que, même dans une procédure négociée, l'offre doit être conforme au cahier des charges et aux prescriptions qui y sont contenues.
> […]
> L'article 5.1. de ce cahier spécial des charges décrit ces caractéristiques normatives, techniques, fonctionnelles et logistiques et détermine les pièces à joindre à l'offre. Parmi celles-ci figure la preuve de la conformité aux normes.
> […]
> En effet, si la preuve de la conformité n'est pas apportée, celle-ci ne peut être tenue pour établie. La sanction qui s'attache à l'absence de preuve ne peut alors être que le constat du défaut de conformité aux normes, qui entraîne celui de l'irrégularité de l'offre.
> […]
> La conformité de l'offre aux caractéristiques normatives ne pouvait donc être tenue pour établie si l'une des preuves énumérées de manière stricte par le cahier des charges, n'était pas fournie.
> […]
> Dès lors que le pouvoir adjudicateur a lui-même défini de manière stricte les modalités de preuve de la conformité du matériel aux normes dont il imposait le respect sous peine d'irrégularité de l'offre et que cette preuve n'a pas été apportée par l'adjudicataire, la partie adverse ne pouvait, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, considérer l'offre de ce dernier comme régulière.
> En déclarant régulière l'offre de l'adjudicataire, alors que celui-ci n'a pas apporté la preuve de la conformité aux normes requises selon l'une des deux modalités admises par le cahier spécial des charges, la partie adverse n'a, par ailleurs, pas respecté les règles qu'elle s'était fixée elle-même. Ce faisant, elle n'a pas respecté l'égalité entre les soumissionnaires, l'un d'eux ayant été exempté de se conformer à une obligation que l'autre soumissionnaire a, lui, respectée » (C.E., SA BEDIMO, 4 février 2015, 203.105. Voy. aussi C.E., LAMBRECHT, 16 octobre 2014, 228.768). (...)

[...] De même, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré ce qui suit :

> «La Cour a précisé que l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C‑599/10, point 25).
> Ainsi, bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint.
> Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité» (...) (C.J.U.E., NORDECON AS e.a., 5 décembre 2013, C-5611/12, considérants 36 à 38).

La Cour de justice a également considéré ce qui suit :

> «Or, la Cour a déjà jugé qu'il incombe à un pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés, de sorte qu'il serait tenu d'exclure du marché un opérateur économique qui n'a pas communiqué une pièce ou une information dont la production était imposée dans les documents de ce marché sous peine d'exclusion (voir, en ce sens, arrêt Manova, C‑336/12, EU:C:2013:647, point 40).
> Cette obligation stricte incombant aux pouvoirs adjudicateurs relève du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle auxquels ces derniers sont soumis, en vertu de l'article 2 de la directive 2004/18. En effet, d'une part, le principe d'égalité de traitement impose que les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que ces offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires. D'autre part, l'obligation de transparence a pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, premièrement, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause (voir, en ce sens, arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, C‑496/99 P, EU:C:2004:236, points 108 à 111)» (...) (C.J.U.E., CARTIERA DELL'ADDA SPA, 6 novembre 2014, C-42/13, considérants 42 à 44).

Il découle de cette jurisprudence que la CILE ne pouvait pas écarter l'exigence (essentielle) de certificat Hydrocheck.

(...) La violation du principe d'égalité

[...] Le principe d'égalité [...] implique non seulement que l'autorité traite identiquement des situations identiques, mais aussi que l'autorité traite différemment des situations différentes. Le traitement identique de situations différentes constitue par conséquent une discrimination. Votre Conseil s'est exprimé comme suit à ce sujet :

> «Considérant que les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits dans les articles 10 et 11 de la Constitution signifient que des personnes ou des catégories de personnes qui se trouvent dans une même situation doivent être

traitées de la même manière et, inversement, que des situations différentes puissent faire l'objet d'un traitement différencié» (C.E., Delvaux, 20 février 1998, n° 71.981).

[...] Ce principe est consacré par la Constitution, qui dispose en ses articles 10 et 11:

«Art. 10. Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres.
Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.
L'égalité des femmes et des hommes est garantie.
Art. 11. La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques».

Ce principe est également consacré à l'article 5, al. 1er, de la loi sur les marchés publics :

«Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

[...] En l'espèce, la CILE a manifestement violé le principe d'égalité des soumissionnaires tel que prévu par la Constitution et l'article 5 de la loi sur les marchés publics, et en tant que principe général.
En effet, dans le cadre des lots 3 et 4, AVK avait remis un certificat Hydrocheck, contrairement aux autres soumissionnaires. La situation d'AVK était donc différente de celle des autres soumissionnaires. Cependant, la CILE a écarté pour l'ensemble des soumissionnaires l'exigence de certification Hydrocheck prévue par le cahier des charges.
Le double prétexte erronément invoqué par la CILE est (...) qu'aucun soumissionnaire n'aurait remis de certificat Hydrocheck et (...) qu'il convenait en toute hypothèse d'attribuer les lots 3 et 4. La CILE a donc traité identiquement des situations différentes. Cette attitude de la CILE est manifestement discriminatoire et ne repose sur aucune justification admissible.

[...] En outre, la CILE a écarté l'exigence de certificat Hydrocheck dans les lots 3 et 4 (en prétendant à tort qu'aucun soumissionnaire n'avait remis ce certificat), alors même que, dans le cadre du lot 7 (« Robinet vanne combiné - DN 100 »), pour ne prendre que cet exemple, la CILE a maintenu l'exigence d'un certificat ou d'une preuve équivalente, et a jugé l'offre d'AVK irrégulière au motif qu'AVK n'avait pas démontré l'équivalence de son attestation à la certification Hydrocheck. Le rapport d'analyse des offres indique ce qui suit à ce sujet (…) :

«Attendu pour ce qui est du lot 7 – Robinet vanne combiné – DN 100 qu'à la date ultime de dépôt des offres, à savoir le 7 septembre 2015, les sociétés suivantes ont déposé leur offre :

AVK BELGIUM N.V.	de LOKEREN
SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS S.A	de GRÂCE-HOLLOGNE

Vu le cahier spécial des charges imposant notamment en son point III.2 le respect de la fiche technique FTA/10/02 –Robinets-vannes à opercule en fonte ductile;

Vu la fiche technique FTA/10/02 précisant notamment en son point 5 que «Tous les matériaux organiques, qui entrent dans la constitution des robinets-vannes décrits dans la présente fiche et qui sont susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et

l'eau servant à la production d'eau potable, doivent être en conformité avec les directives de la FTA/00/01».

Vu la fiche technique FTA/00/01 – matériaux en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable précisant notamment que «Ce certificat doit être établi conformément à la méthode HYDROCHECK ou tout autre méthode équivalente;

Attendu que l'offre déposée par la N.V. AVK BELGIUM doit être déclarée non conforme et partant, irrégulière au motif qu'elle n'apporte pas la preuve que son attestation sanitaire peut être considérée comme un certificat équivalent à celui délivré au travers de l'agréation Hydrocheck;

Attendu que l'offre déposée par la S.A. SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEMS répond aux conditions du marché conformément au cahier spécial des charges et, dès lors, est régulière.».

La différence d'attitude entre, d'une part, les lots 3 et 4 et, d'autre part, le lot 7 ne repose en effet sur aucune justification objective. La CILE était donc manifestement en mesure de manipuler la mise en concurrence du marché afin de favoriser d'autres soumissionnaires qu'AVK dans l'attribution des lots 3 et 4. Ceci constitue une erreur manifeste d'appréciation.
La CILE a par ailleurs commis la même erreur dans le cadre du lot 27 («Ventouse automatique triple fonctions – enterrée») (…).

[...] Dans le rapport d'analyse des offres, la CILE justifie par ailleurs l'écartement de l'exigence de certification Hydrocheck par le seul objectif « d'attribuer ce lot» (…). Cette justification est manifestement insuffisante. La CILE a donc manqué à son devoir de motivation matérielle et formelle. A cet égard, l'article 4, 8°, de la loi sur la protection juridique prévoit ce qui suit :

« L'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée : […]
8° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure».

En outre, les articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs dispose ce qui suit :
«Art. 2. Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle.
Art. 3. La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate ».

Dans sa décision d'attribution, la CILE avait donc l'obligation de motiver notamment sa décision d'écarter l'exigence de certificat Hydrocheck pour l'ensemble des soumissionnaires. Cette décision spécifique est en effet essentielle dans le raisonnement de la CILE qui a mené à l'attribution des lots 3 et 4 à BAYARD. Cependant, le motif (pour le moins bref) indiqué par la CILE dans le rapport d'analyse des offres n'est manifestement pas adéquat ni pertinent. Chacun sait que l'objet d'une décision d'attribution est d'attribuer un marché.

[...] En manquant ainsi à son obligation de motivation, la CILE a également violé le principe général de bonne administration. En effet, Votre Conseil s'est exprimé comme suit à ce sujet :

«Le principe de bonne administration exclut l'erreur manifeste d'appréciation et implique l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, l'interdiction de l'arbitraire et la nécessité de faire reposer toute décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles. Ce principe s'applique aux actes réglementaires comme aux actes individuels, à cette nuance près que les actes

réglementaires ne doivent pas être formellement motivés» (C.E., POULAIN e.a., 10 décembre 2015, 233.199).

[...] Enfin, le cahier des charges prévoit ce qui suit (…) :

« Dans le cadre de cette négociation, la C.I.L.E. se réserve également le droit de s'écarter des clauses du présent cahier spécial des charges. Dans ce cas, il en sera fait expressément mention dans le texte du contrat qui sera adressé à l'adjudicataire».

La CILE s'est appuyée sur cette disposition pour écarter l'exigence de certification Hydrocheck. Cette disposition n'est cependant pas pertinente en l'espèce. En effet, Jacques SALMON, Jacques JAUMOTTE et Eric THIBAUT considèrent à ce sujet que :

«L'autorité administrative peut déroger, par voie individuelle, à un acte réglementaire qu'elle a elle-même édicté antérieurement, si les dispositions de ce règlement autorisent de telles dérogations. Cependant, l'octroi d'un pouvoir de dérogation trop largement conçu ne se concilie pas avec le principe de la légalité de l'action administrative, ni avec celui de l'égalité devant la loi» (...) (J. SALMON e.a., Le Conseil d'Etat de Belgique, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 782).

En l'espèce, force est de reconnaitre (...) que ce pouvoir de dérogation prévu par le cahier des charges est bien trop large, et (...) que la CILE a exercé ce pouvoir de manière irrégulière. En effet, la procédure négociée a certes l'avantage d'accorder une certaine flexibilité à l'autorité dans l'attribution de son marché, qui pourrait éventuellement lui permettre de déroger à certaines dispositions spécifiques du cahier spécial des charges. Néanmoins, ni la procédure négociée ni la clause précitée ne pouvait permettre à la CILE d'écarter une exigence aussi essentielle du cahier des charges et de traiter les soumissionnaires en violation flagrante de règles essentielles du droit des marchés publics (notamment du principe d'égalité).

[...] Il découle de ce qui précède que la CILE ne pouvait pas attribuer les lots 3 et 4 à BAYARD mais uniquement à AVK, qui était le seul soumissionnaire ayant déposé une offre régulière. De cette manière, la CILE a violé l'article 106 de l'AR Passation, qui prévoit ce qui suit :

«En procédure négociée, le marché est attribué soit au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, soit au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur en tenant compte des critères d'attribution liés à l'objet du marché et permettant une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur».

[...] Conclusion

Le premier moyen est donc sérieux.".

V. 1. 2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse considère que ce premier moyen n'est pas sérieux et ce, sur la base des motifs suivants :

" Première branche

[...] Pour rappel, le cahier spécial des charges S15-1482 précise, au niveau des exigences techniques, que la fiche technique FTA/00/01-A est applicable à tous les lots du marché (…).

Cette fiche, référencée au cahier spécial des charges, énonce que :

> «Tous les matériaux qui entrent dans la constitution des cuves, tuyaux, tubes, raccords, accessoires, assemblages et appareils de toute nature, susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable doivent être conformes aux exigences réglementaires.
>
> Cette conformité doit être confirmée par un certificat attestant que les matériaux ne sont pas toxiques, qu'ils ne permettent pas le développement d'une faune microbiologique, qu'ils ne provoquent pas une turbidité ou une coloration de l'eau, qu'ils ne communiquent pas à celle-ci un goût ou une odeur, même si cette eau contient 1 mg de chlore libre par litre.
>
> Ce certificat doit être établi conformément à la méthode HYDROCHECK ou toute autre méthode équivalente. Ces méthodes seront jugées équivalentes pour autant qu'elles soient établies sur les bases suivantes :
>
> − contrôle des caractéristiques organoleptiques et de la migration totale des substances organiques ;
> − contrôle de la migration spécifique ;
> − contrôle de la stimulation de la croissance bactérienne ;
> − indication des résultats des contrôles précités.
>
> […]» (…).

Ainsi, tout élément susceptible d'être normalement ou occasionnellement en contact avec l'eau potable et l'eau destinée à la production d'eau potable doit faire l'objet d'un certificat établi selon la méthode Hydrocheck ou toute autre méthode équivalente afin de garantir que cet élément n'altérera pas la potabilité de l'eau.

En ce qui concerne singulièrement les lots 3 et 4 (robinets-vanne à opercule), des exigences techniques spécifiques sont également fixées par la fiche technique FTA/10/02-E (…), laquelle est également référencée au cahier spécial des charges.

La fiche technique FTA/10/02-E indique que « La tige étant par essence destinée à la manipulation externe, l'étanchéité de celle-ci doit être totale, via au moins un joint racleur et plusieurs joints toriques, ces derniers étant logés dans une buselure exécutée en matériau synthétique, en acier inoxydable ou en laiton» (…).

Dans la mesure où la fiche technique FTA/10/02-E impose une étanchéité totale de la tige de la vanne via des joints placés dans une buselure, il appartenait aux soumissionnaires de produire un certificat selon la méthode Hydrocheck ou toute autre méthode équivalente pour la buselure. Pour mémoire, la certification Hydrocheck vise à vérifier que l'ensemble des matériaux organiques entrant en contact avec l'eau potable ne nuise pas à la qualité de celle-ci.

[...] En ce qui concerne le modèle de vanne proposé dans le cadre des lots 3 et 4 du marché litigieux, la requérante a proposé le modèle dont elle disposait au moment de remettre son offre et certifié Hydrocheck pour chacun de ces matériaux sauf pour les buselures (Il convient de souligner qu'un certificat Hydrocheck ne couvre pas l'ensemble de la vanne mais est délivré pour chaque matériau composant la vanne (EPDM, EPOXY, etc.) produit par le fournisseur).

Dans son offre, la requérante précise également que :

> «Vous trouverez joints à notre offre la documentation ainsi qu'un échantillon de notre vanne à opercule «new design» (fiches techniques 02/60-0035 et 06/30-0035).

> Cette conception de vanne remplacera les séries 02/60-003, 06/30-003 et 32/70-003 proposées pour les lots 3, 4, 5, 9 et 10 après réception du certificat Hydrocheck (en cours de demande). Ce certificat vous sera évidemment transmis dès que possible, mais s'il ne devait nous parvenir qu'après le 01/03/16 et si ces lots devaient nous être attribués, nous souhaiterions débuter les livraisons avec l'ancien type de vanne, avant d'effectuer la transition en cours de contrat. Nous vous remercions d'avance pour votre accord sur ce principe. Ces nouvelles pièces et cette proposition ont déjà été présentées à MM […] et [...].
>
> Les certificats Hydrocheck sont également manquants pour les lots 25, 26, 27 et 28 (ventouses et purgeurs). Vous trouverez le certificat ACS pour ces pièces dans la documentation jointe. Ici aussi la certification Hydrocheck est en cours de demande, et nous espérons pouvoir vous la transmettre avant l'attribution du contrat. Nous vous remercions donc d'avance de bien vouloir en tenir compte dans l'analyse de la conformité de ces pièces et de bien vouloir nous notifier la date limite d'envoi de ce document en temps voulu.
>
> Nous ne manquerons pas de vous tenir informé de toute nouvelle concernant ces deux points dès que possible.» (…).

Ainsi, pour les lots 3, 4, 5, 9 et 10 du marché litigieux, la requérante entend fournir des vannes d'ancienne génération (sans certification Hydrocheck pour les buselures) et remplacer ces vannes par des modèles d'une nouvelle génération lorsqu'elle aura obtenu un certificat Hydrocheck pour ces nouveaux modèles.

La requérante indique dès lors que, si les lots 3, 4, 5, 9 et 10 devaient lui être attribués, elle débutera les livraisons avec l'ancien type de vanne avant d'effectuer la transition vers le nouveau type en cours de contrat.

Dans la mesure où, sur base de ces indications, la partie adverse ne parvient pas à déterminer quel est le modèle de vanne finalement proposé par la requérante, elle interroge la requérante en date du 30 septembre 2015 afin de savoir si, pour les lots 3 à 8, le modèle de vanne proposé par la requérante est la nouvelle génération et, si tel est le cas, de fournir le certificat Hydrocheck pour le matériau constitutif des glissières en polyamide (…).

La requérante répond le 5 octobre 2015 au courrier du 30 septembre 2015 et précise, à cette occasion, que, pour les lots 3 à 8, :

> «Le modèle proposé dans notre offre est l'ancienne génération (voir document « Certifications Hydrocheck » joint à notre offre et en annexe à ce courrier). Comme convenu avec MM […] et [...], la nouvelle génération le remplacera dès réception du certificat Hydrocheck pour les glissières PA et acceptation par vos services, et ce aux mêmes conditions que pour l'ancien modèle» (…).

Lors de la réunion de négociation du 20 octobre 2015, la partie adverse précise à la requérante que le certificat Hydrocheck relatif à la buselure en polyamide composant la vanne proposée pour les lots 3 et 4 devra lui être transmis (…).

Par un courrier électronique du 29 octobre 2015, la requérante transmet une copie d'un courrier recommandé qu'elle prétend adresser le même jour à la partie adverse, lequel précise que, pour les lots 3 à 10:

> « demande d'Hydrocheck en cours pour la buselure, certificats W270, KTW et WRAS en annexe. Nous rappelons que notre conception d'étanchéité par manchette EPDM empêche toute entrée en contact du média avec cette

buselure, un rapport de test réalisé uniquement sur la manchette vous sera transmis dans les meilleurs délais. ».

Le courrier électronique du 29 octobre 2015 signale encore à la partie adverse que:

« […]

Nous avions prévu aujourd'hui un test sur une de nos vannes sans O-ring montrant que la manchette EPDM réalise 100% de l'étanchéité et que la buselure n'est donc pas en contact avec l'eau potable (contrairement à ce que je pensais nous n'avons pas encore reçu le certificat Hydrocheck pour cette pièce, certifications WRAS, W270, KTW jointes au dossier). Je te transmettrai donc ce rapport de test au plus vite.

[…] » (…).

Concrètement, la requérante indique ainsi à la partie adverse qu'une demande de certificat Hydrocheck est en cours concernant la buselure des nouveaux modèles de vanne mais qu'un test va être réalisé afin de tenter de démontrer que la manchette EPDM pourrait assurer l'étanchéité totale du mécanisme, de sorte que la buselure n'entrerait alors pas en contact avec l'eau potable et qu'un certificat Hydrocheck ne sera pas nécessaire pour cette pièce.

Le 31 décembre 2015, la partie adverse invite la requérante à lui remettre plusieurs documents relatifs aux lots 25, 26 et 28 ainsi que le procès-verbal de négociation signé pour le 11 janvier 2016 à 10h00 au plus tard (…).

Par un courrier du 7 janvier 2016, reçu le 8 janvier 2016, la requérante transmet les documents demandés ainsi que le procès-verbal de négociation signé mais ne fait plus référence au test relatif à la manchette EPDM annoncé le 29 octobre 2015 (…).

A l'échéance du 11 janvier 2016, la partie adverse ne dispose dès lors pas des résultats du test qui aurait été réalisé au niveau de l'étanchéité de la manchette EPDM et des certificats Hydrocheck ou équivalents relatifs aux buselures de l'ancien et du nouveau modèle de vanne proposé dans le cadre des lots 3 et 4 du marché litigieux.

En bref, la requérante indique, dans son offre, que le modèle de vanne qu'elle propose est un modèle de vanne d'ancienne génération qu'elle remplacera cependant en cours de contrat par un nouveau modèle. Que ce soit pour la buselure de l'ancienne ou de la nouvelle génération, la requérante ne dispose toutefois pas des certifications requises au moment de la clôture des négociations et rien ne permet de considérer que ces buselures ne seront pas en contact avec l'eau potable ou l'eau destinée à la production d'eau potable.

A cet égard, il convient également de préciser que, dans le modèle de vanne proposé par la requérante pour les lots 3 et 4, une triple sécurité est prévue à savoir une manchette EPDM, une buselure avec joints O-ring et un joint racleur (voy. pièce 29, documentation complémentaire, p. 48), de sorte que la partie adverse pouvait légitimement considérer que la manchette EPDM n'était pas en mesure d'assurer, seule, une étanchéité totale vis-à-vis de la buselure.

En tout état de cause, même s'il avait été prouvé que l'étanchéité était totale au niveau de la manchette EPDM de la vanne proposée par la requérante, les prescriptions au niveau des documents du marché n'auraient pas été rencontrées dans le sens où l'étanchéité énoncée dans la fiche technique FTA/10/02-E doit être assurée par l'intermédiaire d'une buselure et non d'une manchette.

Lorsque la partie adverse considère, dans l'acte attaqué, qu'aucune société n'a remis le certificat requis pour les lots 3 et 4 (…), elle ne commet dès lors aucune erreur manifeste d'appréciation, notamment en ce qui concerne la requérante.

En effet, la requérante (1) ne fournit pas de certificat Hydrocheck pour la buselure des vannes d'ancienne génération, (2) ne fournit pas de certificat Hydrocheck pour la buselure des vannes de la nouvelle génération et (3) ne communique pas les résultats du test annoncé le 29 octobre 2015, s'agissant de l'étanchéité de la manchette EPDM.

[...] A supposer même qu'il faille considérer, comme le prétend la requérante, que la buselure de la vanne d'ancienne génération proposée pour les lots 3 et 4 était bien certifiée Hydrocheck – *quod non* –, il y a lieu de constater que ceci ne correspondait toutefois pas au modèle qui serait finalement fourni par la requérante dans le cadre du marché litigieux. En effet, la requérante indiquait elle-même dans son offre qu'elle souhaitait placer, dans un premier temps, les vannes d'ancienne génération avant de remplacer ensuite celles-ci en cours de contrat par les vannes de la nouvelle génération.

La partie adverse devait dès lors nécessairement tenir compte du modèle de vanne de la nouvelle génération et du respect, par ce modèle, des exigences techniques fixées par les documents du marché avant de déterminer si la requérante avait ou non remis les certificats requis pour le matériel proposé dans le cadre des lots 3 et 4. Dans la mesure où ce sont bien les vannes de nouvelle génération que la requérante envisageait de fournir lors du marché litigieux, la partie adverse ne pouvait en effet envisager de lui attribuer les lots 3 et 4 sans avoir la certitude que les vannes qui seraient finalement fournies et placées par la requérante n'altèreraient pas la potabilité de l'eau potable ou de l'eau destinée à la production d'eau potable.

A défaut d'avoir fourni de certificat Hydrocheck pour la buselure des vannes de la nouvelle génération avant la clôture des négociations, la partie adverse ne pouvait, a fortiori, considérer que cette exigence était rencontrée par la requérante.

Aucune erreur manifeste d'appréciation n'a dès lors été commise par la partie adverse sur ce point.

[...] La partie adverse tient également à rappeler que la requérante indique, dans sa requête, qu'elle disposait d'un certificat Hydrocheck pour la buselure de l'ancienne génération de vanne – quod non – et, dans ses courriers des 5 et 29 octobre 2015 (…), qu'une demande de certificat Hydrocheck était en cours concernant la buselure de la nouvelle génération de vanne.

Si, comme la requérante le prétendait dans son courrier du 29 octobre 2015 (…), l'étanchéité des vannes proposées pour les lots 3 et 4 était garantie par une manchette EPDM, il y a lieu de s'interroger sur les raisons qui ont poussé la requérante à solliciter un certificat Hydrocheck pour le matériau composant la buselure de ses vannes. En effet, si les vannes proposées par la requérante sont conçues en manière telle que la buselure n'entre jamais en contact avec l'eau potable, un certificat Hydrocheck n'était alors pas nécessaire. L'on ne perçoit effectivement pas l'utilité de solliciter un certificat Hydrocheck – dont la procédure est longue et coûteuse – pour un élément qui n'entrerait jamais en contact avec l'eau potable ou l'eau destinée à la production d'eau potable.

Si la requérante a entrepris des démarches en vue d'obtenir une certification Hydrocheck pour le matériau composant les buselures de ses vannes, l'on peut raisonnablement en déduire qu'il s'agit, pour elle, d'un élément qui entre – ou est susceptible d'entrer – en contact avec l'eau potable ou l'eau destinée à la production d'eau potable.

L'on rappellera par ailleurs que, dans le modèle de vanne proposé par la requérante pour les lots 3 et 4, une triple sécurité est prévue à savoir une manchette EPDM, une buselure avec joints O-ring et un joint racleur, de sorte que la partie adverse pouvait légitimement considérer que la manchette EPDM n'était pas en mesure d'assurer, seule, une étanchéité totale vis-à-vis de la buselure.

En tout état de cause et comme cela a déjà été rappelé, la requérante n'a jamais été en mesure de démontrer que les buselures de ses vannes ne pouvait entrer en contact avec l'eau potable ou l'eau destinée à la production d'eau potable.

[...] A défaut d'avoir fourni, avant la clôture des négociations, un certificat Hydrocheck ou équivalent pour la buselure de l'ancien et du nouveau modèle de vanne proposé pour les lots 3 et 4, la partie adverse n'avait d'autres choix que de considérer que la requérante ne disposait pas du certificat requis s'agissant des vannes proposées. La partie adverse n'a dès lors commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que la requérante n'avait pas remis le certificat requis.

[...] Selon la requérante, l'acte attaqué reposerait également sur une erreur factuelle dès lors que la requérante prétend, si l'on comprend bien, que la partie adverse ne lui aurait jamais demandé de produire les certificats Hydrocheck de la buselure du nouveau modèle de vanne ou, à tout le moins, qu'il n'était pas opportun de répondre à cette demande dès lors que le modèle proposé dans l'offre n'était pas le nouveau modèle mais le modèle existant actuellement.

Pour rappel, la partie adverse a tout d'abord demandé à la requérante de fournir le certificat Hydrocheck de la nouvelle génération de vannes à l'occasion d'un courrier du 25 septembre 2015 (…). Lors de son courrier du 5 octobre 2015, la requérante signale qu'elle remplacera les vannes de l'ancienne génération par celles de la nouvelle génération lorsqu'elle disposera du certificat Hydrocheck pour les nouvelles vannes (…). Par conséquent, la requérante ne disposait pas, à ce stade, du certificat Hydrocheck requis.

Lors de la réunion de négociation du 20 octobre 2015, la partie adverse précise également à la requérante que le certificat Hydrocheck relatif à la buselure en polyamide proposée pour les lots 3 et 4 doit lui être transmis (…). Le 29 octobre 2015, la requérante indique à la partie adverse que la demande de certificat Hydrocheck est en cours mais que ce certificat ne serait toutefois pas nécessaire dès lors qu'une manchette EPDM assure l'étanchéité de la tige des vannes, de sorte que la buselure n'entrerait pas en contact avec l'eau potable et/ou l'eau destinée à la production d'eau potable (…).

Suite au courrier du 31 décembre 2015 qui rappelle à la requérante d'adresser le procès-verbal de négociation signé (…), la requérante ne fournit toujours pas le certificat Hydrocheck relatif au matériau composant la buselure de la nouvelle vanne alors pourtant que le procès-verbal du 20 octobre 2015 indique clairement que ce certificat doit être transmis à la partie adverse (…).

Lorsque la partie adverse précise, dans l'acte attaqué, qu'elle a adressé des courriers à la requérante en vue d'obtenir le certificat Hydrocheck relatif au matériau composant la buselure de ses vannes et qu'elle n'a pas obtenu ce certificat, elle ne commet dès lors aucune erreur factuelle.

[...] Au vu de ce qui précède, la partie adverse n'a pas méconnu les dispositions et principes visés au moyen et la motivation de l'acte attaqué doit être considérée comme adéquate et pertinente, de sorte que la première branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

Deuxième branche

[...] Absence d'intérêt au moyen

[...] Si, à l'instar de la partie adverse, le Conseil d'Etat estime que la première branche du premier moyen n'est pas sérieuse, la requérante ne disposerait alors pas d'un intérêt à la deuxième branche du premier moyen dès lors qu'à défaut d'avoir fourni un certificat Hydrocheck pour le matériau composant les buselures de ses vannes, la requérante a bénéficié de la levée de l'exigence d'une certification Hydrocheck par la partie adverse.

Dans la mesure où la requérante a ainsi bénéficié du choix effectué par la partie adverse quant à l'exigence du certificat Hydrocheck, elle ne dispose pas d'un intérêt à critiquer ce choix dès lors qu'il a permis de déclarer l'offre de la requérante comme étant régulière.

Si la première branche du premier moyen est jugée non sérieuse, la requérante serait dès lors sans intérêt à la deuxième branche du même moyen.

[...] Possibilité de modifier les conditions du marché pour les marchés publics passés par procédure négociée dans les secteurs spéciaux

[...] Dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation très ample (C.E., 27 mai 2015, n° 231.358, S.A. Edifice International).

L'article 108 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux dispose ainsi que «Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres remises afin de rechercher la meilleure offre de son point de vue».

S'agissant de cette disposition, le rapport au Roi précise que :

> «Cet article est une disposition nouvelle qui précise que les négociations des offres remises ont pour but de rechercher la meilleure offre du point de vue du pouvoir adjudicateur. Il convient de souligner que contrairement à ce que prévoit la Directive 2004/18/CE en son article 30, 2, la Directive 2004/17/CE applicable dans les secteurs ici visés ne limite pas la faculté de négocier les conditions du marché, au seul contenu des offres dans le cas d'une procédure négociée avec publicité soumise à une publicité européenne préalable obligatoire même dans cette hypothèse, les conditions du marché préalablement fixées peuvent être adaptées au cours des négociations, dans le respect des principes énoncés à l'article 5 de la loi».

L'article 108 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 permet ainsi aux pouvoirs adjudicateurs relevant des secteurs spéciaux d'adapter, au cours des négociations, les conditions du marché préalablement fixées par les documents du marché pour autant que ces adaptations respectent les principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence.

A cet égard, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de juger que :

> «Dans les secteurs spéciaux, comme en l'espèce, la procédure négociée, qui permet au pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché avec les soumissionnaires, est spécialement souple, de sorte que rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires, au cours des négociations, de déposer un spécimen du produit proposé afin d'en vérifier la conformité au cahier spécial des charges, de le tester pour l'évaluer au regard des critères d'attribution et même, comme en l'espèce, de le tester pour en proposer des améliorations.» (C.E., 30 octobre 2013, n° 225.286, S.C.R.L. Techno-Tools).

Dans les secteurs spéciaux, la procédure négociée permet dès lors aux pouvoirs adjudicateurs de négocier de manière particulièrement souple les conditions du marché avec les soumissionnaires.

Compte tenu de ce large pouvoir de négociation, le cahier spécial des charges S15-1482 indiquait, en son point I.18, que :

> «Les offres constituent une base à partir de laquelle la C.I.L.E. se réserve la possibilité de négocier les conditions du marché avec le(s) soumissionnaire(s) de son choix.
>
> Dans le cadre de cette négociation, la C.I.L.E. se réserve également le droit de s'écarter des clauses du présent cahier spécial des charges. Dans ce cas, il en sera fait expressément mention dans le texte du contrat qui sera adressé à l'adjudicataire.» (…).

Ainsi, contrairement à ce que prétend la requérante, la partie adverse pouvait valablement procéder, en l'espèce, à la modification des conditions du marché dès lors que tous les soumissionnaires ont été mis sur un pied d'égalité en ce qu'ils ont tous bénéficié de la levée de l'exigence d'une certification Hydrocheck pour les vannes proposées.

Comme cela sera démontré à l'occasion du point suivant, la partie adverse n'a, en outre, pas modifié une exigence essentielle du marché litigieux, de sorte qu'elle pouvait valablement prendre la décision de lever l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente.

Par ailleurs, il y a lieu de constater que l'arrêt n° 230.105 du Conseil d'Etat cité par la requérante concerne une hypothèse de marché public passé par procédure négociée dans le cadre des secteurs classiques et non des secteurs spéciaux. Dans la mesure où l'article 108 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 permet, pour les secteurs spéciaux, aux pouvoirs adjudicateurs d'adapter les conditions du marché contrairement à ce qui est prévu dans le cadre des secteurs classiques, l'enseignement de cet arrêt ne saurait être transposé en l'espèce.

[...] Absence de caractère essentiel de l'exigence d'une certification Hydrocheck

[...] En ce qui concerne le caractère essentiel du certificat Hydrocheck, la partie adverse rappelle tout d'abord que la fiche technique FTA/00/01-A autorisait la production d'un certificat « établi selon la méthode HYDROCHECK ou toute autre méthode équivalente » (…).

Les soumissionnaires avaient ainsi le choix de produire un certificat Hydrocheck ou de démontrer, par le biais d'un certificat obtenu selon une méthode équivalente, qu'un matériau susceptible d'entrer en contact avec l'eau potable ou l'eau destinée à la production d'eau potable n'affecterait pas la potabilité de l'eau. Il existe en effet d'autres méthodes (allemandes, françaises, etc.) qui permettent de garantir la potabilité de l'eau tout en étant moins contraignantes que la méthode Hydrocheck. La nécessité d'assurer la continuité du service public en l'absence de certificat Hydrocheck amène ainsi parfois la partie adverse à commander du matériel qui n'est, certes, pas certifié Hydrocheck mais dont la partie adverse a obtenu des garanties suffisantes quant à l'absence d'impact de ce matériel sur la potabilité de l'eau.

Lorsque la requérante affirme que « Les matériaux en contact avec l'eau potable doivent donc être couverts par un certificat Hydrocheck » (…), elle ne tient dès lors pas compte de la possibilité offerte aux soumissionnaires de démontrer, par le biais d'une autre méthode, qu'un matériau utilisé dans la fabrication des vannes n'affecte pas la potabilité de l'eau.

Par ailleurs, l'élément essentiel pour la partie adverse ne consiste pas à fournir une certification Hydrocheck ou équivalente mais bien à garantir que le matériel fourni n'affectera pas la potabilité de l'eau. En d'autres termes, il est essentiel que la partie adverse obtienne l'assurance que le matériel proposé n'aura pas d'incidence sur la potabilité de l'eau. La démonstration de ceci peut toutefois lui être rapportée par le biais d'un certificat établi selon la méthode Hydrocheck ou selon une autre méthode équivalente.

Dans la mesure où, en l'espèce, aucun soumissionnaire n'a été en mesure de fournir un certificat Hydrocheck pour l'ensemble des matériaux composants les vannes proposées dans le cadre des lots 3 et 4, la partie adverse a décidé d'alléger la contrainte et de prendre en considération des certificats d' «attestation de conformité sanitaire», autres que ceux délivrés suivant la méthode Hydrocheck pour s'assurer que les vannes proposées n'affecteraient pas et la potabilité de l'eau.

La requérante n'ayant pas été en mesure de fournir de certificats Hydrocheck pour les buselures des vannes proposées dans le cadre des lots 3 et 4, elle a toutefois transmis, le 29 octobre 2015, des certificats établis selon des méthodes équivalentes, à savoir des certificats établis selon la méthode allemande (HY) et selon la méthode anglaise (WRAS) (…).

La partie adverse n'a dès lors aucunement renoncé à une exigence essentielle imposée aux soumissionnaires mais a uniquement pris la décision d'accepter d'autres méthodes équivalentes permettant de s'assurer de la potabilité de l'eau, à défaut d'avoir obtenu l'ensemble des certificats Hydrocheck requis.

A cet égard, il y a lieu de constater que l'enseignement des arrêts n^{os} 228.768 et 230.105 du Conseil d'Etat invoqués par la requérante ne saurait être transposé en l'espèce dès lors que, dans ces affaires, l'offre de l'adjudicataire avait été déclarée régulière alors pourtant qu'il ne démontrait pas que le matériel proposé était conforme aux normes imposées par les documents du marché.

En l'espèce, les soumissionnaires ont, eux, été en mesure de garantir que la potabilité de l'eau ne serait pas affectée par les matériaux utilisés dans la fabrication des vannes proposées pour les lots 3 et 4 par le biais d'une autre méthode que la méthode Hydrocheck.

La partie adverse n'était dès lors pas tenue de déclarer les offres irrégulières dès lors qu'elle avait pu obtenir la garantie de ce que la potabilité de l'eau ne serait pas affectée par le matériel proposé.

[...] Pour autant que de besoin, la partie adverse tient également à nuancer la présentation du cadre législatif et réglementaire que propose la requérante au niveau de la qualité de l'eau potable.

S'agissant tout d'abord du point 4.1.4 «Matériaux en contact avec l'eau destinée à la consommation humaine» de la norme NBN EN 545:2010, ce point impose le respect des spécifications de la procédure Hydrocheck pour les matériaux en contact avec l'eau potable.

Contrairement à ce qu'indique la requérante, le point 4.1.4 de cette norme dispose que :

> «Les composants d'un système de canalisation sont constitués de plusieurs matériaux décrits dans la présente norme. Lorsqu'ils sont utilisés dans les conditions pour lesquelles ils sont conçus, en contact permanent ou temporaire avec de l'eau destinée à la consommation humaine, les composants ne doivent pas influer sur la qualité de cette eau au point qu'elle ne puisse pas satisfaire aux prescriptions des réglementations nationales.

> À cette fin, on doit se référer aux règlements et normes nationales appropriés, transposant les normes EN lorsqu'elles existent, relatives à l'influence des matériaux sur la qualité de l'eau et aux prescriptions pour les réseaux et composants extérieurs aux bâtiments comme indiqué dans l'EN 805».

Si ladite norme est spécifiée dans la fiche technique FTA/10/02-E, c'est uniquement pour indiquer les prescriptions techniques applicables aux tuyaux et aux raccords. Cette norme – qui ne prescrit aucune prescription en matière de potabilité de l'eau et n'évoque pas le certificat Hydrocheck – ne saurait dès lors être utilisée pour déduire les normes applicables aux matériaux entrant en contact avec l'eau destinée à la consommation humaine.

Pour ce qui concerne l'aspect «potabilité», la norme NBN EN 545 : 2010 renvoie donc aux règlements et normes nationaux appropriés.

A cet égard, il y a lieu de préciser qu'il n'existe, au niveau belge et européen, aucune norme obligatoire s'agissant de l'aspect «potabilité des matériaux en contact avec l'eau».

Si le chapitre III du Code de l'eau vise, certes, à maintenir un niveau d'exigence en matière de qualité des eaux destinées à la consommation humaine suivant la Directive 98/83/CE, il ne s'agit que d'exigences relatives à la qualité des eaux et non d'exigences qui concernent les matériaux qui entrent en contact avec l'eau. Autrement dit, le chapitre III du Code de l'eau et la Directive 98/83/CE impose des normes au niveau de la qualité de l'eau mais ne fixe aucune exigence s'agissant des matériaux qui sont en contact avec l'eau.

En ce qui concerne l'aspect « potabilité des matériaux en contact avec l'eau », la Directive 89/106/CEE évoquée par la requérante prévoit, en substance, que les ouvrages réalisés ne doivent pas avoir d'impact négatif sur l'eau potable et ne conduisent pas au rejet de substances dangereuses dans l'eau potable. Aucune exigence précise n'est par ailleurs formulée quant aux caractéristiques que devraient présenter les matériaux en contact avec l'eau potable.

Contrairement à ce que soutient la requérante, il n'existe dès lors aucune obligation légale imposant de détenir un certificat Hydrocheck lorsqu'un matériau est mis en contact avec l'eau potable.

En l'absence de toute norme précise et obligatoire, la partie adverse impose ainsi aux soumissionnaires qui participent à ses marchés publics de fournir un certificat établi selon la méthode Hydrocheck ou selon toute autre méthode équivalente et qui permet d'attester qu'un matériau entrant en contact avec l'eau n'affectera pas la potabilité de celle-ci.

A défaut d'avoir obtenu, de la part de chaque soumissionnaire un certificat Hydrocheck pour l'ensemble des matériaux des vannes des lots 3 et 4 susceptibles d'entrer en contact avec l'eau potable, la partie adverse a décidé de déclarer les offres de l'ensemble des soumissionnaires comme étant régulières sur base de certificats établis selon d'autres méthodes que la méthode Hydrocheck, ce qu'elle avait parfaitement le droit de faire.

De plus, l'article 6, § 2, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux énonce que :

> «Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit européen, les spécifications techniques sont formulées :
>
> a) soit par référence à des spécifications techniques et, par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux agréments

techniques européens, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, lorsque ceux-ci n'existent pas, aux normes nationales, aux agréments techniques nationaux, ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en œuvre des produits. Chaque référence est accompagnée de la mention "ou équivalent";

b) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles; celles-ci peuvent inclure des caractéristiques environnementales. Elles doivent cependant être suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché;

c) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au point b), en se référant, comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou à ces exigences fonctionnelles, aux spécifications citées au point a);

d) soit par une référence aux spécifications visées au point a) pour certaines caractéristiques et aux performances ou exigences fonctionnelles visées au point b) pour d'autres caractéristiques».

Dans la mesure où la Directive 89/106/CEE ne prévoit aucune norme spécifique quant aux matériaux qui entrent en contact avec l'eau, les exigences de la partie adverse sont, *a fortiori*, compatibles avec le droit européen.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que l'exigence d'une certification Hydrocheck pouvait valablement être levée par la partie adverse dans la mesure où, d'une part, le mode de passation de la procédure négociée permet, dans les secteurs spéciaux, de revoir les conditions du marché et, d'autre part, il ne s'agissait pas d'un élément essentiel du marché litigieux qui serait imposé par la législation en matière d'eau potable.

Par ailleurs, le fait d'appartenir à AQUAWAL n'impose aucunement à la partie adverse d'obtenir un certificat Hydrocheck pour le matériel composant ses installations.

[...] Absence de violation du principe d'égalité

[...] Pour rappel, la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE prévoit, en son article 36, que :

«Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée » (Avant l'adoption de la directive 2014/25/UE, la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services prévoyait également, en son article 10, que « Les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence». Cette directive a été transposée, en droit belge, par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services).

Garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution, les principes d'égalité et de non-discrimination trouvent également un écho dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Ainsi, l'article 5, alinéa 1er, de la loi du 15 juin 2006 dispose que «Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

A cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rappeler que :

> «Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, qui est notamment fondé sur le principe d'égalité tel qu'il découle des articles 10 et 11 de la Constitution, est inhérent à la réglementation relative à la passation des marchés publics» (Cass., 17 décembre 2009, Pas., 2009, liv. 12, p. 3.061).

Lors d'un jugement du 19 mars 2010, le Tribunal de l'Union européenne a rappelé et précisé ces principes en ces termes :

> «Le pouvoir adjudicateur est tenu de veiller, à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres, au respect du principe d'égalité de traitement et, par voie de conséquence, à l'égalité des chances de tous les soumissionnaires. Le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires.
>
> Le principe d'égalité de traitement implique également une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect. Ce principe de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et de comportement arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure de passation soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le principe de transparence implique donc que toutes les informations techniques pertinentes pour la bonne compréhension de l'avis de marché ou du cahier des charges soient mises, dès que possible, à la disposition de l'ensemble des entreprises participant à un marché public, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier si effectivement les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.
>
> Une atteinte à l'égalité des chances et au principe de transparence constitue une irrégularité de la procédure précontentieuse portant atteinte au droit à l'information des parties concernées.» (Trib. UE, 19 mars 2010, Evropaïki Dynamiki c. Commission, J.D.E., 2010, liv. 168)

Le pouvoir adjudicateur dispose ainsi d'une marge d'appréciation qui lui permet de déterminer quelle est l'offre la plus intéressante et de la choisir en tenant compte des critères d'attribution retenus. Ce pouvoir d'appréciation doit toutefois être exercé dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination.

En outre, le pouvoir adjudicateur ne pourrait agir de manière arbitraire. Il doit dès lors apprécier les offres au regard de tous les critères énoncés dans le cahier spécial des charges, respecter les pondérations qu'il s'est imposées, traiter les différents soumissionnaires de manière égale et ne pas prendre en considération d'autres critères que ceux indiqués dans le cahier spécial des charges.

[...] En l'espèce, la partie adverse n'a aucunement méconnu ce principe dès lors que, face à une situation identique pour chaque soumissionnaire (absence de

certificat Hydrocheck), elle a traité chaque soumissionnaire de manière identique en considérant qu'il n'avait pas remis ce certificat.

Sur base des données en sa possession, la partie adverse a ainsi constaté une situation identique pour tous les soumissionnaires et a traité cette situation de manière identique pour chacun. Ce que la requérante reproche donc à la partie adverse, ce n'est pas d'avoir méconnu le principe d'égalité entre soumissionnaires mais plutôt d'avoir commis une erreur en considérant que la requérante n'avait pas fourni de certificat Hydrocheck pour la buselure de ses vannes.

En réalité, la requérante ne reproche pas à la partie adverse d'avoir violé le principe d'égalité mais plutôt d'avoir commis une erreur en estimant que la requérante n'avait pas remis de certificat Hydrocheck pour le matériau composant la buselure des vannes proposées et d'avoir ensuite appliqué le même traitement tant à la requérante qu'aux autres soumissionnaires.

La critique est donc identique à celle exposée dans le cadre de la première branche du premier moyen, de sorte qu'il est renvoyé aux discussions relatives à cette première branche, lesquelles démontrent qu'en l'espèce, la partie adverse n'a pas commis d'erreur en considérant que la requérante n'avait pas produit le certificat requis.

[...] En ce qui concerne le fait que, pour d'autres lots du marché litigieux, la partie adverse n'ait pas levé l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente, la situation était différente dans le cadre des lots évoqués par la requérante (lots 7 et 27), de sorte qu'un traitement différent a été réservé à ces lots.

Pour les lots 7 et 27, certains soumissionnaires n'avaient pas remis de certificats Hydrocheck ou équivalents mais d'autres avaient toutefois fourni ces certificats, contrairement à ce qui s'est passé pour les lots 3 et 4.

Dans la mesure où, pour les lots 7 et 27, la partie adverse avait ainsi la possibilité d'attribuer le marché, elle a dès lors procédé à l'attribution de ces lots sans lever l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente. Confrontée à deux situations différentes (absence de certificats Hydrocheck ou équivalents dans le chef de l'ensemble des soumissionnaires ou absence de certificats Hydrocheck ou équivalents pour certains soumissionnaires seulement), la partie adverse a adopté un raisonnement et une attitude différente, ce qui ne saurait sérieusement lui être reproché.

Contrairement à ce que la requérante affirme de manière peu élégante dans sa requête, la partie adverse n'a donc aucunement entendu «manipuler la mise en concurrence du Marché afin de favoriser d'autres soumissionnaires qu'AVK dans l'attribution des lots 3 et 4» (…).

L'on rappellera d'ailleurs, à ce propos, que la requérante a obtenu 12 lots sur les 35 qui composaient le marché litigieux, de sorte que l'on ne saurait sérieusement soutenir que la partie adverse aurait pu manipuler les conditions du marché pour éviter d'attribuer deux lots à la requérante alors pourtant qu'elle lui a attribué 12 lots par ailleurs.

[...]Au vu de ce qui précède, la partie adverse n'a pas violé le principe d'égalité et n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en adoptant une position différente pour les lots 7 et 27 dès lors que, pour ces lots, la situation était différente à celle rencontrée dans le cadre des lots 3 et 4.

[...] Absence de violation de l'obligation de motivation

[...] La requérante soutient enfin que la partie adverse aurait manqué à son obligation de motivation en justifiant l'écartement de l'exigence de certification Hydrocheck par l'objectif d'attribuer les lots 3 et 4.

[...] Dans la mesure où la requérante a, comme l'ensemble des soumissionnaires, bénéficié de la levée de l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente, elle ne dispose tout d'abord pas d'un intérêt à cette partie du moyen.

A défaut d'avoir été préjudicié par le caractère prétendument insuffisant de la motivation de l'acte attaqué, la requérante ne peut utilement critiquer ce point.

[...] En tout état de cause, l'article 4, alinéa 1er, 8°, 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, prévoit que l'autorité adjudicatrice est tenue de rédiger une décision motivée lorsqu'elle attribue un marché public et ce, quelle que soit la procédure.

Les décisions adoptées en matière de marchés publics sont également soumises à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Sur cette question, le Conseil d'Etat a ainsi déjà eu l'occasion de juger que :

> «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 ne déroge pas à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs mais précise les éléments à énoncer dans la motivation. Elle ne supprime, en particulier, pas l'obligation de fournir une motivation adéquate énoncée par l'article 3 de cette loi» (C.E., 17 décembre 2014, n° 229.590, SA Compagnie d'entreprises CFE et Vinci Construction Terrassement SAS).

La loi du 29 juillet 1991 précise, en ses articles 2 et 3, que :

> « Art. 2. Les actes administratifs des autorités administratives visées à l'article premier doivent faire l'objet d'une motivation formelle.
>
> Art. 3. La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate».

A cet égard, le Conseil d'Etat considère de manière constante que «tout acte administratif doit reposer sur des motifs matériels exacts, pertinents et admissibles en droit qui doivent ressortir du dossier administratif» (C.E., 8 octobre 2002, n° 111.123, Henni ; C.E., 23 mars 2005, n° 142.713, Vilain ; C.E., 3 mars 2011, n° 211.789, Marcq ; C.E., 18 juin 2013, n° 223.953, Hertoghe et consorts).

Le Conseil d'Etat estime également que :

> «pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif, au sens de l'article 1er de cette loi, doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision; que la motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce» (C.E., 3 mars 2011, n°211.789, Marcq).

En l'espèce, la partie adverse a clairement indiqué, dans l'acte attaqué, qu'elle souhaitait lever l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente afin de pouvoir attribuer les lots 3 et 4.

Si la motivation relative à la levée de cette exigence est, certes, brève, celle-ci est néanmoins claire, complète, précise et adéquate. En effet, dans la mesure où l'acte attaqué met clairement en lumière le fait qu'aucun soumissionnaire n'a remis de certificat Hydrocheck ou équivalent pour l'ensemble des matériaux composant les vannes proposées, la partie adverse avait deux possibilités : soit déclarer toutes les offres irrégulières et ne pas attribuer les lots 3 et 4, soit lever l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente et avoir alors l'opportunité d'attribuer ces lots.

La partie adverse a finalement pris la décision de lever cette exigence afin de pouvoir attribuer ces lots – ce qu'elle précise dans l'acte attaqué – et d'ainsi assurer la continuité du service public.

Compte tenu des circonstances de l'espèce et mentionnées dans l'acte attaqué (absence de certificat Hydrocheck ou équivalent pour l'ensemble des soumissionnaires), la partie adverse a adéquatement motivé l'acte attaqué en justifiant la levée de l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente par la volonté d'attribuer les lots 3 et 4.

[...] Au vu de ce qui précède, la partie adverse n'a pas violé les dispositions et principes visés au moyen, lequel n'est dès lors pas sérieux.".

V. 1. 3. Débats à l'audience

V. 1. 3. 1. Thèse de la requérante

La requérante confirme à l'audience que, s'agissant de la nouvelle vanne, la buselure n'est pas en contact avec de l'eau potable ou destinée à être potable. Il n'était donc pas requis de délivrer un certificat Hydrocheck pour cette buselure. C'est par ailleurs bien les vannes d'ancienne génération qui ont été proposées dans l'offre, comme cela a été expressément confirmé par la requérante dans son courrier du 5 octobre 2015. La requérante s'est donc limitée à proposer un éventuel remplacement des vannes "ancienne génération" par des vannes "nouvelle génération" et ce, dans le cours de l'exécution du marché et pour autant, d'une part, que les certifications requises aient été délivrées et que le pouvoir adjudicateur ait donné son accord préalable. Lorsqu'il est question de "buselure en polyamide" dans le procès-verbal de la réunion de négociations du 20 octobre 2015, c'est donc bien des vannes de nouvelle génération qu'il est question et cela a encore été confirmé dans un courriel du 2 février 2016.

Or, la requérante disposait bien des certificats requis pour les vannes d'ancienne génération et elle a bien communiqué ces certificats à la CILE, tant lors du dépôt de son offre qu'ultérieurement. Le débat sur la buselure des vannes d'ancienne génération est en conséquence déplacé, dès lors que la fiche technique et les exigences du cahier spécial des charges ont été respectées.

L'on ne peut pas non plus se retrancher derrière la circonstance que la requérante se serait contredite dans ses divers écrits, car il est évident que les certificats Hydrocheck couvrent des matériaux et non des articles composés de divers matériaux, telle une buselure. Il n'y a donc aucune contradiction dans les écrits de la requérante, dès lors que celle-ci y renvoie, selon le cas, soit aux vannes de l'ancienne génération, soit à celles de la nouvelle génération.

La requérante confirme en conséquence que la première branche de son premier moyen est sérieuse.

Elle considère par ailleurs qu'il en va de même s'agissant de la seconde branche du premier moyen.

En effet, l'affirmation de principe de la CILE, selon laquelle le pouvoir adjudicataire jouirait d'une liberté d'appréciation absolue dans l'application du cahier spécial des charges, étant donné que l'on se situe dans un secteur spécial et qu'il est recouru à une procédure négociée avec publicité, ne peut être acceptée, car cela conduirait à la méconnaissance des principes d'égalité et de transparence des soumissionnaires dans la procédure d'attribution d'un marché public. La question d'une attestation issue d'une méthode équivalente à la méthode hydrocheck ne s'est par ailleurs jamais posée en cours de procédure. Par ailleurs, l'affirmation de la CILE dans sa note d'observations, selon laquelle aucun des soumissionnaires n'ayant remis le certificat requis, il aurait été décidé d'alléger la contrainte fixée dans le cahier spécial des charges et d'accepter d'autres certificats, tels des certificats d'"attestation sanitaire", pour autant que de tels certificats soient bien de nature à établir que le matériel fourni n'affectera pas la qualité de l'eau, ne se retrouve pas dans la motivation formelle de la décision attaquée et ne repose par ailleurs sur aucun élément concret du dossier déposé par la CILE.

Quoi qu'il en soit, l'exigence de preuve initialement requise n'est pas que le seul fait du cahier spécial des charges. Elle procède aussi de textes de l'Union européenne, tels la directive 98/83/CE du 3 novembre 1998 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine et le règlement européen du 9 mars 2011 n° 305/2011 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant la directive 89/106/CEE du Conseil. Une telle exigence constitue donc bien une clause essentielle du cahier spécial des charges, à laquelle il ne pouvait être dérogé sans motivation précise et ce, nonobstant le point I.18. de ce cahier, lequel précise que "la CILE se réserve également le droit de s'écarter des clauses du présent cahier spécial des charges".

Enfin, le seul fait d'écarter, pour cette seule raison, l'offre de la requérante pour les lots 3 et 4, et de ne pas le faire pour d'autres lots, tels les lots 8 et 27, pour lesquels le même problème avait aussi été soulevé concernant cette même exigence de preuve, constitue, en soi, une inégalité manifeste de traitement dans le chef de la requérante.

V. 1. 3. 2. Thèse de la partie adverse

La CILE maintient qu'elle a pu raisonnablement considérer que la buselure des vannes nouvelle génération était susceptible d'entrer en contact, fût-ce de manière occasionnelle, avec de l'eau potable ou destinée à le devenir. En conséquence, elle a pu légitimement considérer qu'un certificat Hydrocheck devait être produit pour cette buselure et que la requérante n'en avait pas produit. L'existence d'une manchette dans la vanne ne suffit pas, par elle-même, à prévenir ce risque de contamination de l'eau. Si tel devait être le cas, pourquoi alors avoir demandé un certificat Hydrocheck pour les vannes de la nouvelle génération.

La CILE fonde également l'absence de caractère sérieux de la première branche du premier moyen sur la circonstance que la requérante n'a jamais communiqué le résultat du test qu'elle avait annoncé au sujet de l'étanchéité de la manchette EPDM. Elle n'a pu de même pas pu prendre en considération le certificat Hydrocheck qui lui a été adressé au sujet des vannes de la nouvelle génération, dès lors que ce certificat a été produit après la clôture de la période de négociations fixée par la CILE. Celle-ci ne pouvait dés lors pas en tenir compte sans porter atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

S'agissant de la seconde branche du premier moyen, la CILE rappelle qu'elle fait valoir, à titre principal, que la requérante n'a pas d'intérêt à cette branche, dès lors qu'il doit être conclu à l'absence de caractère sérieux de la première branche du premier moyen.

V. 1. 4. Décision du Conseil d'Etat

V. 1. 4. 1. Sur ce qui est présenté comme une première "branche" par les parties

En droit, il résulte clairement des fiches techniques rendues applicables par le cahier spécial des charges, notamment, aux lots 3 et 4, que cinq exigences ont été formulées quant à la qualité des matériaux mentionnés dans l'offre :

- tous les matériaux qui entrent dans la composition des vannes et qui sont susceptibles d'être normalement ou occasionnellement en contact avec de l'eau

potable ou susceptible de le devenir, doivent être conformes aux exigences réglementaires;

- cette conformité doit être confirmée par un certificat attestant que les matériaux utilisés ne sont pas toxiques pour la santé;

- ce certificat doit, en règle, être établi conformément à la méthode Hydrocheck;

- ou, par toute autre méthode qui sera jugée équivalente, sur la base de certains critères;

- et étant donné que la certification porte sur des matériaux et non sur les pièces en tant que telles.

En fait, il n'est pas contesté que, à la date d'ouverture des offres initiales et jusqu'à la date ultime accordée aux soumissionnaires pour compléter leur offre, voire même jusqu'à la date de clôture des négociations, l'offre de la requérante pour les lots 3 et 4 présente cette particularité qu'elle porte :

- pour une première période d'exécution du marché public à attribuer, sur un ancien modèle de vannes couvert par quatre certificats Hydrocheck qui ont été joints à l'offre et communiqués à nouveau par la suite, tandis qu'une procédure de certification pour un nouveau modèle de vannes était en cours, portant notamment sur un matériau utilisé dans la buselure ;

- pour une seconde période d'exécution du marché public à attribuer, sur ce nouveau modèle de vannes, une fois que celui-ci aura reçu les certifications requises et après que la CILE aura expressément donné préalablement son autorisation de livrer ce nouveau modèle.

Ainsi qu'il ressort de l'exposé des faits, cette référence dans l'offre à deux modèles de vannes a très probablement engendré une certaine confusion dans les contacts qui ont eu lieu entre la requérante et la CILE. Il n'en ressort pas moins de cet exposé des faits ainsi que des pièces produites par les parties que les éléments suivants peuvent être considérés comme établis à suffisance de droit :

- au jour de l'ouverture des offres, l'offre de la requérante est bien accompagnée de quatre certificats Hydrocheck censés certifier différents matériaux utilisés dans les vannes d'ancienne génération, à savoir : Resicoat R4 Dark Blue / EPDM EUW – 70 / Berulub Sihaf 2 / Berusil P140 ;

- par note séparée du 28 août 2015, la requérante fait cependant état du nouveau modèle de vannes à opercule, pour lequel une certification Hydrocheck est en cours, notamment pour un matériau portant sur la buselure ;

- par courrier du 25 septembre 2015, la CILE communique à la requérante un document de synthèse dans lequel est repris un point d'interrogation dans une case orange au regard de la rubrique " joint dans buselure en matériau synthétique, inox ou laiton ou autre matériau métallique". Aucune précision n'est apportée quant à la portée exacte de ce point d'interrogation, mais il est par ailleurs demandé à la partie requérante, dans ce même courrier, de confirmer que le modèle proposé de vannes est bien celui de la nouvelle génération, auquel cas il conviendrait de fournir le certificat pour le matériau constitutif des glissières (sous-entendu de la buselure) ;

- par courrier du 5 octobre 2015, la requérante répond que le modèle de vannes proposé est bien celui de l'ancienne génération, pour lequel les certifications Hydrocheck, qui ont été jointes à l'offre, sont, à nouveau communiquées. La requérante joint à ce courrier le document de synthèse complété, dans lequel, au regard de la rubrique " joint dans buselure en matériau synthétique, inox ou laiton ou autre matériau métallique", elle indique "Buselure en polyamide". La requérante ne précise cependant pas si elle entend ainsi viser l'ancien modèle de vannes ou le nouveau, et la CILE ne demande en tout état de cause aucune explication complémentaire à ce sujet ;

- dans le procès-verbal de la réunion de négociations établi le 20 octobre 2015, il est ajouté, dans le document de synthèse, au regard de la rubrique "joint dans buselure en matériau synthétique, inox ou laiton ou autre matériau métallique", que le certificat Hydrocheck devra être transmis. Cet ajout ne permet à nouveau pas d'établir avec certitude que serait ainsi visée l'ancienne génération de vannes ;

- par un envoi recommandé du 23 octobre 2015, confirmé par un courriel du 29 octobre 2015, la requérante répond que la demande d'Hydrocheck est en cours pour la buselure, mais joint déjà en annexe des certificats W270, KTW et WRAS. Elle précise que, contrairement à ce qu'elle pensait à tort, elle n'a pas encore reçu le certificat Hydrocheck pour cette pièce. Comme le reconnaît la CILE dans sa note d'observations (point 11), la demande de certificat d'Hydrocheck en cours vise donc bien "la buselure des nouveaux modèles de vannes " ;

- par courrier du 30 décembre 2015, la CILE invite la requérante à lui fournir divers éléments d'information complémentaire au sujet d'autres lots, à savoir les lots 25, 26 et 28, tout en précisant que, si ces éléments ne lui sont pas communiqués dans le délai indiqué, l'offre pourrait être déclarée nulle pour les lots considérés. Une telle mise en

garde n'est cependant pas formulée pour les lots 3 et 4, s'agissant de la buselure des vannes d'ancienne génération ;

- par courriel du 2 février 2016, postérieur donc à la date de clôture des négociations fixées par la CILE, la requérante a finalement transmis à la CILE le certificat Hydrocheck " pour les guides polyamides de notre nouvelle vanne", dont elle précise par ailleurs que ce nouveau modèle de vanne a déjà reçu l'accréditation par le Watergroep, pour ce qui concerne la Région flamande.

C'est dans ces circonstances que la décision d'attribution des lots 3 et 4, prise par le conseil d'administration de la CILE en date du 8 mars 2016, se contente, pour chacun de ces lots, de préciser ce qui suit :

" Attendu que les offres déposées par l'ensemble des soumissionnaires ne comportaient pas de certificat Hydrocheck ou la preuve de l'équivalence;

Vu le rappel adressé à toutes les sociétés en date du 30 septembre 2015 et mentionnant l'échéance de réception des informations pour le 7 octobre 2015 au plus tard;

Attendu qu'au terme de ce premier rappel, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu la convocation envoyée le 14 octobre 2015 et les négociations menées en date des 20 et 21 octobre 2015 ;

Vu le procès-verbal de négociation envoyé le 22 octobre 2015 aux différentes sociétés et fixant l'échéance au 28 octobre 2015 pour répondre aux différentes demandes;

Attendu qu'au terme de ces négociations, aucune société n'a remis le certificat requis;

Vu le courrier adressé à toutes les sociétés en date du 31 décembre 2015 et fixant la date d'échéance au plus tard au 11 janvier 2016;

Attendu qu'au terme de ce courrier, aucune société n'a remis le certificat requis.".

Une telle motivation formelle, exagérément succincte, ne permet toutefois pas de comprendre le raisonnement qui a été suivi par le CILE pour affirmer que l'offre de la requérante ne comporte pas "de certificat Hydrocheck ou la preuve de l'équivalence", et ce, dans la mesure où cette motivation ne permet pas de voir si elle porte sur les vannes d'ancienne génération ou sur celle de la nouvelle génération, où quatre certificats Hydrocheck ont été produits par la requérante pour les vannes de l'ancienne génération, où la nécessité d'un cinquième certificat Hydrocheck a été contestée par la requérante dans le cadre de la procédure, et où d'autres certificats ont été produits par la requérante, à savoir les certificats W270, KTW et WRAS, sans que

la CILE ne les examine et ne précise pas pourquoi ils ne seraient pas "équivalents" à un certificat Hydrocheck.

Cette lacune dans la motivation formelle de la décision attaquée est d'autant plus regrettable que même les pièces déposées par la CILE à l'appui de sa note d'observations, ne permettent pas de pallier le caractère exagérément succinct de cette motivation formelle, ce qui rend la motivation matérielle de la décision tout aussi insuffisante.

L'ampleur des explications fournies par la CILE dans sa note d'observations montre par ailleurs bien qu'il ne s'agissait pas, sur ce point, de procéder à un simple constat objectif que le pouvoir adjudicateur pouvait poser sans la moindre analyse complémentaire quant à la pertinence des éléments invoqués par la requérante. Or, ni le dossier administratif ni la motivation formelle de la décision attaquée ne sont le reflet de toutes les vérifications auxquelles il aurait été procédé par la CILE, notamment pour apprécier la pertinence des certificats Hydrocheck ou des autres certificats produits par la requérante et dont il est fait expressément mention dans la note d'observations.

On observera à cet égard que la note d'observations contribue encore à renforcer le sentiment de confusion dont il a été fait état plus avant et ce, en observant, à propos de la seconde branche du premier moyen, que "La requérante n'ayant pas été en mesure de fournir de certificats Hydrocheck pour les buselures des vannes proposées dans le cadre des lots 3 et 4, elle a toutefois transmis, le 29 octobre 2015, des certificats établis selon des méthodes équivalentes, à savoir des certificats établis selon la méthode allemande (HY) et selon la méthode anglaise (WRAS) (…)".

Sans qu'il soit besoin d'examiner le bien-fondé de la violation des autres dispositions visée au moyen, il suffit, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, de constater que la première branche du moyen est, *prima facie*, sérieuse, en ce qu'elle invoque un vice de motivation, tant formelle que matérielle, de la décision attaquée, lequel vice porte sur un aspect aussi essentiel que l'absence de complétude de l'offre de la requérante par rapport aux exigences du cahier spécial des charges.

V. 1. 4. 2. Sur ce qui est présenté comme une seconde "branche" par les parties

Il convient tout d'abord d'observer que la requérante a bien intérêt à cette branche du moyen, dès lors que la première branche du moyen doit être considérée

comme sérieuse. L'exception d'irrecevabilité soulevée par la CILE à ce sujet doit, en conséquence, être rejetée.

La seconde branche du moyen pose concrètement la double question de savoir si, d'une part, à supposer que les certificats fournis par la requérante ne puissent pas valablement être considérés comme suffisants, au même titre que les certificats produits par les autres soumissionnaires, la CILE pouvait ou non décider de renoncer à cette exigence et si, d'autre part, même en cas de réponse affirmative à cette première question, la CILE a suffisamment motivé sa décision sur ce point.

S'agissant de la réponse qu'il convient d'apporter à la première question, il y a lieu tout d'abord d'observer que, dans les secteurs spéciaux tel que celui de l'eau, il est désormais admis, sur la base des directives européennes applicables en la matière, que le pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité, peut effectivement négocier, dans une certaine mesure, les éléments définis dans les documents du marché. Mais il n'en reste pas moins que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les principes d'égalité et de transparence, de même que les règles essentielles qu'il s'est lui-même fixées dans l'avis de marché et dans le cahier spécial des charges, étant entendu à ce sujet que, par analogie avec ce que précise l'article 53, § 2, 1°, d), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, les conditions initiales du marché ne s'en trouvent pas substantiellement modifiées.

A cet égard, la CILE fait valoir, dans sa note d'observations, sans que cela ressorte cependant de la motivation, tant formelle que matérielle, de la décision attaquée, que l'exigence d'une certification Hydrochek ou d'une certification équivalente n'était pas essentielle, qu'elle n'a, en tout état de cause, pas renoncé à cette exigence sur le plan du fond, mais qu'elle a simplement assoupli l'exigence de preuve en constatant que toutes les offres étaient régulières et ce, sur la base de certificats établis selon d'autres méthodes que la méthode Hydrocheck.

Au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, une telle argumentation ne peut cependant pas être suivie *prima facie*.

Il apparaît tout d'abord que l'exigence matérielle de conformité des matériaux utilisés aux exigences réglementaires peut, dans le cas d'espèce, être considérée comme une prescription essentielle des documents du marché. Ceci résulte tant de la nature même de l'exigence que de l'objectif qu'elle poursuit, à savoir la non-toxicité des matériaux susceptibles d'entrer en contact, fût-ce de manière occasionnelle, avec de l'eau potable, que des termes même des fiches techniques applicables au marché en cause, à savoir les fiches FTA/00/01-A et FTA/10/02-E, et

que des conditions précises auxquelles une autre méthode d'analyse que la méthode Hydrocheck peut être jugée "équivalente" à cette méthode.

Il apparaît de même que constitue aussi une prescription essentielle des documents de marché l'exigence d'une certification Hydrocheck ou équivalente. Ceci résulte tout d'abord des termes mêmes de la fiche technique FTA/00/01-A ("Tous les matériaux […] doivent être conformes aux exigences réglementaires". Cette conformité doit être confirmée par un certificat […] "établi conformément à la méthode Hydrocheck ou toute autre méthode équivalente") que des termes mêmes du cahier spécial des charges qui énumèrent scrupuleusement, pour chacun des lots 3 et 4 (voir la page 29), les précisions ou dérogations admissibles par rapport aux prescriptions des fiches techniques applicables. Ceci résulte ensuite du fait que, pour d'autres lots du marché comme les lots 7 et 27 par exemple, la CILE dans sa décision du 8 mars 2016 (pages 27 et 44), a, cette fois, écarté les offres des soumissionnaires qui n'étaient pas assorties des certificats requis et ce, sur la base d'une motivation formelle pour le moins radicale et qui ne peut se comprendre, surtout en procédure négociée, que si cette prescription était bien essentielle ("l'offre doit être déclarée non conforme et partant, irrégulière au motif qu'elle n'apporte pas la preuve que son attestation sanitaire peut être considérée comme un certificat équivalent à celui délivré au travers de l'agréation Hydrocheck").

Il est donc, *prima facie*, permis de considérer que, dans le cas d'espèce et contrairement à ce que la CILE fait valoir dans sa note d'observations et à l'audience, l'exigence de certification Hydrocheck ou équivalente peut être considérée, pour les lots 3 et 4, comme une exigence essentielle fixée par les documents du marché et qu'il a bien, dans le cas d'espèce, été renoncé à une telle exigence.

Or, et compte tenu de l'objectif poursuivi par cette exigence, à savoir préserver la potabilité de l'eau, il y a également lieu de considérer que ni le dossier administratif ni la motivation formelle de la décision attaquée ne permettent d'établir que la CILE aurait bien veillé à ce que cette condition initiale essentielle du marché ne soit pas modifiée de manière substantielle.

En effet, la motivation formelle de la décision fait simplement état à ce sujet de ce que :

" Vu le point I.18 du cahier spécial des charges précisant que «la C.I.L.E. se réserve également le droit de s'écarter des clauses du présent cahier spécial des charges»;

Considérant, dès lors, qu'il a été proposé de lever cette spécification afin de pouvoir attribuer ce lot".

Une telle motivation formelle, particulièrement succincte, ne se suffit manifestement pas à elle-même.

De même, au regard de la motivation matérielle de la décision attaquée, rien dans le dossier administratif ne permet non plus d'établir que la CILE se serait, à tout le moins, assurée, par le biais de ses services, que les différents matériaux proposés par les soumissionnaires sont bien de nature à assurer le respect des normes de potabilité de l'eau de distribution.

Plus fondamentalement, et nonobstant la faculté de dérogation prévue par l'article I.18 du cahier spécial des charges, modifier de manière substantielle des conditions essentielles initiales d'un marché passé avec publicité, tel celui qui fait l'objet du présent recours, revient à soustraire le marché "modifié" à la publicité et est de nature à évincer irrégulièrement les entreprises concurrentes qui, estimant qu'elles ne répondaient pas à ces conditions initiales, n'ont peut être pas, pour cette raison, participé à la procédure. Une telle façon de procéder est également de nature à porter atteinte aux principes d'égalité, de concurrence et de transparence en matière d'attribution de marchés publics.

Sans qu'il soit besoin d'examiner le bien-fondé de la violation des autres dispositions visée au moyen, il suffit, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, de constater que la seconde branche du moyen est, elle aussi, sérieuse *prima facie*, en ce qu'elle invoque un vice de motivation, tant formelle que matérielle, de la décision attaquée.

V. 2. SECOND MOYEN

V. 2. 1. Thèse de la requérante

Dans un second moyen, qui vise l'attribution du lot 17, la requérante invoque cette fois la violation de l'article 106 de "l'AR Passation", du devoir de minutie, du principe général de bonne administration, de l'obligation de motivation matérielle, telle que prévue à l'article 4, 8° de la "loi sur la protection juridique" et aux articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle développe ce moyen comme suit :

" [...] Résumé

[...]

En ce que la CILE a déclaré l'offre de SGPS régulière et a attribué le lot 17 à SGPS, Alors (...) que SGPS a très probablement remis une offre irrégulière, (...) que l'offre d'AVK était régulière et la plus avantageuse économiquement sur base des critères d'attribution, et (...) que la CILE aurait donc dû attribuer le lot 17 à AVK.

[...] Développement

[...] Il ressort du rapport d'analyse des offres que le lot 17 a été attribué à SGPS avec une différence minimale de 0,07 points ([…]: AVK a obtenu 95,64/100 et SGPS a obtenu 95,71/100).
Cependant, l'offre de SGPS est déclarée régulière (…), alors que le produit présenté par SGPS n'est pas conforme aux exigences techniques.

[...] Concernant le lot 17, le cahier des charges ((...)) prévoit que les offres doivent respecter la fiche technique prFTA/20/01-D (…). Comme dans le cadre des lots 3 et 4, cette fiche technique prévoit que tous les matériaux pouvant entrer en contact avec l'eau potable ou l'eau servant à la production d'eau potable, doivent être conformes à la fiche technique FTA/00/01. Cette dernière fiche exige que ces matériaux soient couverts par un certificat Hydrocheck.

[...] Selon les informations techniques d'AVK, il est très probable, et presque certain, que le produit présenté par SGPS dans le cadre du lot 17 ne soit pas couvert par un certificat Hydrocheck (ou par une attestation équivalente).

[...] La bouche d'incendie distribuée par SGPS et très probablement proposée dans le cadre du lot 17 comporte six éléments en contact avec l'eau potable :
- Soupape (polyuréthane (ou PU)) ;
- Revêtement époxy;
- Lubrifiant ;
- O-ring de baïonnette;
- O-rings de siège (x2, voir ci-dessous) ;
- O-ring de tige.

[...] D'après les informations d'AVK concernant la soupape mentionnée ci-dessus, le certificat Hydrocheck présenté par SGPS pour le polyuréthane de la soupape est le certificat Hydrocheck 037/12, pour le produit « PU Simritan H85 AU982 », obtenu en 2003 (…). Si tel est bien le cas, SGPS a commis une irrégularité grave dans son offre.

[...] A cet égard, il convient de résumer l'histoire de cette problématique :
- En 1997, AVK a obtenu le certificat Hydrocheck pour le matériel «PU Simritan H85 AU982» (…). Ce matériel était produit par MITTELMANN ARMATUREN (MITTELMANN).
- En 2003, une scission a eu lieu entre AVK et MITTELMANN. SGPS a ainsi repris dans ses activités la distribution du matériel « PU Simritan H85 AU982 » en Belgique. SGPS utilise alors les bouches d'incendie produites par MITTELMANN, AVK utilisant un autre type de bouche d'incendie. SGPS obtient dans ce cadre un certificat à son nom pour ce produit (numéro 037/12).
- En 2004, AVK a cependant racheté MITTELMANN, qui a décidé de produire pour AVK la même bouche d'incendie qu'en 1997. AVK a ainsi cessé d'utiliser le modèle qu'elle utilisait en 2003.
- En 2005, AVK a demandé et obtenu de BELGAQUA l'autorisation d'utiliser le produit «PU Simritan H85 AU982» sous son nom (…). En effet, par fax du 28 septembre 2005 (….), AVK a demandé à BELGAQUA ce qui suit :

  «[...]
  Traduction libre :
  Suite à notre entretien téléphonique de [ce matin], nous vous fournissons un [bref] historique concernant l'utilisation de ce PU-Simritan 85 AU 982.
  Au cours de l'année 2003, AVK International a repris l'entreprise Mittelmann et à la demande de SGPS, il [a été] convenu de fournir encore ces bouches

d'incendie à SGPS jusqu'à l'échéance du contrat à long terme (Contract BIWM en cours jusqu'au 31 décembre 2007).
Entretemps, AVK-Mittelmann a décidé de rassembler les deux modèles de bouches d'incendies en un modèle, dans lequel le verrou est vulcanisé avec ce PU-Simritan.
Nous cherchons à pouvoir commencer aussi vite que possible avec ce modèle retravaillé».

Par courrier du 5 décembre 2005 (…), BELGAQUA a indiqué ce qui suit à AVK :

«[...]
Traduction libre:
Nous avons analysé votre fax du 28 septembre [dernier] concernant la possibilité d'utiliser le PU SIMRITAN dans un modèle retravaillé de bouche d'incendie Mittelmann, et d'obtenir à nouveau une approbation Hydrocheck pour [ce faire].
Il n'y a pas d'objection de principe contre cette utilisation. Vous devriez par conséquent m'envoyer une demande de confirmation afin d'obtenir un certificat conforme au nom d'AVK. […]».

AVK a finalement obtenu ce certificat (…).

En résumé, AVK et SGPS détiennent à ce stade chacun un certificat Hydrocheck pour le même produit («PU Simritan H85 AU982»). Le certificat de SGPS porte la référence 037/12. Le certificat d'AVK porte la référence 007.

• En octobre 2015, dans le cadre d'un marché public de fourniture notamment de bouche d'incendie du Provinciale en Intercommunale «Drinkwatermaatschappij der Provincie Antwerpen (PIDPA)», SGPS a remis le certificat Hydrocheck qu'elle avait obtenu lorsqu'elle était cliente de MITTELMANN (numéro 037/12), pour sa bouche d'incendie. Cependant, le polyuréthane utilisé aujourd'hui pour sa bouche d'incendie est différent. Il ressort en effet des photos ci-dessous que le produit certifié Hydrocheck et distribué par AVK est vert alors que celui proposé par SGPS est bleu. Le marquage du produit est en outre AUV4 33195 et non H85 AU982.

[...]

Par conséquent, AVK et SGPS ont chacun un certificat pour le même produit. Cependant, SGPS utilise son certificat pour un autre produit, ce qui constitue une irrégularité grave dans l'offre de SGPS.

[...] Par ailleurs, la certification Hydrocheck des O-rings devra également être confirmée lors de l'analyse de l'offre de SGPS.

[...] En toute hypothèse, pour vérifier les éléments développés ci-dessus, il convient de procéder comme suit :

• Il convient que la CILE dépose les éléments concernés de l'offre de SGPS pour le lot 17 de manière contradictoire (non confidentielle). AVK invite donc la CILE à procéder au dépôt de ces pièces dans son dossier administratif. Ces pièces ne sont pas couvertes par le secret d'affaires. Le présent litige ne concerne en effet pas les prix ni les solutions techniques mais bien une donnée objective et établie, à savoir la (non-) fourniture d'un certificat pour le produit proposé (Voy. P. THIEL, «L'apparente simplicité du système de recours», OOO-MCP, 2011/1, p. 96 et 97, et la jurisprudence à laquelle il est fait référence);
• A défaut, il convient que Votre Conseil lève la confidentialité de ces pièces ;
• A titre plus subsidiaire, AVK demande à Votre Conseil ainsi qu'au membre de l'Auditorat en charge de la présente affaire, d'examiner l'offre de SGPS au regard de nos arguments repris ci-dessus.

[...] En outre, le producteur du matériau concerné confirm[e] également qu'au 1er avril 2016, le matériau concerné n'était toujours pas certifié Hydrocheck (...).

[...] En résumé, SGPS a très probablement, presque sûrement, proposé un produit non certifié Hyocheck alors que le cahier des charges exigeait un tel certificat (Concernant le caractère crucial et les sources de cette certification, il est renvoyé aux développements ci-dessus relatifs aux lots 3 et 4). Néanmoins, la CILE a considéré à tort dans le rapport d'analyse des offres (...) que l'offre de SGPS était régulière. La CILE a ainsi manqué à son devoir de minutie. A cet égard, votre Conseil s'est exprimé comme suit :

> «Considérant que le devoir de minutie, qui ressortit aux principes généraux de bonne administration, oblige l'autorité à procéder à une recherche minutieuse des faits, à récolter les renseignements nécessaires à la prise de décision et à prendre en considération tous les éléments du dossier, afin qu'elle puisse prendre sa décision en pleine connaissance de cause et après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas d'espèce» (...) (C.E., SPRL CASTRONOVO, 21 avril 2009, 192.484).
>
> «Aucune décision administrative ne peut être régulièrement prise sans que son auteur ait, au préalable, procédé à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire sur laquelle il entend se prononcer. Ce principe, qui correspond à un devoir de prudence et de minutie, oblige dès lors l'autorité à effectuer une recherche minutieuse des faits, à récolter tous les renseignements nécessaires à la prise de décision et à prendre en considération tous les éléments du dossier, afin de pouvoir prendre la décision en pleine connaissance de cause, après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas d'espèce » (...) (C.E., FELLAH, 12 décembre 2012, 221.713).

[...] En l'espèce, la CILE a déclaré l'offre de SGPS régulière sans examiner concrètement la conformité technique du produit proposé par SGPS.
Si la CILE avait mené cet examen, elle aurait déclaré l'offre de SGPS irrégulière. Elle aurait alors pris uniquement en considération les offres d'AVK et EMMER SERVICE. Or, il ressort du rapport d'analyse des offres (...) que l'offre d'AVK était manifestement plus avantageuse économiquement que celle d'EMMER SERVICE au regard des critères d'attribution du lot 17.

[...] Ce devoir de minutie implique une erreur manifeste d'appréciation. Si la position d'AVK est confirmée, la CILE a en effet pris sa décision d'attribuer le lot 17 à SGPS sur base d'éléments techniques et factuels objectivement erronés. A cet égard, il est renvoyé au paragraphe [...] ci-dessus.

[...] Comme la jurisprudence ci-dessus le confirme, la violation du devoir de minutie et sa qualification d'erreur manifeste d'appréciation constituent une violation du principe général de bonne administration. A cet égard, il est renvoyé aux paragraphes [...] ci-dessus.

[...] Il découle de ce qui précède que la CILE ne pouvait pas attribuer le lot 17 à SGPS. De cette manière, la CILE a violé l'article 106 de l'AR Passation. A cet égard, il est renvoyé au paragraphe [...] ci-dessus.
Par conséquent, le deuxième moyen est sérieux.".

V. 2. 2. Thèse de la partie adverse

Pour la partie adverse, le second moyen n'est pas non plus sérieux. Elle fait valoir à ce sujet ce qui suit :

" [...] La requérante prétend tout d'abord que, pour la bouche incendie et plus particulièrement pour la soupape constituée (en partie) de polyuréthane, SGPS

aurait remis le certificat Hydrocheck 037/12, lequel correspondrait toutefois à un autre matériau que celui actuellement utilisé par SGPS.

En l'espèce, SGPS a fourni plusieurs certificats Hydrocheck ou équivalents pour la bouche incendie proposée dans le cadre du lot 17.

Par ailleurs, dans son courrier du 6 octobre 2015, SGPS précise que « tous les matériaux en contact avec de l'eau potable sont certifiés hydrocheck» (…).

Pour ce qui concerne le polyuréthane, sur base des certificats remis, des informations données par SGPS et du fait qu'une attestation pour ce produit (référence 037/12) figure sur la liste officielle des certificats Hydrocheck disponible sur le site www.belgaqua.be (…), la partie adverse a conclu, pour cet aspect, que le produit était conforme.

A cet égard, il convient de préciser que, pour conserver un certificat Hydrocheck, une redevance annuelle doit être versée par le détenteur du certificat à Belgaqua. Si, à suivre la requérante, SGPS n'utiliserait plus le polyuréthane faisant l'objet du certificat Hydrocheck portant la référence 037/12, il y aurait alors lieu de se demander pour quelle raison SGPS s'acquitterait annuellement d'une somme pour conserver la certification relative à un matériau qu'elle n'utiliserait plus.

Compte tenu de ce qui précède, la partie adverse a dès lors considéré que, pour les soupapes revêtues de polyuréthane, SGPS disposait bien d'un certificat Hydrocheck.

[...] S'agissant des O-ring [un O-ring est un joint en caoutchouc en forme d'anneau], le même raisonnement que celui développé pour les soupapes doit être appliqué.

En l'espèce, SGPS précise que ces éléments sont en EPDM ; matériau pour lequel SGPS remet un certificat Hydrocheck (référence 124/2).

Ainsi, sur base des certificats remis et des informations données par SGPS, la partie adverse a conclu, pour ce matériau, que le produit était conforme.

[...] En outre, il y a lieu de préciser que, de manière générale, il est impossible pour la partie adverse de systématiquement démonter intégralement chaque élément qui lui est proposé pour ensuite faire une analyse exhaustive de la conformité de chaque pièce par rapport aux prescriptions techniques imposées.

Partant, la partie adverse se fonde sur les documents de l'offre, les échantillons et l'analyse qui en découlent afin de vérifier la conformité technique des offres.

C'est lors de l'exécution du marché – et plus particulièrement dans la phase de réception – que la partie adverse vérifie et confirme l'adéquation entre les prescriptions techniques des documents du marché et le produit livré. Si ces prescriptions techniques ne sont pas respectées, la partie adverse refuse le produit livré et sollicite la livraison d'un produit conforme aux exigences techniques. A défaut, la partie adverse envisage de passer aux mesures d'office.

En ce qui concerne singulièrement les certificats Hydrocheck qui lui sont remis, la partie adverse n'est pas en mesure de démonter chaque élément proposé et d'analyser la composition de chaque pièce afin de vérifier si un type de matériau couvert par un certificat Hydrocheck n'a pas évolué dans sa composition organique.

Lorsqu'un soumissionnaire propose du matériel tel qu'une bouche incendie en garantissant que tous les matériaux en contact avec l'eau potable sont certifiés Hydrocheck, la partie adverse vérifie que pour chaque matériau utilisé et

susceptible d'entrer en contact avec l'eau potable, un certificat Hydrocheck ait été fourni. En l'espèce, SGPS a indiqué que les soupapes des bouches incendie seraient revêtues de polyuréthane et un certificat Hydrocheck est disponible sur le site internet www.belgaqua.be pour ce matériau. La partie adverse a dès lors pu raisonnablement considérer que les soupapes du matériel proposé étaient bien certifiées Hydrocheck.

La partie adverse n'a dès lors pas manqué à son devoir de minutie et n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

[...] Par conséquent, le deuxième moyen n'est pas sérieux.".

V. 2. 3. Débats à l'audience

La requérante met l'accent sur la différence manifeste qu'il y eu entre la sévérité de l'examen des certificats qu'elle a produit pour les lots 3 et 4 et celui des certificats qui ont été produits par S.G.P.S. pour le lot 17. Pourquoi vérifier de manière approfondie dans un cas et pas dans l'autre et ce, au mépris de l'égalité de traitement requise entre tous les soumissionnaires ?

Contrairement à ce que fait valoir la CILE, la vérification des documents requis pour le lot 17 n'était pas si difficile que cela à opérer. Il ressort à cet effet clairement des photos que la requérante reproduit dans sa requête que S.G.P.S. n'avait pas pour les soupapes, le certificat Hydrocheck requis, puisque le certificat 037/12 produit n'est pas le bon. A cet égard, la circonstance que la CILE paie toujours une redevance annuelle pour le certificat 037/12 importe peu, puisque ce certificat est utilisé dans les faits comme la preuve de certification d'un autre matériau d'une autre couleur que celui couvert par ledit certificat.

La CILE fait valoir qu'un simple doute sur la certification des soupapes et des O-ring n'est pas de nature, en soi, à justifier que l'offre de S.G.P.S. eût dû être déclarée irrégulière, sans plus. Il en va d'autant plus ainsi que ce doute ne sautait pas aux yeux, loin de là.

Elle observe, en outre, qu'il a bien été vérifié si les certificats produits par la S.G.P.S. pouvaient suffire, puisqu'elle a consulté le site de BELGAQUA et a pu constater qu'un seul polyéturane est utilisé par S.G.P.S., alors que cette société a produit le certificat 037/12. Point n'était donc besoin d'aller plus loin : c'est la couleur du produit utilisé qui a changé, pas le matériau lui-même.

La CILE reconnaît de même que la S.G.P.S. a par ailleurs été amenée à compléter expressément son offre sur d'autres aspects que le lot 17.

La requérante conteste formellement qu'une simple consultation du site de BELGAQUA ait pu suffire. C'est en effet le marquage qui figure sur la soupape qui permet de voir que le produit utilisé par S.G.P.S. n'est, à première vue, plus celui qui correspond au matériau couvert par le certificat 037/12.

V. 2. 4. Décision du Conseil d'Etat

Au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence et au regard des pièces produites par les parties, il peut également être considéré, *prima facie*, que les arguments, avancés par la requérante pour faire valoir que l'ensemble des éléments qui composent la bouche d'incendie commercialisée par S.G.P.S., notamment la soupape en polyuréthane (PU), ne sont pas couverts par un certificat Hydrocheck conformément aux exigences du cahier spécial des charges et des fiches techniques prFTA/20/01-D et FTA/00/01, et que S.G.P.S. semble bien utiliser son certificat Hydrocheck portant la référence 037/12 pour un autre produit que celui sur lequel porte ce certificat, peuvent être considérés comme sérieux.

La requérante peut, en conséquence, être *prima fa*cie, suivie lorsqu'elle affirme, sans être sérieusement contredite par la CILE tant dans les écrits de procédure qu'à l'audience, que cette dernière a déclaré l'offre de S.G.P.S. régulière sans respecter le devoir de minutie qui lui incombe et sans avoir examiner concrètement la conformité technique de la bouche d'incendie proposée par S.G.P.S..

En effet, l'affirmation de la CILE selon laquelle, d'une part, la S.G.P.S. a certifié que tous ses produits sont couverts par une certification Hydrocheck et a produit, pour la soupape de la bouche d'incendie, un certificat Hydrocheck référencé 037/12 et, d'autre part, une vérification sur le site de BELGAQUA a permis de constater qu'une attestation pour ce produit (référence 037/12) figure bien sur la liste officielle des produits portant la référence 037/12, ne permet pas de considérer que la CILE aurait dûment respecté en l'espèce son devoir de minutie lors de l'examen concret de la conformité technique de la bouche d'incendie proposée par S.G.P.S..

A cet égard, l'affirmation de la CILE que c'est lors de l'exécution du marché qu'il lui incombe de vérifier et de confirmer l'adéquation entre les prescriptions techniques des documents du marché et le produit livré, notamment en ce qui concerne les divers certificats Hydrocheck produits, ne manque pas d'étonner, au regard de l'égalité de traitement requise entre tous les soumissionnaires. Il en va d'autant plus ainsi si l'on s'en réfère à l'examen minutieux des certificats Hydrocheck auquel il a été procédé par la CILE dans le cadre de l'attribution des lots 3 et 4 du marché.

La requérante fait également valoir, *prima facie*, à juste titre que la vérification des documents requis pour le lot 17 n'était pas si difficile que cela à opérer et qu'il ressort à cet égard clairement des photos qu'elle produit à l'appui de sa requête que S.G.P.S. ne dispose pas du bon certificat Hydrocheck requis pour le matériau PU utilisé pour la soupape de ses bouches d'incendie. Or, si la S.G.P.S. a effectivement produit trois certificats Hydrocheck relatifs à ses bouches d'incendie, aucun d'entre eux ne concerne effectivement le matériau PU utilisé pour la soupape de ces bouches et une simple consultation d'initiative par la CILE du site de BELGAQUA, et ce, semble-t-il, sans demande d'explication complémentaire de S.G.P.S. à ce sujet, ne permet pas de considérer que la CILE aurait bien respecté le devoir de minutie qui lui incombe et ce, au mépris de l'égalité de traitement qu'il lui incombe d'assurer entre tous les soumissionnaires du marché.

Le second moyen de la requête est en conséquence, *prima facie*, sérieux en ce qu'il invoque une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la CILE, consécutive à des manquements commis par celle-ci au regard de son devoir de minutie.

VI. LEVEE DE CONFIDENTIALITE DES PIECES

La requérante demande à ce que les pièces portant les numéros 28, 29 et 30 des annexes à sa requête, contenant son offre, ainsi que la présentation des vannes à opercule et des photographies de vannes d'ancienne génération soient tenues pour confidentielles. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

La partie adverse demande à ce que les pièces portant les numéros 11, 13, 19, 23, 27, 29 et 30 du dossier administratif, contenant les offres des soumissionnaires, certains échanges de courriers et le procès-verbal de la réunion de négociation du 20 octobre 2015, soient tenues pour confidentielles. Il y a lieu de faire droit à cette demande. Il n'y a en conséquence pas lieu de faire droit à la demande de la requérante de lever, à ce stade de l'examen du recours, la confidentialité de l'offre de S.G.P.S., contenue dans la pièce 30 du dossier administratif. Une telle levée de confidentialité n'est esn effet pas nécessaire à la prononciation du présent arrêt.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision du Conseil d'administration de la Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux du 8 mars 2016 relative à l'attribution du marché public conjoint C.I.L.E./S.W.D.E. de fournitures de

robinetterie, appareils de protection et matériel de lutte contre l'incendie, en ce qu'elle attribue les lots 3 et 4 de ce marché à la société BAYARD et qu'elle attribue le lot 17 de ce marché à la société SAINT-GOBAIN PIPE SYSTEM.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 11, 13, 19, 23, 27, 29 et 30 du dossier administratif, ainsi que les annexes portant les numéros 28, 29 et 30 de la requête, sont tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 VIe chambre, le trois juin deux mille seize par :

M. Jacques JAUMOTTE, Président de chambre.,
Mme Katty LAUVAU, Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Katty LAUVAU. Jacques JAUMOTTE.