

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

A R R Ê T

n° 244.226 du 9 avril 2019

A. 227.637/VI-21.448

En cause : **la Société de droit néerlandais KURSTJENS BV,**

ayant élu domicile chez
M^e Konstantijn ROELANDT, avocat,
dorpsstraat 91
2221 Heist-op-den-Berg,

contre :

la Société wallonne des eaux,

ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et Nicolas CARIAT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 mars 2019, la Société de droit néerlandais KURSTJENS BV demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 1^{er} mars 2019 de la SWDE d'attribuer le lot C (secteur de production de Liège) du marché intitulé «traitement et évacuation des boues de la SWDE» et régi par le cahier spécial des charges n° SWDE/PROD/2018/Boues à l'association momentanée SEDE Benelux/ATOX de Les Isnes, ainsi que la décision implicite de ne pas attribuer ce lot à la requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 mars 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 avril 2019 à 14 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Konstantijn ROELANDT et Yassine LAGHMICHE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Nicolas CARIAT, *loco* M^e Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

La partie adverse expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension:

" [...]. Le marché public de services dont question a pour objet l'évacuation des boues produites par les stations de traitement des eaux de la Société wallonne des eaux (SWDE), à savoir le pompage de la boue, le stockage éventuel temporaire des boues dans un réservoir tampon mis ou à mettre à disposition, l'adjonction éventuelle de produits de conditionnement, l'épaississement éventuel, la déshydratation éventuelle, l'évacuation, la mise en stockage temporaire, et le recyclage conformément à la législation wallonne relative aux déchets. Il est divisé en quatre lots correspondant aux quatre secteurs de production, selon un découpage géographique:

- Lot A: secteur de production de Mons;
- Lot B: secteur de production de Charleroi;
- Lot C: secteur de production de Liège;
- Lot D: secteur de production de Namur.

Le présent litige concerne uniquement l'attribution du lot C.

[...]. L'entité adjudicatrice est la Société wallonne des eaux (SWDE), partie adverse.

[...]. Eu égard à la nature des activités de la partie adverse et de l'objet du marché, celui-ci est soumis au cadre légal et réglementaire des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Le présent marché (soumis en raison de sa valeur aux exigences de publicité européenne) a été attribué conformément à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, visée en particulier par:

- l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;

- le Titre 3 à l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

[...]. Sur la base d'une délégation exceptionnelle donnée par le conseil d'administration (valable du 5 juin 2018 au 7 septembre 2018), le comité de direction a, par une décision du 30 août 2018, validé (i) l'objet du marché, (ii) le mode de passation du marché et (iii) le cahier spécial des charges. En sa séance du 7 septembre 2018, le conseil d'administration a pris acte de la décision du comité de direction (Pièce n°1 du dossier administratif).

[...]. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 31 août 2018 (Pièce n°2 du dossier administratif) et au Journal officiel de l'Union européenne le 4 septembre 2018 (Pièce n°3 du dossier administratif).

Les opérateurs économiques étaient invités à introduire une demande de participation, sur la base du cahier spécial des charges rendu disponible par des moyens électroniques (Pièce n°4 du dossier administratif)

[...]. Concernant les exigences de sélection qualitative, le cahier spécial des charges exposait notamment ce qui suit (Pièce n°4 du dossier administratif, p. 7, la partie adverse souligne):

« 1.7 Clauses d'exclusion et sélection qualitative

Les candidats sont évalués sur la base de l'absence de clauses d'exclusion et du respect des critères de sélection repris ci-après.

Seules les candidats qui satisfont à l'absence des motifs d'exclusion et qui répondent aux critères de sélection sont invités à remettre une offre en vue participer à la comparaison des offres sur la base des critères d'attribution repris au présent cahier spécial des charges, dans la mesure où ces offres sont régulières.

Par le dépôt du document unique de marché européen (DUME), le candidat déclare officiellement sur l'honneur:

1. Qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion obligatoires ou facultatifs, qui doit ou peut entraîner son exclusion;
2. Qu'il répond aux critères de sélection qui ont été établis par la SWDE dans le présent marché.

La SWDE demandera, si nécessaire, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure. Le lauréat de la procédure de passation de marché sera automatiquement invité à soumettre l'ensemble des preuves avant la conclusion du marché.

À l'exception des motifs d'exclusion relatifs aux dettes fiscales et sociales, le candidat qui se trouve dans l'une des situations d'exclusion peut fournir des preuves qu'il a pris des mesures correctives afin de démontrer sa fiabilité. A cette fin, le candidat prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'il a clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'il a pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

(...)

Critères de sélection qualitative:

■ Capacité économique et financière

La firme qui se porte candidate doit fournir une déclaration sur l'honneur que le candidat a réalisé, au cours des trois derniers exercices (2015, 2016 et 2017), un chiffre d'affaires annuel moyen spécifique (relatif au traitement et à l'évacuation des boues) de minimum:

- 70.000 € pour le lot A
- 200.000 € pour le lot B
- 2.000.000 € pour le lot C
- 250.000 € pour le lot D

Si la candidature porte sur plusieurs lots, les chiffres susmentionnés sont additionnés en fonction des lots concernés (ex: participation pour les lots A et B = un chiffre d'affaires annuel moyen de 270.000 €; pour les lots A et D = un chiffre d'affaires annuel moyen de 320.000 € etc..).

La firme qui se porte candidate veillera à préciser dans son dossier de candidature pour quel(s) lot(s) du marché elle pose sa candidature.

En cas de candidature sous la forme d'une association de fait ou d'association momentanée, cette exigence minimum porte sur le chiffre d'affaires cumulé des membres de l'association.

■ Capacités techniques et professionnelles

La firme qui se porte candidate doit fournir 3 références minimum portant sur des marchés similaires exécutés durant les 3 dernières années (2015, 2016, 2017) avec mention du montant du marché et les coordonnées complètes du pouvoir adjudicateur (public ou privé).

Une des références au moins devra porter sur un marché de:

- 35.000 € si la candidature porte sur le lot A
- 100.000 € si la candidature porte sur le lot B
- 1.000.000 € si la candidature porte sur le lot C
- 125.000 € si la candidature porte sur le lot D

Si la candidature porte sur plusieurs lots, les chiffres susmentionnés sont additionnés en fonction des lots concernés (ex: participation pour les lots A et B = une référence de minimum 135.000 €; pour les lots A et D = une référence de minimum 160.000 €, etc..).

À titre indicatif, la firme qui se porte candidate doit fournir une présentation de l'entreprise ».

[...]. Des demandes de participation au marché ont été introduites, au plus tard le 8 octobre 2018 (Pièce n°5 du dossier administratif), par les opérateurs économiques suivants :

A. KURSTJENS DE HEDEL. (Pièce A.1 du dossier administratif confidentiel) (ci-après «KURSTJENS»);

B. LAMESCH DE BETTEMBOURG (Pièce B.1 du dossier administratif confidentiel) (ci-après «LAMESCH»);

C. l'association momentanée SEDE/ATOX DE LES ISNES (Pièce C.1 du dossier administratif confidentiel) (ci-après «SEDE/ATOX»).

[...]. Suite à l'examen des demandes de participation, la partie adverse a constaté que l'ensemble des opérateurs économiques ayant déposé une demande de participation satisfaisaient aux exigences relatives aux motifs d'exclusion, ainsi qu'aux exigences de sélection qualitative (Pièce n°6 du dossier administratif)

Le directeur de pôle (agissant conformément à une délégation du conseil d'administration) a adopté, le 12 octobre 2018, une décision de sélection de tous les candidats ayant déposé une demande de participation (Pièce n° 7 du dossier administratif).

Par un courriel du 15 octobre 2018, les candidats se sont vus informés de leur sélection et ont été invités à remettre une offre au plus tard le 26 novembre 2018 à 16 heures (Pièce n° 8 du dossier administratif). (...)

[...]. Concernant l'objet du marché et les exigences relatives à l'exécution, le cahier spécial des charges exposait notamment ce qui suit (Pièce n° 4 du dossier administratif):

• «1.5 Objet du marché

Le présent marché concerne l'évacuation des boues produites par les stations de traitement des eaux de la SWDE c'est-à-dire le pompage de la boue, le stockage éventuel temporaire des boues dans un réservoir tampon mis ou à mettre à disposition, l'adjonction éventuelle de produits de conditionnement, l'épaississement éventuel, la déshydratation éventuelle, l'évacuation, la mise en stockage temporaire, et le recyclage conformément à la législation wallonne relative aux déchets» (...).

• «1.5.4 Secteur de production de Liège (Lot C)

Le marché concerne l'évacuation des boues produites par les stations de traitement des eaux de la Vesdre et de la Gileppe ainsi que l'évacuation éventuelle des boues de plus petits centres de traitement cités ci-après: Chôdes, Andenne (Seilles), Robertville Botrange, Vielsalm Hourt et Vielsalm - Baraque Fraiture» (p. 6).

- «4.1.1.6 Prestations [relatives au lot C, poste C1]

«Il s'agit de traiter et d'évacuer des boues produites dans la station de traitement de la Vesdre et de les valoriser dans une filière de recyclage (dans ce cas, ces boues riches en alumine et fer présentent un intérêt pour la cimenterie). L'évacuation et la valorisation respectent la législation wallonne relative aux déchets» (...).

- «4.1.2.6 Prestations [relatives au lot C, poste C2]

«Il s'agit de traiter et d'évacuer des boues produites dans la station de traitement de la Gileppe et de les valoriser dans une filière de recyclage (dans ce cas, ces boues riches en alumine et fer présentent un intérêt pour la cimenterie). L'évacuation et la valorisation respectent la législation wallonne relative aux déchets» (...).

- «4.1.3 Prestations [relatives au lot C, poste C3]

«L'adjudicataire sera en charge de l'évacuation de la boue déshydratée et de les valoriser dans une filière de recyclage (dans ce cas, ces boues riches en alumine et fer présentent un intérêt pour la cimenterie). L'évacuation et la valorisation respectent la législation wallonne relative aux déchets» (...).

- «L'Adjudicataire est tenu de fournir, chaque trimestre, et ce dans le mois qui suit le trimestre concerné, une attestation du responsable de la société ayant recyclé la boue. Cette attestation reprend, pour le trimestre considéré, le tonnage de la boue réceptionnée et recyclée» (p. 51).

[...]. Concernant le contenu des offres et les critères d'évaluation des offres en vue de l'attribution, le cahier spécial des charges exposait notamment ce qui suit (Pièce n° 4 du dossier administratif):

- « 3.5 Forme, contenu et dépôt de l'offre (...)

L'offre doit être accompagnée des documents suivants, en langue française:

- l'inventaire récapitulatif (annexe 7);
- une note décrivant de façon claire et précise la technique utilisée pour l'évacuation des boues depuis le pompage hors des bassins jusque et y inclus le recyclage. Cette note est utilement accompagnée des schémas et plans;
- une note reprenant la nature du ou des produits utilisés pour épaissir et/ou déshydrater les boues;
- les fiches "Sécurité" des produits utilisés reprenant notamment les recommandations "R" et "S";
- une note décrivant la méthode de transport;
- une note décrivant la destination finale de la boue et de son recyclage;
- une note décrivant la traçabilité et le suivi environnemental de l'élimination des boues et des rejets des traitements in situ;
- les certificats de visite dûment signés par le(s) responsable(s) désigné(s) de la SWDE (annexe 6);
- tous les documents identifiés dans le présent CSC;
- les coordonnées complètes du/des sous-traitant(s) éventuel(s) avec mention de la part du marché qui sera exécuté par le(s) sous-traitant(s). Cette part est traduite en pourcentage du marché;

Le soumissionnaire joindra à son offre la preuve du (ou des) contrat(s) de sous-traitance conclu(s) pour le présent marché et s'engage à conserver le(s)-dit(s) sous-traitant(s) pour la durée maximale théorique du marché; (...) » (p. 14, la partie adverse soulignée).

- « 3.8 Critères d'attribution

Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer le marché, sur l'offre économiquement la plus avantageuse sur base des critères d'attribution suivants:

- le prix global (60 %);

- les moyens humains et matériel (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution de ce marché et méthode de planification du travail (30%);
- la valorisation des boues et la traçabilité de leur évacuation (10%).

Le soumissionnaire remet, en annexe de son offre, un document structuré permettant à la SWDE d'évaluer chacun des critères d'attribution.

A cette fin, chacun des critères d'attribution doit obligatoirement faire l'objet d'un paragraphe clairement défini dans le document de soumission.

Ce document doit mettre en évidence, notamment:

- l'expertise de l'adjudicataire dans ce domaine;
- les moyens d'encadrement du personnel, le personnel affecté au présent marché ainsi que la structure du service ou des équipes dédiées au présent marché;
- la capacité en matériel et en personnel en vue de répondre à la demande sans faire appel à la sous-traitance (+ pourcentage des travaux qui seraient sous-traités);
- les moyens mis en œuvre tant en interne que vis-à-vis de la sous-traitance pour garantir les délais imposés;
- le matériel prévu (et les secours en cas de panne);
- la voie de recyclage des boues pompées/traitées.

Tous les documents joints à l'offre font partie des documents contractuels en cas d'attribution du marché» (...).

[...]. Par un courriel du 6 novembre 2018, la partie adverse a communiqué aux candidats sélectionnés le report de la date ultime de dépôt des offres au 3 décembre 2018 (Pièce n° 9 du dossier administratif).

[...]. Les candidats sélectionnés suivants ont déposé une offre initiale pour le lot C au plus tard le 3 décembre 2018:

- KURSTJENS. (Pièce A.2 du dossier administratif confidentiel);
- LAMESCH (Pièce B.2 du dossier administratif confidentiel);
- SEDE/ATOX (Pièce C.2 du dossier administratif confidentiel).

[...]. Suite à l'ouverture et à l'examen des premières offres, la partie adverse a, le 21 décembre 2018, invité chaque soumissionnaire ayant déposé une offre pour le lot C à une réunion de négociation séparée, fixée le 17 janvier 2019 (Pièce n°11 du dossier administratif).

[...]. Suite aux réunions de négociation, le pouvoir adjudicateur a, par un courriel du 18 janvier 2019, invité les soumissionnaires à déposer une offre améliorée au plus tard le 25 janvier 2019 (Pièce n° 12 du dossier administratif).

[...]. Le 25 janvier 2019, date ultime fixée pour le dépôt des offres améliorées, les trois soumissionnaires ont remis une offre améliorée:

- KURSTJENS. (Pièce A.3 du dossier administratif confidentiel);
- LAMESCH (Pièce B.3 du dossier administratif confidentiel);
- SEDE/ATOX (Pièce C.3 du dossier administratif confidentiel);

[...]. Au terme de l'analyse des offres améliorées, le conseil d'administration a adopté, le 1er mars 2019, la décision d'attribution du présent marché (Pièce n° 13 du dossier administratif).

Sur la base du rapport d'attribution établi par ses services techniques (Annexe à la Pièce n° 13 du dossier administratif), lequel doit être considéré comme faisant partie intégrante de la décision d'attribution (qui s'y réfère), la partie adverse a attribué le lot C à l'association momentanée SEDE/ATOX, la requérante étant classée troisième.

Il ressort notamment de ladite décision d'attribution et du rapport d'attribution que:

- Le montant global du marché attribué (sur la base d'une prise en compte des quatre lots) est sensiblement inférieur (32 %) à l'estimation de la valeur du marché antérieure à son lancement.

Cette différence est explicable par le fait (i) que ladite estimation a été réalisée sur la base d'un prix de valorisation des boues de 118 EUR/tonne (tarif alors imposé par Géocycle à la partie requérante, en charge de l'exécution du marché de traitement des boues alors en cours) et (ii) que, dans le cadre de la procédure de passation, les soumissionnaires ont proposé des prix plus compétitifs et ont recherché de nouvelles pistes de valorisation des boues qui permettent de pratiquer des prix plus avantageux.

La vérification des prix offerts n'a pour autant révélé aucune suspicion de prix anormalement bas.

«Attendu que le montant global du marché s'élève à 13.488.327,94 € HTVA; Attendu que ce montant est inférieur de 32 % à l'estimation et s'explique par les éléments suivants:

1) Notre sous-traitant actuel a dû se tourner vers Geocycle pour la durée de prolongement du contrat et le prix proposé était de 118€/T. L'estimation du marché a été réalisée sur cette base.

2) Non seulement les soumissionnaires ont proposé des prix très compétitifs en vue de l'obtention du contrat mais ont également recherché de nouvelles pistes de valorisation des boues qui permettent de pratiquer des prix plus avantageux» (Pièce n° 13 du dossier administratif).

«Vérification des prix: (...)

Lot C Ecart entre l'offre la plus basse et la moyenne: -15,19 %

Explication: Cet écart se marque sur les postes relatifs à la valorisation des boues. Les sociétés Lamesch et Kurtjens proposent de travailler exclusivement ou en partie avec l'entreprise Geocycle pour la valorisation des boues qui pratique des prix plus importants.

Nous avons été confrontés à cette augmentation de coût lors du prolongement du contrat. L'usine CBR qui valorisait nos boues ne les a plus acceptées. Notre sous-traitant actuel a dû se tourner vers Geocycle pour la durée de prolongement du contrat et le prix proposé était de 118 €/T.

L'AM SEDE/ATOX propose 4 pistes de valorisation (sans Geocycle) ce qui permet de pratiquer des tarifs plus avantageux» (Annexe à la Pièce n° 13 du dossier administratif).

- Les entreprises ayant déposé une candidature ont été sélectionnées, dès lors que l'examen desdites candidatures a permis à la partie adverse d'établir qu'elles satisfaisaient aux exigences relatives aux motifs d'exclusion et à la sélection qualitative.
- Les trois offres améliorées relatives au lot C ont été déclarées régulières par la partie adverse.
- Les notes attribuées aux trois soumissionnaires pour le lot C, concernant le premier critère d'attribution («Prix»), sont les suivantes (Annexe à la Pièce n° 13 du dossier administratif, p. 6):

Firmes	Montants/an (€, hors T.V.A)	Montants/ 8 ans (€ hors T.V.A)	Critères prix (/60)
AM SEDE B – ATOX	1.453.900,00	11.631.200,00	60
LAMESCH	1.780.571,00	14.244.568,00	48,99
KURSTJENS	1.789.850,00	14.318.800,00	48,74

- Les notes attribuées aux trois soumissionnaires pour le lot C, concernant le deuxième critère d'attribution («Moyens humains et matériels (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution du marché et méthode de planification du travail»), sont les suivantes (Annexe à la Pièce n° 13 du dossier administratif, p. 8):

	/30
SEDE-ATOS	30
KURSTJENS	29
LAMESCH	30

Ces notes ont été motivées comme il suit par la partie adverse:

«Les trois soumissionnaires proposent du personnel qualifié, en suffisance et clairement identifié.

Les moyens mis en œuvre sont clairement identifiés par site ainsi que le matériel de réserve.

La planification des évacuations est également clairement détaillée pour chaque site.

La planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est très précise dans les offres des soumissionnaires SEDE-ATOX et Lamesch. Ils mettent également tous les deux à disposition du matériel de contrôle de la qualité des boues et des rejets engendrés.

L'offre de la firme Kurstjens est moins détaillée à ce sujet. Un point lui est dès lors retiré».

- Les notes attribuées aux trois soumissionnaires pour le troisième critère d'attribution («Valorisation des boues et traçabilité de leur évacuation») sont les suivantes (Annexe à la Pièce n°13 du dossier administratif, p. 9):

	/10
SEDE-ATOS	10
KURSTJENS	9
LAMESCH	10

Ces notes ont été motivées comme il suit par la partie adverse:

«La méthode de valorisation et de traçabilité est bien rodée chez les trois soumissionnaires.

Les soumissionnaires SEDE/ATOS et LAMESCH proposent plusieurs pistes de valorisation qui sont toutes garanties par un engagement écrit, assurant ainsi une sécurité pour la SWDE.

La société KURSTJENS ne propose qu'une seule piste de valorisation via Geocycle. Après négociations, 2 nouvelles pistes de valorisation ont été proposées, mais aucune garantie n'est actuellement assurée.

Un point est dès lors retiré à la société Kurstjens».

- Le classement final des BAFOs est en conséquence le suivant (Annexe à la Pièce n° 13 du dossier administratif, p. 10):

Lot C	Prix	Critère 1	Critère 2	Critère 3	Total (%)	Classement
SEDE-ATOX	11.631.200,00	60,00	30	10	100	1
LAMESCH	14.244.568,00	48,99	30	10	88,99	2
KURSTJENS	14.318.800,00	48,74	29	9	86,74	3

Il s'agit de l'acte attaqué.
[...]"

IV. Recevabilité

La requérante demande la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le lot C du marché en cause à l'association momentanée SEDE Benelux/ATOX ainsi que la décision implicite de ne pas lui attribuer ce lot.

La requête est recevable en son premier objet.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la

censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué. En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

V. Deuxième moyen

V. 1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un moyen, le deuxième, "de la violation des articles 81, 84 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 4, 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 41, 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux d'égalité et de non-discrimination, du principe de transparence, du principe de bonne administration, du principe du raisonnable, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir, [en] ce que, première branche, la partie adverse n'a pas correctement coté la requérante sur la base des critères d'attribution, [et que], seconde branche, la partie adverse n'a pas correctement procédé à la vérification des prix de SEDE/ATOX, et s'est contentée d'accepter la justification donnée, sans s'assurer qu'elle était pertinente et fondée, [a]lors que les dispositions et principes visés au moyen obligeaient la partie adverse à

- Apprécier correctement les critères d'attribution, ce qui impliquait d'accorder 2 points de plus à la requérante, en particulier en ce qui concerne les deuxième et troisième critères d'attribution (notamment en vertu des articles 81 et 153, 1°, de la loi du 17 juin 2016);
- Interroger SEDE/ATOX quant au caractère anormalement bas du prix proposé et surtout vérifier le caractère réaliste de pistes de valorisations des boues, puisque ce sont ces pistes de valorisation qui permettent une diminution drastique du prix proposé (notamment en vertu des articles 84 et 153, 3°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des articles 41, 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin

2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux) ;

- Écarter l'offre de SEDE/ATOX compte tenu du caractère anormalement bas des prix proposés et de la justification infondée donnée (art. 44, § 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux) ;
- En tout état de cause, motiver formellement la décision d'attribution sur les points qui précèdent (notamment en vertu de l'article 4, 8°, de la loi 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 des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs)".

Quant à la première branche, la requérante soutient que la partie adverse lui a "injustement et sans motivation valable" attribué un point de moins que ses deux concurrents sur les deuxième et troisième critères.

En ce qui le concerne le deuxième critère, elle relève que le motif retenu pour lui attribuer un point de moins consiste en ce que son offre serait moins détaillée, ce qu'elle conteste, affirmant que son offre est "précise et détaillée" et que rien ne permet de croire l'affirmation de la partie adverse. Elle souligne qu'elle travaille avec la partie adverse depuis plusieurs années et qu'elle connaît parfaitement les enjeux du marché, probablement mieux d'ailleurs que ses concurrents.

Elle fait également valoir qu'en l'absence de motivation adéquate, il n'est pas possible de déterminer si LAMESCH et SEDE/ATOX ne méritaient pas moins de points.

En ce qui concerne le troisième critère, la requérante estime que des remarques similaires peuvent être formulées. Elle soutient, d'une part, que la motivation figurant dans le rapport d'attribution est stéréotypée et manifestement insuffisante. Elle fait valoir par ailleurs que le rapport d'attribution comporte la contradiction: dans son appréciation du troisième critère, la partie adverse prétend que SEDE/ATOX et LAMESCH proposent plusieurs pistes de valorisation des boues, alors que, dans son examen des prix, le même rapport indique que seule SEDE/ATOX propose plusieurs pistes de valorisation et que LAMESCH n'en propose qu'une seule (à savoir Geocycle).

La requérante soutient que "le rapport d'attribution et les cotations y indiquées n'ont pas été préparés diligemment et contiennent des fautes, outre les tissus de généralités indiqués".

De la même manière qu'à propos du deuxième critère, elle expose qu'il n'est pas possible de déterminer si LAMESCH et SEDE/ATOX ne méritaient pas

moins de points.

En conclusion, sur les deux critères, elle soutient que la partie adverse a commis deux erreurs manifestes d'appréciation.

B. La note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité du moyen en ces termes:

" [...]. En termes de requête, la partie requérante avance ce qui suit afin de justifier d'un intérêt au deuxième moyen qu'elle soulève (...).

«(...) si le premier n'est pas déclaré sérieux et que seule LAMESCH doit être écartée, alors le second moyen est pertinent.

En effet, comme on le verra ci-dessous, le second moyen critique les cotations attribuées à la requérante et également le fait que l'offre de SEDE/ATOX n'ait pas été écartée, au regard de son prix anormalement bas.

Dans ce cas, il ne resterait que l'offre de la requérante qui soit valable».

[...]. La partie requérante (classée troisième pour l'attribution du lot C) reconnaît donc clairement et explicitement qu'elle possède un intérêt au deuxième moyen dont elle se prévaut (et qui critique la régularité de l'offre de SEDE/ATOX, classée première et attributaire du lot C) uniquement dans l'hypothèse où, en suite de l'examen du premier moyen, la société LAMESCH (classée deuxième pour l'attribution du lot C) serait considérée comme ne répondant pas aux exigences de sélection qualitative.

Ce n'est en effet que dans cette hypothèse où, selon les termes de la requérante, «il ne resterait que l'offre de la requérante qui soit valable» que la requérante serait susceptible de se voir attribuer le lot C si le second moyen dont elle se prévaut était accueilli comme sérieux.

[...]. Or, ainsi qu'il a été démontré dans le cadre de la réfutation du premier moyen, il est hors de doute que la société LAMESCH satisfaisait aux exigences de sélection qualitative fixées par le cahier spécial des charges (de sorte que la partie adverse a valablement sélectionné cette société et que la décision attaquée repose sur de justes motifs).

Compte tenu de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et de la jurisprudence constante de Votre Conseil relative à l'intérêt au moyen (en ce compris dans le cadre du contentieux relatif à des décisions d'attribution de marchés publics), il en découle nécessairement que la partie requérante n'a pas intérêt à son deuxième moyen.

En effet, même si ce second moyen était déclaré sérieux (*quod certe non in specie*), il ne serait pas de nature, eu égard au caractère non sérieux du premier moyen, à procurer une nouvelle chance à la partie requérante de se voir attribuer le marché et donc de justifier la suspension de l'acte attaqué.

[...]. Le deuxième moyen doit en conséquence être déclaré irrecevable.

Si néanmoins, par impossible, Votre Conseil considérait que le deuxième moyen avancé par la partie requérante est recevable, la partie adverse conteste également, à titre subsidiaire, la recevabilité de chacune des deux branches du deuxième moyen".

Sur la première branche, la partie adverse expose ce qui suit:

" (i) Irrecevabilité de la première branche du deuxième moyen

[...]. Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, les notes attribuées par la partie adverse aux offres améliorées des trois soumissionnaires pour le lot C, ainsi que le classement des offres améliorées établi sur cette base sont les suivants:

Lot C	Prix	Critère 1	Critère 2	Critère 3	Total (%)	Classement
SEDE-ATOX	11.631.200,00	60,00	30	10	100	1
LAMESCH	14.244.568,00	48,99	30	10	88,99	2
KURSTJENS	14.318.800,00	48,74	29	9	86,74	3

La partie requérante a donc été classée troisième pour l'attribution du lot C, avec une note globale (i) inférieure de 13,26 points par rapport à l'offre de l'association momentanée SEDE/ATOX et (ii) inférieure de 2,25 points par rapport à l'offre de la société LAMESCH.

[...]. En l'espèce, il convient donc de souligner que, même si les critiques de la partie requérante étaient jugées sérieuses (*quod certe non in specie*), l'éventuelle attribution d'une note maximale pour les critères 2 et 3 serait uniquement susceptible d'entraîner une hausse de 2 points de sa note globale (de sorte que la partie requérante demeurerait classée troisième).

[...]. Or, l'éventuelle démonstration du caractère inadéquat d'une note relative à un critère d'attribution (et/ou à sa motivation) n'implique pas *ipso facto* l'illégalité de la décision d'attribution critiquée. La partie qui se prévaut de cette illégalité est tenue de démontrer au surplus que l'illégalité de la note a eu une incidence sur les notes globales de nature à modifier le classement des offres établi par la décision d'attribution. En d'autres termes, la partie qui critique la note reçue concernant un ou plusieurs critère(s) d'attribution doit démontrer (i) l'illégalité de la note attribuée, mais aussi (ii) que l'attribution d'une note supérieure serait susceptible de modifier le classement des offres.

Or, même si Votre Conseil considérerait que la note attribuée à l'offre améliorée de la partie requérante concernant le critère d'attribution 2 et/ou le critère d'attribution 3 est *prima facie* irrégulière (*quod certe non in specie*), pareille attribution de 2 points supplémentaires à l'offre améliorée de la partie requérante ne serait pas susceptible par elle-même (en l'absence de critique véritable et sérieuse des notes attribuées aux offres améliorées des deux autres soumissionnaires) d'entraîner l'attribution du marché à la partie requérante, ni même de modifier le classement des offres.

[...]. Pour ces raisons, la première branche du deuxième moyen doit être déclarée irrecevable, étant inopérante et non susceptible de présenter le moindre intérêt pour la partie requérante.

[...]. Si néanmoins Votre Conseil considérerait que ladite branche est recevable, il lui incomberait à tout le moins de la déclarer non sérieuse pour les mêmes motifs (sans préjudice des éléments supplémentaires exposés ci-après).

(ii) Caractère non sérieux de la première branche du deuxième moyen

[...]. À titre liminaire, il convient de rappeler que le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation pour l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution énoncés dans les documents de marché.

Le Conseil d'État, qui procède uniquement à un contrôle de la légalité de cette décision, et pas à un contrôle d'opportunité, refuse légitimement de substituer son appréciation à celle de l'autorité.

Cette jurisprudence constante de Votre Conseil peut être illustrée par les arrêts suivants (la partie adverse souligne):

«Dans la procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un

pouvoir d'appréciation lorsqu'il choisit l'offre la plus intéressante au regard des critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges.

Le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation des offres à celle du pouvoir adjudicateur au regard des critères prévus.

Il ne peut censurer les éventuelles erreurs d'appréciation commises par le pouvoir adjudicateur que si celles-ci sont manifestes»

«que le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à celle de la partie adverse et refaire notamment l'analyse des offres à la place du pouvoir adjudicateur; que le juge administratif ne peut que censurer l'erreur manifeste d'appréciation et l'inexactitude des motifs»

«Il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'imposer au pouvoir adjudicateur une méthode de notation ni de se substituer à lui dans l'attribution des notes. Seule une erreur manifeste d'appréciation pourrait être censurée»

Il est également constant que le devoir de motivation de la décision d'attribution, imposé à la partie adverse en vertu de la loi du 17 juin 2013, n'est pas illimité et doit être entendu de manière raisonnable et proportionnée. Si la partie adverse, comme tout adjudicateur, est tenue à une motivation suffisante et adéquate permettant aux soumissionnaires de comprendre les motifs de fait et de droit qui ont fondé l'attribution des notes pour chaque critère, il ne lui incombe pas d'indiquer les «motifs de [ses] motifs».

[...]. La partie requérante critique les notes qui lui ont été attribuées par la partie adverse (ainsi que, à titre incident, la motivation relative aux notes attribuées aux trois soumissionnaires du lot C) concernant:

- le critère 2 («Moyens humains et matériels (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution du marché et méthode de planification du travail»), pondéré à 30 points de la note globale;
- le critère 3 («Valorisation des boues et traçabilité de leur évacuation»), pondéré à 10 points de la note globale.

Ces deux critères impliquent une évaluation de la qualité des offres des soumissionnaires (le critère 1, pondéré à 60 points de la note globale, portant sur le prix et impliquant l'octroi d'une note aux offres régulières sur la base d'une formule mathématique).

[...]. Le cahier spécial des charges exposait ce qui suit concernant l'évaluation des offres et les critères d'attribution (Pièce n°4 du dossier administratif, pp. 15-16):

«3.8 Critères d'attribution

Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer le marché, sur l'offre économiquement la plus avantageuse sur base des critères d'attribution suivants:

- ☐ le prix global (60 %);
- ☐ les moyens humains et matériel (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution de ce marché et méthode de planification du travail (30%);
- ☐ la valorisation des boues et la traçabilité de leur évacuation (10%).

Le soumissionnaire remet, en annexe de son offre, un document structuré permettant à la SWDE d'évaluer chacun des critères d'attribution.

A cette fin, chacun des critères d'attribution doit obligatoirement faire l'objet d'un paragraphe clairement défini dans le document de soumission.

Ce document doit mettre en évidence, notamment:

- l'expertise de l'adjudicataire dans ce domaine;
- les moyens d'encadrement du personnel, le personnel affecté au présent marché ainsi que la structure du service ou des équipes dédiées au présent marché;
- la capacité en matériel et en personnel en vue de répondre à la demande sans faire appel à la sous-traitance (+ pourcentage des travaux qui seraient sous-traités);
- les moyens mis en œuvre tant en interne que vis-à-vis de la sous-traitance pour garantir les délais imposés;
- le matériel prévu (et les secours en cas de panne);
- la voie de recyclage des boues pompées/traitées.

Tous les documents joints à l'offre font partie des documents contractuels en cas d'attribution du marché».

Il ressort donc du cahier spécial des charges que la partie adverse a fait le choix de fixer uniquement trois critères d'attribution, dont l'objet est défini de manière claire et simple.

La partie adverse a également fait le choix, eu égard à la parfaite maîtrise des services faisant l'objet du marché par les opérateurs économiques susceptibles de déposer une offre, de définir ses exigences et conditions d'exécution de manière claire et simple.

Cette relative simplicité des exigences de la partie adverse dans le cadre du présent marché est d'ailleurs démontrée par le caractère peu volumineux du cahier spécial des charges et des offres déposées par les trois soumissionnaires (en tant qu'entreprises spécialisées).

[...]. La partie adverse a procédé à l'analyse des offres améliorées sur la base des critères et des dispositions énoncés par le cahier spécial des charges.

[...]. Concernant le critère 3 («Valorisation des boues et traçabilité de leur évacuation»), le rapport d'attribution expose ce qui suit:

Cotation du critère 3 : la valorisation des boues et la traçabilité de leur évacuation (10%)

Pour coter ce critère, la SWDE a analysé

- l'identité de toutes les sociétés par lesquelles les boues transitent
- les adresses exactes des sites de traitement intermédiaires, ainsi que les types de traitement effectué sur les boues;
- tous les documents, certificats et autorisations dont ces sociétés disposent pour se justifier de leurs compétences.

Pour le lot C en particulier, la garantie que le sous-traitant est bien à même de traiter les quantités de boues annoncées fait également partie des éléments de cotation.

Concernant l'évaluation des offres améliorées pour ce critère, le rapport d'attribution expose ce qui suit:

Cotation du critère 3 : la valorisation des boues et la traçabilité de leur évacuation (10%)

La méthode de valorisation et de traçabilité est bien rodée chez les trois soumissionnaires.

Les soumissionnaires SEDE/ATOS et LAMESCH proposent plusieurs pistes de valorisation qui sont toutes garanties par un engagement écrit, assurant ainsi une sécurité pour la SWDE.

La société KURSTJENS ne propose qu'une seule piste de valorisation via Geocycle. Après négociations, 2 nouvelles pistes de valorisation ont été proposées mais aucune garantie n'est actuellement assurée.

Un point est des lors retiré à la société Kurstjens.

Cotations :

	/10
SEDE-ATOS	10
KURSTJENS	9
LAMESCH	10

Dans le cadre de son analyse des offres améliorées, la partie adverse a valablement pu constater que les trois soumissionnaires (des entreprises spécialisées) avaient déposé des offres très qualitatives répondant aux exigences du cahier spécial des charges, dès lors en particulier (i) que tous les soumissionnaires disposaient de l'engagement d'au moins un sous-traitant à traiter le tonnage de boues faisant l'objet du lot C et (ii) que tous les sous-traitants proposés pour le transport et le traitement des boues par chaque soumissionnaire étaient clairement identifiés, leurs compétences étant par ailleurs établies par tous les documents nécessaires.

Ainsi qu'il déjà été exposé ci-avant dans le cadre de la réfutation de la deuxième branche du deuxième moyen, la partie adverse a néanmoins également constaté

que, de manière incontestable, les offres améliorées de l'association momentanée SEDE/ATOX et de la société LAMESCH offraient des assurances supplémentaires par rapport à l'offre améliorée de la partie requérante.

Ainsi:

- La partie requérante (à savoir la société KURSTJENS) a joint à son offre améliorée un seul engagement, émis par un sous-traitant identifié, de prise en charge de la totalité des boues faisant l'objet du contrat en vue de leur valorisation.
 - La société LAMESCH disposait de l'engagement ferme de deux sous-traitants distincts à valoriser les boues faisant l'objet du contrat (le cumul des deux engagements couvrant un tonnage supérieur aux exigences du cahier des charges).
 - L'association momentanée SEDE/ATOX a, quant à elle, joint à son offre améliorée quatre engagements fermes de sous-traitants s'engageant à valoriser les boues faisant l'objet du marché (le cumul des quatre engagements couvrant un tonnage permettant de couvrir plusieurs fois les exigences du cahier des charges).
- La partie adverse a en conséquence décidé d'attribuer 1 point de moins à la partie requérante, en justifiant que son offre améliorée présentait une différence objective et incontestable avec les offres améliorées des deux autres soumissionnaires et offrait à la partie adverse moins de garanties et de sécurité que l'association momentanée SEDE/ATOX et la société LAMESCH (qui, pouvant compter de manière ferme sur plusieurs filières de valorisation des boues, s'exposent moins au risque d'une incapacité de traitement de la part du sous-traitant unique dans le cours de l'exécution du contrat).

La partie requérante ne peut prétendre que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, dès lors que la note qui lui a été attribuée a fait l'objet d'une motivation adéquate, exposant les raisons objectives pour lesquelles son offre était moins qualitative que celle des autres soumissionnaires sur ce point. En outre, la sanction appliquée est strictement limitée et proportionnée: la partie requérante a subi une décote minimale d'un point et s'est vu attribuer la note, très élevée, de 9/10 pour le critère 3.

La partie adverse ne peut donc prétendre que son offre, qui présentait sur ce point moins de garanties que les offres des deux autres soumissionnaires, aurait dû se voir attribuer la même note, maximale, de 10/10.

En toute hypothèse, même s'il était considéré que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et aurait dû attribuer la note de 10/10 à la partie requérante (*quod certe non in specie*), il reste que les deux autres offres, plus qualitatives sur ce point, ne pourraient en aucune hypothèse recevoir une note inférieure.

[...].. Concernant le critère 2 («Moyens humains et matériels (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution du marché et méthode de planification du travail», le rapport d'attribution expose ce qui suit:

Cotation du critère 2 : les moyens humains et matériel (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution de ce marché et méthode de planification du travail (30%), le rapport d'attribution expose ce qui suit :

a) les moyens humains et matériel (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution de ce marché

Pour coter ce critère, la SWDE a analysé:

- les moyens d'encadrement du personnel, le personnel affecté au présent marché ainsi que la structure du service ou des équipes dédiées au présent marché
- la capacité en matériel et en personnel en vue de répondre à la demande sans faire appel à la sous-traitance

b) les méthodes de planification du travail

Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :

- la description des planifications des évacuations des boues
- les moyens mis en oeuvre tant en Interne que vis-à-vis de la sous-traitance pour garantir les délais imposés.

Pour le lot C en particulier, la planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux fait également partie des éléments de cotation.

Concernant l'évaluation des offres améliorées pour ce critère, le rapport

d'attribution expose ce qui suit:

Cotation du critère 2 — 30%

Les trois soumissionnaires proposent du personnel qualifié, en suffisance et clairement identifié.

Les moyens mis en oeuvre sont clairement identifiés par site ainsi que le matériel de réserve.

La planification des évacuations est également clairement détaillée pour chaque site.

La planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est très précise dans les offres des soumissionnaires SEDE-ATOX et Lamesch. Ils mettent également tous les deux à disposition du matériel de contrôle de la qualité des boues et des rejets engendrés.

L'offre de la firme Kurstjens est moins détaillée à ce sujet. Un point lui est dès lors retiré.

Cotations :

	/30
SEDE-ATOS	30
KURSTJENS	29
LAMESCH	30

Dans le cadre de son analyse des offres améliorées, la partie adverse a valablement pu constater que les trois soumissionnaires (des entreprises spécialisées) avaient déposé des offres très qualitatives répondant aux exigences du cahier spécial des charges, concernant les moyens humains et matériels mobilisés et la planification des évacuations de boues.

La partie adverse a néanmoins également considéré qu'une différence de précision existait entre les offres concernant le point particulier du contrôle de la qualité des eaux de rejet et de la qualité des gâteaux (à savoir les boues transformées en blocs solides aux fins notamment de leur évacuation).

Ces aspects sont couverts par les soumissionnaires, dans leur offre, de la manière suivante:

- KURSTJENS. (Pièce A.2 du dossier administratif confidentiel, p. 27, point 7; Pièce A.3 du dossier administratif, p. 35, point 9.6);
- LAMESCH (Pièce B.2 du dossier administratif confidentiel, p.115);
- SEDE/ATOX (Pièce C.3 du dossier administratif confidentiel, pp. 17 et 18).

Ainsi qu'il ressort de la lecture comparative des offres soumises, si la partie requérante décrit effectivement de manière satisfaisante les opérations d'analyse et de mesure qu'elle s'engage à mettre en oeuvre (ce qui n'est pas contesté), elle ne présente pas le même niveau de précision que les offres des deux autres soumissionnaires concernant (i) la planification ou la fréquence des analyses promises et (ii) le matériel proposé en vue de procéder ou de faire procéder à ces analyses.

La partie adverse a en conséquence décidé d'attribuer la note maximale aux deux autres soumissionnaires et la note de 29/30 à la partie requérante pour le critère 2.

La partie requérante ne peut prétendre que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, dès lors que la note qui lui a été attribuée a fait l'objet d'une motivation adéquate, exposant les raisons objectives pour lesquelles son offre était moins qualitative que celle des autres soumissionnaires sur ce point. En outre, la sanction appliquée est strictement limitée et proportionnée: la partie requérante a subi une décote minimale d'un point et s'est vu attribuer la note, très élevée, de 29/30 pour le critère 2.

La partie adverse ne peut donc prétendre que son offre, étant sur ce point un peu moins précise que les offres des deux autres soumissionnaires, aurait dû se voir attribuer la même note, maximale, de 30/30.

En toute hypothèse, même s'il était considéré que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et aurait dû attribuer la note de 30/30 à la partie requérante (*quod certe non in specie*), il reste que les deux autres offres, plus qualitatives sur ce point, ne pourraient en aucune hypothèse recevoir une note

inférieure.

De manière décisive, il convient de noter que, même si la partie requérante se voyait attribuer la note maximale de 30/30 pour le critère 2, la partie requérante demeurerait dernière et l'association momentanée SEDE/ATOX demeurerait classée première et attributaire du lot C, à moins qu'une note inférieure à 18/20 lui soit attribuée pour le même critère C. Or, la partie requérante n'avance pas et aucun élément du dossier ne permet de conclure que la partie adverse aurait dû attribuer une note inférieure à 18/30 à l'association momentanée SEDE/ATOX concernant ce critère (ou qu'elle a commis une erreur manifeste d'appréciation en accordant à l'association momentanée SEDE/ATOX un note supérieure à 18/30 pour ce critère, les trois offres reçues devant être considérées comme très qualitatives).

Il en découle que les critiques de la requérante, même si elles étaient accueillies (*quod certe non in specie*), ne seraient pas de nature à modifier le classement des offres.

[...]. La première branche du deuxième moyen (si, par impossible, elle était déclarée recevable), n'est pas sérieuse".

C. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de la prescription 3.8, du cahier spécial des charges:

- " Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer le marché, sur l'offre économiquement la plus avantageuse sur base des critères d'attribution suivants :
- le prix global (60 %);
 - les moyens humains et matériel (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution de ce marché et méthode de planification du travail (30 %);
 - la valorisation des boues et la traçabilité de leur évacuation (10 %).

Le soumissionnaire remet, en annexe de son offre, un document structuré permettant à la SWDE d'évaluer chacun des critères d'attribution.

A cette fin, chacun des critères d'attribution doit obligatoirement faire l'objet d'un paragraphe clairement défini dans le document de soumission.

Ce document doit mettre en évidence, notamment :

- l'expertise de l'adjudicataire dans ce domaine;
- les moyens d'encadrement du personnel, le personnel affecté au présent marché ainsi que la structure du service ou des équipes dédiées au présent marché;
- la capacité en matériel et en personnel en vue de répondre à la demande sans faire appel à la sous-traitance (+ pourcentage des travaux qui seraient sous-traités);
- les moyens mis en oeuvre tant en interne que vis-à-vis de la sous-traitance pour garantir les délais imposés;
- le matériel prévu (et les secours en cas de panne);
- la voie de recyclage des boues pompées/traitées.

Tous les documents joints à l'offre font partie des documents contractuels en cas d'attribution du marché".

La motivation de la décision attaquée décrit comme suit la manière dont a été établie la cotation pour le critère n° 2:

- " a) les moyens humains et matériel (y compris de réserve) mis à disposition dans le cadre de l'exécution de ce marché
- Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :
- les moyens d'encadrement du personnel, le personnel affecté au présent marché ainsi que la structure du service ou des équipes dédiées au présent marché la capacité en matériel et en personnel en vue de répondre à la

- demande sans faire appel à la sous-traitance
- b) les méthodes de planification du travail
Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :
- la description des planifications des évacuations des boues
 - les moyens mis en oeuvre tant en interne que vis-à-vis de la sous-traitance pour garantir les délais imposés.
- Pour le lot C en particulier, la planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux fait également partie des éléments de cotation".

L'attribution, pour le critère précité, de la note de 30 à SEDE/ATOS et à LAMESCH et de la note 29 à la requérante est motivée comme suit:

- " Les trois soumissionnaires proposent du personnel qualifié, en suffisance et clairement identifié.
Les moyens mis en oeuvre sont clairement identifiés par site ainsi que le matériel de réserve.
La planification des évacuations est également clairement détaillée pour chaque site.
La planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est très précise dans les offres des soumissionnaires SEDE-ATOX et Lamesch. Ils mettent également tous les deux à disposition du matériel de contrôle de la qualité des boues et des rejets engendrés.
L'offre de la firme Kurstjens est moins détaillée à ce sujet. Un point lui est dès lors retiré".

Une telle motivation formelle se limite à indiquer que les trois soumissionnaires proposent du personnel qualifié "en suffisance", ce qui ne constitue pas une appréciation des mérites de chaque offre, que les moyens mis en œuvre sont "clairement identifiés" et que la planification des évacuations est "clairement détaillée" pour chaque site, ce qui constitue une qualité formelle de l'offre mais pas une qualité intrinsèque au regard du critère annoncé. S'il est indiqué que la différence de points attribués à la requérante et aux deux autres soumissionnaires s'explique par le fait que la planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est moins détaillée dans l'offre de cette dernière que dans celle de ses concurrentes, il n'en demeure pas moins que cette motivation, qui se limite, pour l'essentiel, à indiquer que les trois soumissionnaires répondent aux exigences formulées dans le critère concerné, est en défaut de faire apparaître une appréciation sur les éléments annoncés dans le cahier spécial des charges. Or, l'objectif d'un critère d'attribution n'est pas de déterminer si les soumissionnaires satisfont aux exigences qu'il énonce, mais d'identifier le soumissionnaire qui y répond le mieux. Il s'ensuit que la motivation de la décision attaquée sur le deuxième critère s'avère, *prima facie*, stéréotypée et qu'elle ne semble pas adéquate.

En ce qui concerne le critère n° 3, la cotation se fait, selon la décision attaquée, de la manière suivante:

- " Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :
- l'identité de toutes les sociétés par lesquelles les boues transitent

- les adresses exactes des sites de traitement intermédiaires, ainsi que les types de traitement effectué sur les boues;
- tous les documents, certificats et autorisations dont ces sociétés disposent pour se justifier de leurs compétences.

Pour le lot C en particulier, la garantie que le sous-traitant est bien à même de traiter les quantités de boues annoncées fait également partie des éléments de cotation".

L'attribution, pour le critère précité, de la note 10 à SEDE/ATOS et à LAMESCH et de la note 9 à la requérante est motivée comme suit:

" La méthode de valorisation et de traçabilité est bien rodée chez les trois soumissionnaires.
Les soumissionnaires SEDE/ATOS et LAMESCH proposent plusieurs pistes de valorisation qui sont toutes garanties par un engagement écrit, assurant ainsi une sécurité pour la SWDE.
La société KURSTJENS ne propose qu'une seule piste de valorisation via Geocycle. Après négociations, 2 nouvelles pistes de valorisation ont été proposées, mais aucune garantie n'est actuellement assurée.
Un point est dès lors retiré à la société Kurstjens".

La motivation relative au critère n° 3 ne comporte aucune appréciation relative aux éléments annoncés dans le cahier spécial des charges. Elle se limite en effet à indiquer que la méthode de valorisation est bien rodée chez les trois soumissionnaires, le principal point de différenciation ayant trait à la garantie des pistes de valorisation. Cette motivation paraît également devoir être considérée comme étant stéréotypée à l'égard du troisième critère.

La première branche du second moyen est sérieuse.

La requérante souligne que "vu l'absence de motivation adéquate, il n'est pas possible d'examiner si LAMESCH et SEDE/ATOX ne méritaient pas moins de points". La motivation formelle n'est pas seulement critiquée en ce qu'elle porte sur le point perdu par la requérante pour chacun des deuxième et troisième critères, mais également pour les points attribués aux autres soumissionnaires. Il s'ensuit que c'est à tort que la partie adverse soutient que la requérante n'aurait pas intérêt à la première branche. L'exception d'irrecevabilité soulevée à cet égard doit, au stade de la procédure en référé d'extrême urgence, être rejetée.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VII. Confidentialité

La partie adverse sollicite la confidentialité des pièces A.1, A.2., A3., B.1, B.2., B.3., ainsi que C.1., C.2. et C.3 de la partie du dossier administratif qu'elle qualifie de confidentielle. Ces pièces contiennent les demandes de participation, les offres et les offres améliorées des soumissionnaires.

La partie requérante sollicite la confidentialité des pièces 1 et 2 de la partie des annexes à la requête qu'elle qualifie de confidentielle. Ces annexes contiennent des extraits de son offre ainsi que ses annexes.

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du présent litige, il y a lieu – à ce stade de la procédure- d'en maintenir la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de la Société wallonne des eaux du 1^{er} mars 2019 attribuant à l'association momentanée SEDE Benelux/ATOX le lot C (secteur de production de Liège) du marché portant sur le traitement et l'évacuation des boues.

La demande de suspension est rejetée pour le surplus.

Article 2.

Les pièces A.1, A.2., A3. ; B.1, B.2., B.3., ainsi que C.1., C.2. et C.3 du dossier administratif ainsi que les pièces 1 et 2 de la partie des annexes à la requête qualifiées de confidentielles sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.