

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

A R R Ê T

n° 245.249 du 31 juillet 2019

A. 228.517/VI-21.523

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, en abrégé S.W.D.E.,
ayant élu domicile chez
M^e Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. **la Société anonyme SEDE BENELUX,**
2. **la Société anonyme ATOX,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Aurélien VANDEBURIE et
Charlotte HUART, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 juillet 2019, la société de droit néerlandais KURSTJENS BV demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 14 juin 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

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.

Par une ordonnance du 5 juillet 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 juillet 2019 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 24 juillet 2019, la société anonyme (S.A.) SEDE BENELUX et la S.A. ATOX demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

M. Jacques VANHAEVERBEEK, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Yassine LAGHMICHE, *loco* M^e Konstantijn ROELANDT, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Nicolas CARIAT, *loco* M^e Bruno LOMBAERT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaisant pour les parties intervenantes, 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

1. 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.

2. L'entité adjudicatrice est la société wallonne des eaux (SWDE), partie adverse.

3. 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;
- les articles 88 à 92 à l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

4. 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 l'objet du marché, le mode de passation du marché et 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.

5. L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 31 août 2018 et au Journal officiel de l'Union européenne le 4 septembre 2018.

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.

6. Concernant les exigences de sélection qualitative, le cahier spécial des charges exposait notamment ce qui suit :

" 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".

7. Des demandes de participation au marché ont été introduites, le 8 octobre 2018, par les opérateurs économiques suivants :

- A. KURSTJENS DE HEDEL (ci-après "KURSTJENS");
- B. LAMESCH DE BETTEMBOURG (ci-après "LAMESCH");
- C. l'association momentanée SEDE BENELUX/ATOX DE LES ISNES (ci-après "SEDE/ATOX").

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. Concernant l'objet du marché et les exigences relatives à l'exécution, le cahier spécial des charges exposait notamment ce qui suit :

" 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".

" 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".

12. 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 :

" 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; [...]"

" 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.

À 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".

13. 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.

14. Les candidats sélectionnés suivants ont déposé une offre initiale pour le lot C à la date du 3 décembre 2018 :

- KURSTJENS;
- LAMESCH;
- SEDE/ATOX.

15. À la suite de l'ouverture et de 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.

16. À la suite des réunions de négociation, la partie adverse a, par un courriel du 18 janvier 2019, invité les soumissionnaires à déposer une offre améliorée au plus tard le 25 janvier 2019.

17. Le 25 janvier 2019, date ultime fixée pour le dépôt des offres améliorées, les trois soumissionnaires, KURSTJENS, LAMESCH et SEDE/ATOX ont remis une offre améliorée.

18. Au terme de l'analyse des offres améliorées, le conseil d'administration de la partie adverse a adopté, le 1^{er} mars 2019, une première décision d'attribution du présent marché.

Sur la base du rapport d'attribution établi par ses services techniques, 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.

19. La première décision d'attribution ainsi que son annexe ont été notifiées aux soumissionnaires dans le respect des formes et conditions prévues par 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, par courriel et par courrier recommandé du 1^{er} mars 2019.

20. Le 14 mars 2019, la requérante a introduit devant le Conseil d'État, dans le délai de 15 jours qui lui était imparti, une requête en suspension d'extrême urgence de la première décision d'attribution du 1^{er} mars 2019 (dans la seule mesure où elle concerne l'attribution du lot C).

21. Un arrêt, n° 244.226 du 9 avril 2019, a ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

22. En suite de cet arrêt et afin de lui donner exécution et effet, la partie adverse a procédé au retrait de la première décision d'attribution du 1^{er} mars 2019, procédé à un nouvel examen du dossier administratif et adopté une deuxième décision d'attribution le 14 juin 2019.

23. Il ressort notamment de la deuxième décision d'attribution du 14 juin 2019 et du rapport d'attribution qui y est joint et qui en fait partie intégrante que :

- 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 :

Tableau de cotations

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 :

	A.M. Sede/Atox	Lamesch	Kurstjens
<i>cotations de départ (/30)</i>	30	30	30
<i>Moyens humains</i>	-1		-1
<i>Moyens matériels</i>			
<i>Planification</i>			-1
<i>(/30)</i>	29	30	28

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

"

Méthode de cotation des critères 2 et 3 :

Chaque offre démarre avec le maximum de points pour chaque critère.

Des points sont le cas échéant retranchés à chaque offre pour un critère considéré en fonction du nombre et de l'importance des moins-values, carences et limitations qui affectent cette offre concernant les éléments faisant l'objet du critère considéré au regard des exigences du cahier des charges.

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 la méthode de planification du travail (30%)

Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :

- les moyens humains, c'est-à-dire 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 ;
- les moyens matériels et de réserves : la capacité en matériel en vue de répondre à la demande, notamment en cas de panne ;
- la planification du travail

Moyens Humains :

La société Lamesch propose d'affecter à l'exécution du lot C :

- Un opérateur dédié par site (soit un pour la Vesdre et un pour Eupen) ;
- Plusieurs opérateurs de réserve ;
- Un coordinateur qui assure la supervision générale du dossier ;
- Un responsable opérationnel qui est en charge de la supervision de la collecte ;
- Un gestionnaire de flux qui assure la supervision des opérations de traitement.

L'association momentanée SEDE/ATOX propose d'affecter à l'exécution du lot C :

- Un opérateur dédié par site (soit un pour la Vesdre et un pour Eupen) ;
- Un opérateur de réserve capable de travailler sur les 2 sites ;
- Un responsable chantier qui gère le planning des opérateurs et assure les contacts avec la SWDE, ainsi que la gestion administrative.

La société Kurstjens propose d'affecter à l'exécution du lot C :

- Un opérateur dédié par site (soit un pour la Vesdre et un pour Eupen) ;
- Plusieurs opérateurs de réserve ;
- Un chef de projet qui assure les contacts avec la SWDE, ainsi que la gestion administrative.

LAMESCH propose d'affecter à l'exécution du marché un ensemble très complet et structuré de profils complémentaires (responsables de l'encadrement, opérateurs, personnel dédié à la gestion administrative), qui permet d'assurer un suivi transversal et continu de l'ensemble des aspects du marché, sans faire reposer l'exécution du marché et la charge du suivi sur un nombre restreint de personnes. Son offre est à cet égard pleinement satisfaisante pour l'entité adjudicatrice.

SEDE/ATOX et KURSTJENS proposent d'affecter au marché des moyens humains plus réduits, qui, tout en étant satisfaisants pour l'entité adjudicatrice, offrent moins de flexibilité et de garanties de continuité,

dès lors qu'elles font reposer la charge de l'exécution des prestations techniques et le suivi administratif, sur un nombre plus réduit de personnes.

Ces deux offres, bien que satisfaisantes pour l'entité adjudicatrice, se voient chacune retirer 1 point.

Moyens matériels (et de réserves):

LAMESCH propose d'affecter les moyens matériels suivants à l'exécution du lot C :

- Pour La Gileppe: 1 centrifugeuse + 1 générateur + 1 pompe (pompage boue vers conteneur)+ toilettes + unité de préparation du polymère. Filtre à sable. Bac de 1 m³ pour contrôler le filtrat. Annonce un taux de matière sèche de 14%. Pas d'homogénéisation de la boue.
- Pour Eupen: 1 centrifugeuse + 1 pompe (pompage boue vers conteneur) + conteneur avec mélangeur pour homogénéiser boue + toilettes + unité de préparation du polymère. Bac de 1 m³ pour contrôler le filtrat. Annonce un taux de matière sèche de 14%.
- Mise à disposition sur Stembert d'une benne semi-remorque de 30 m³, bâchable.
- Mise à disposition sur Eupen de trois bennes de semi-remorque de 30 m³, bâchable.
- Le matériel mis en place est adapté pour travailler dans des conditions hivernales.
- LAMESCH prévoit le matériel de réserve nécessaire dont une centrifugeuse.

L'association momentanée SEDE/ATOX propose d'affecter les moyens matériels suivants à l'exécution du lot C :

- Pour La Gileppe: 1 centrifugeuse + 1 générateur + 1 pompe (pompage boue vers conteneur)+ conteneur avec mélangeur pour homogénéiser les boues+ toilettes+ unité de préparation du polymère. Filtre à sable. Bac de 1 m³ pour contrôler le filtrat. S'engage à atteindre un taux de matière sèche de 15% (lié à la qualité/performance du matériel).
- Pour Eupen: 1 centrifugeuse + 1 pompe (pompage boue vers conteneur) + 1 conteneur avec mélangeur pour homogénéiser les boues + toilettes + unité de préparation du polymère. Du matériel d'épandage de sel est prévu. . Bac de 1 m³ pour contrôler le filtrat. Radeau amphibie pour le bassin 0. Pompe amphibie pour pompage maximum des boues dans le fond des bassins. S'engage à atteindre un taux de matière sèche de 15% (lié à la qualité/performance du matériel).
- Le matériel mis en place est adapté pour travailler dans des conditions hivernales.
- Mise à disposition sur Stembert d'une benne semi-remorque de 30 m³, bâchable.
- Mise à disposition sur Eupen de 2 bennes de semi-remorque de 30 m³, bâchable. Une benne sera tenue en réserve pour remplacer la benne chargée.
- Une pompe de réserve est prévue, au surplus du matériel nécessaire, dont une centrifugeuse.
- Une procédure existante de mobilisation de matériel en cas de panne est prévue.

KURSTJENS propose d'affecter les moyens matériels suivants à l'exécution du lot C :

- Pour La Gileppe: 1 centrifugeuse (30m³/h) + 1 générateur + 1 pompe (pompage boue vers conteneur)+ boue + toilettes+ unité de préparation du polymère. Filtre à sable. Bac de 1 m³ pour contrôler le filtrat. Taux teneur matière sèche annoncée 14%. Pas d'homogénéisation de la boue.
- Pour Eupen: 1 centrifugeuse, 1 pompe (pompage boue vers conteneur)+ toilettes +mixeur + unité de préparation du polymère + bac de 1 m³ pour contrôler le filtrat (si nécessaire). Annonce un taux de matière sèche de 13%.
- Mise à disposition de 5 remorques (pas d'autres précisions) sur Stembert et Eupen.
- Le matériel mis en place est adapté pour travailler dans des conditions hivernales.
- Dispose du matériel de réserve nécessaire dont une centrifugeuse.

Les trois offres sont pleinement détaillées concernant l'affectation des moyens par site et ne laissent subsister aucun doute quant à la parfaite adéquation des moyens mis en œuvre par chaque soumissionnaire au regard des exigences du cahier des charges.

Les trois offres ne présentent par ailleurs pas de différences significatives qui justifieraient l'attribution de notes différentes.

Les trois soumissionnaires ne se départagent dès lors pas sur ce point (voir tableau des cotations point B). Ils possèdent tous les trois le matériel nécessaire à la bonne exécution du marché.

Planification du travail :

Les 3 soumissionnaires prévoient que l'opérateur dédié à chaque site soit responsable du traitement des boues sur site.

Les offres diffèrent néanmoins concernant la planification des opérations de traitement.

L'association momentanée SEDE/ATOX :

Elle prévoit un responsable opérationnel chargé du respect des plannings : en charge du planning des opérateurs sur site et des contacts avec les transporteurs en charge de l'évacuation des boues vers leur centre de valorisation.

La planification des évacuations, des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est clairement détaillée pour chaque site.

LAMESCH :

Il prévoit (i) un responsable opérationnel chargé du respect des plannings : en charge du planning des opérateurs sur site et des contacts avec les transporteurs en charge de l'évacuation des boues vers leur centre de valorisation et (ii) un gestionnaire de flux qui responsable de vérifier la disponibilité des capacités de traitement sur les sites en charge de la valorisation.

La planification des évacuations, des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est clairement détaillée pour chaque site.

KURSTJENS :

~~Il prévoit que les opérateurs de terrain, qui sont déjà en charge du traitement des boues sur site, gèrent au surplus eux même leurs plannings et les contacts avec les transporteurs pour l'évacuation des boues.~~

La planification des évacuations, des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est prévue pour chaque site mais de manière moins détaillée que dans l'offre des 2 concurrents.

Les offres de l'association momentanée SEDE/ATOX et de LAMESCH sont pleinement satisfaisantes pour l'entité adjudicatrice au regard des exigences du présent marché et prévoient en particulier une planification parfaitement claire et détaillée des évacuations, des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux.

L'offre de KURSTJENS bien que satisfaisante pour l'entité adjudicatrice au regard des exigences du marché, est moins détaillée concernant ces aspects de planification.

KURSTJENS se voit retirer 1 point.

".

Les notes attribuées aux trois soumissionnaires pour le troisième critère d'attribution ("Valorisation des boues et traçabilité de leur évacuation") sont les suivantes :

	A.M. Sede/Atox	Lamesch	Kurstjens
<i>cotations de départ (/10)</i>	10	10	10
<i>Valorisation</i>			-2
<i>Traçabilité</i>	-1		-1
<i>(/10)</i>	9	10	7

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

"

Méthode de cotation des critères 2 et 3 :

Chaque offre démarre avec le maximum de points pour chaque critère.

Des points sont le cas échéant retranchés à chaque offre pour un critère considéré en fonction du nombre et de l'importance des moins-values, carences et limitations qui affectent cette offre concernant les éléments faisant l'objet du critère considéré au regard des exigences du cahier des charges.

<u>Cotation du critère 3 :</u> la valorisation des boues et la traçabilité de leur évacuation (10%)
--

Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :

- la/les méthode(s) de valorisation des boues proposée(s).
- la méthode et les garanties de traçabilité des boues (la SWDE entend connaître, et donc avoir l'information, du suivi de ses boues, en quantité et en qualité, tout au long du processus).

Valorisation des boues

Les trois soumissionnaires proposent chacun au moins une technique de valorisation totale des boues produites par la SWDE, c'est-à-dire sans déchets résiduels, et ce, dans des conditions respectueuses de l'environnement.

Les trois soumissionnaires ne se départagent dès lors pas sur ce point.

Par contre, ils diffèrent sur le nombre et les méthodes de valorisation des boues, ainsi que sur le nombre de sous-traitants s'étant engagés à traiter les boues faisant l'objet du présent marché

La SWDE est particulièrement attentive à ce dernier point étant donné que par le passé, elle a vécu une expérience négative liée au fait que l'opérateur économique actuellement en charge du marché n'a présenté qu'un seul sous-traitant pour l'exécution du marché. Lorsque ce sous-traitant unique a, en cours d'exécution du marché, cessé, pour des raisons qui lui sont propres, de valoriser les boues de la SWDE, celle-ci s'est vue contrainte de stocker des boues et a été contrainte d'accepter les prix plus élevés proposés par un autre opérateur pour effectuer ces opérations.

L'association momentanée SEDE/ATOX propose :

- de valoriser les boues sur 4 sites différents (4 sous-traitants) pour un traitement jusqu'à 43.000 tonnes par an. De plus, SEDE dispose de 2 sites de stockage capable de recevoir 2250T de boue par an.

Deux techniques différentes de valorisation sont prévues :

- la bioremédiation : technique qui consiste à dépolluer des sols contaminés grâce à l'action de micro-organismes contenus dans les boues. Une fois les sols décontaminés, ils peuvent être réutilisés comme matériau de construction de digue, recouvrement de décharges avant plantation,... Toute la matière est valorisée ;
- la transformation en matériaux réutilisables en construction. Toute la matière est valorisée.

Des accords formels ont été passés avec les 4 sous-traitants de l'A.M. SEDE/ATOX, assurant une sécurité dans l'écoulement et la valorisation des boues de la SWDE.

La société Lamesch propose :

- de traiter les boues sur 2 sites différents (2 sous-traitants), selon les deux procédés de valorisation suivants:
- - via une cimenterie: alimentation énergétique des fours dans la fabrication du clinker. Toute la matière est valorisée (utilisation comme source d'énergie et permet de ne produire aucun déchet puisque les résidus secs sont incorporés dans les clinkers).
 - via une unité d'incinération sur lit fluidisé qui permet de récupérer un maximum d'énergie mais dont le procédé ne permet pas de valoriser toute la matière.

Les volumes de traitement couverts vont jusqu'à 16.500 tonnes par an.

Des accords formels ont été passés avec ses 2 sous-traitants, assurant également une sécurité dans l'écoulement et la valorisation des boues de la SWDE.

La société Kurtjens propose :

- de traiter les boues sur un seul site à savoir, une cimenterie (la même que celle proposée par la société LAMESCH), pour alimenter énergiquement ses fours dans la fabrication de clinker. Toute la matière est valorisée (utilisation comme source d'énergie et permet de ne produire aucun déchet puisque les résidus secs sont incorporés dans les clinkers).

Les volumes de traitement couverts n'ont pas été mentionnés par la société Kurtjens dans son offre mais elle précise que la cimenterie peut sans problème accepter les quantités estimées annuelles du lot C de la SWDE.

La société Kurtjens a passé un accord écrit avec un seul sous-traitant (cimenterie). Elle propose deux autres pistes de valorisation mais sous réserves. Il n'y a pas d'accord formel.

Les offres de l'association momentanée SEDE/ATOX et de LAMESCH sont pleinement satisfaisantes pour l'entité adjudicatrice au regard des exigences du présent marché et offrent en particulier un niveau d'assurance très satisfaisant concernant la continuité du traitement des boues (plusieurs sous-traitants s'étant engagés pour des volumes totaux couvrant plusieurs fois les besoins du présent marché).

En revanche, même si l'offre de KURSTJENS est satisfaisante pour l'entité adjudicatrice (notamment en ce que KURSTJENS produit un engagement d'un sous-traitant à traiter les volumes de boues faisant l'objet du marché), KURSTJENS s'exposerait et exposerait la SWDE au risque d'une incapacité de traitement de la part du sous-traitant unique dans le cours de l'exécution du contrat.

KURSTJENS se voit retirer 1 point pour ce motif.

Par ailleurs, dans le cas où la société KURSTJENS ne pourrait pas assurer le traitement des boues, elle envisage de stocker les boues dans des bennes sur le site de la SWDE. Cette solution n'est pas envisageable pour l'adjudicateur.

KURSTJENS se voit également retirer 1 point pour ce motif.

Traçabilité des boues

L'association momentanée SEDE/ATOX propose :

- de fournir chaque mois un document reprenant les prestations réalisées et les informations nécessaires aux contrôles de ces dernières (m³ traités, document de transport, date des prestations, nom du collecteur, bons de pesées).
- un contrôle de la siccité des boues produites mais ne reprend pas cette information dans les documents à fournir à la SWDE.
- un contrôle des rejets avant rivière. Des contrôles journaliers sont réalisés sur site en complément des analyses officielles exigées dans le permis d'exploiter.

LAMESCH propose :

- de fournir chaque mois un document reprenant les prestations réalisées et les informations nécessaires aux contrôles de ces dernières (m³ traités, document de transport, date des prestations, nom du collecteur, bons de pesées).
- un contrôle de la siccité des boues produites et reprend cette information dans les documents à fournir à la SWDE.
- un contrôle des rejets avant rivière. Des contrôles journaliers sont réalisés sur site en complément des analyses officielles exigées dans le permis d'exploiter.

KURSTJENS propose :

- de fournir chaque mois un document reprenant les prestations réalisées et les informations nécessaires aux contrôles de ces dernières (m³ traités, document de transport, date des prestations, nom du collecteur, bons de pesées).
- un contrôle de la siccité des boues produites et reprend cette information dans les documents à fournir à la SWDE
- un contrôle des rejets avant rivière. L'entreprise se limite cependant à ne réaliser que les analyses exigées dans le permis d'exploiter et ne propose aucun contrôle complémentaire. Les

informations fournies par la société Kurstjens sur le suivi de la qualité des boues sont dès lors moins complètes que chez ses 2 concurrents.

L'offre de LAMESCH est pleinement satisfaisante pour l'entité adjudicatrice au regard des exigences du présent marché. Elle prévoit la tenue et la transmission d'informations très détaillées relatives à la traçabilité des boues.

Bien que satisfaisante pour l'entité adjudicatrice, l'offre de l'**association momentanée SEDE/ATOX** prévoit la transmission d'informations moins détaillées, en particulier dès lors qu'elle ne reprend pas l'information sur la siccité des boues dans les documents à fournir à la SWDE.
SEDE/ATOX se voit retirer 1 point pour ce motif.

Bien que satisfaisante pour l'entité adjudicatrice, l'offre de KURSTJENS prévoit la transmission d'informations moins détaillées, en particulier du fait de l'absence de contrôles complémentaires à ceux imposés par le permis d'exploiter.
KURSTJENS se voit retirer 1 point pour ce motif.

”.

Le classement final des BAFOs est en conséquence le suivant :

Lot C	Prix	Critère 1	Critère 2	Critère 3	Total (%)	Classement
A.M. SEDE-ATOX	11.631.200,00	60,00	29	9	98	1
LAMESCH	14.244.568,00	48,99	30	10	88,99	2
KURSTJENS	14.318.800,00	48,74	28	7	83,74	3

Le montant du lot attribué est sensiblement inférieur à l'estimation de la valeur du marché antérieure à son lancement.

Cette différence est explicable par le fait que ladite estimation a été réalisée sur la base d'un prix de valorisation des boues alors imposé par Géocycle à la partie requérante, en charge de l'exécution du marché de traitement des boues alors en cours et que ce prix n'était pas représentatif du tarif de marché actuel. L'extrait pertinent du rapport d'analyse des offres se lit comme suit :

”

Écart de l'offre proposée par rapport à l'estimation :

La SWDE a été confrontée à une importante augmentation des prix lors du prolongement du contrat et ces prix ont servi de base à l'estimation. Pour rappel, l'usine CBR qui valorisait les boues ne les a plus acceptées pour des raisons de changement de process interne et le prestataire actuel a dû se tourner en catastrophe vers une autre société de valorisation capable de prendre les boues immédiatement. Il apparaît maintenant qu'en prenant en compte cette augmentation, l'estimation a été largement surévaluée. Pour preuve, le prestataire actuel (KURSTJENS), remet un prix largement inférieur à cette estimation dans le cadre du présent marché, ce qui prouve le caractère aléatoire de l'estimation initiale.

”.

La vérification des prix offerts n'a par ailleurs révélé aucune suspicion de prix anormalement bas. L'extrait pertinent du rapport d'analyse des offres se lit comme suit :

"

Analyse des prix :

Calcul de la moyenne arithmétique des offres annuelles: 1.674.773,67 €

Ecart entre l'offre la plus basse et la moyenne arithmétique fournie à titre indicatif : - 220.873,67 €, soit - 13,18 %.

Par application de l'article 84 de la loi, l'entité adjudicatrice a procédé à la vérification des prix, conformément aux modalités fixées par le Roi.

À l'analyse, et après avoir interrogé l'association momentanée SEDE/ATOX, l'entité adjudicatrice ne décèle pas d'indices d'anormalité des prix pour les raisons suivantes :

- le prix global de l'offre de l'association momentanée SEDE/ATOX se démarque essentiellement des autres offres en raison des prix offerts concernant les postes relatifs à la valorisation des boues ;
- la SWDE a sollicité de l'association momentanée SEDE-ATOX qu'elle fournisse des informations et documents supplémentaires relatifs aux prix offerts par ses sous-traitants chargés de la valorisation des boues.

Il ressort de cet examen que les prix proposés à SEDE/ATOX par ses sous-traitants (dont les capacités et l'engagement à traiter les offres faisant l'objet du marché conformément aux exigences techniques du marché sont établies par l'offre au-delà de toute doute raisonnable) sont tout à fait cohérents avec les prix de l'association momentanée SEDE/ATOX dans le cadre de son offre améliorée.

Le prix inférieur proposé est justifié et explicable par les méthodes de valorisation des boues mises en oeuvre. L'association momentanée SEDE/ATOX propose, sur la base des engagements de ses sous-traitants, 2 méthodes de valorisation, à savoir « la transformation en matériaux réutilisables en construction » et « la bioremédiation », qui est une technique peu coûteuse par laquelle le produit à traiter est valorisé en une nouvelle matière première, synonyme également de gains pour le prestataire (eu égard à la possibilité de revente). Alors qu'en cimenterie (cette filière de valorisation étant proposée par les deux autres soumissionnaires, à titre exclusif ou non), la boue est utilisée comme simple source d'énergie et est détruite.

- Renseignements pris auprès de Vivaqua, société d'eau en Région de Bruxelles-Capitale, les prix dont elle bénéficie pour les prestations de traitement et d'évacuation des boues sont de +/- 50 €/T, ce qui est un prix proche du prix de l'offre de SEDE/ATOX.
- Il convient également de noter que la société KURSTJENS mentionnait, dans son offre améliorée après négociations, des pistes alternatives de valorisation des boues (susceptibles d'être mises en place après attribution, mais pour lesquelles la société KURSTJENS ne disposait pas à ce stade de l'engagement ferme des sous-traitants concernés), qui lui auraient permis de proposer des prix nettement inférieurs à ceux de son offre améliorée (et proches des prix unitaires proposés par l'association momentanée SEDE/ATOX dans son offre améliorée).

En conclusion, l'offre financière de SEDE-ATOX peut être considérée comme régulière et acceptable.

".

Il s'agit de l'acte attaqué.

24. La décision d'attribution ainsi que son annexe ont été notifiées aux soumissionnaires dans le respect des formes et conditions prévues par la loi du 17 juin 2013 précitée, par un courriel et par un courrier recommandé du 18 juin 2019.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 juillet 2019, la S.A. SEDE BENELUX et la S.A. ATOX, ayant formé une société momentanée dénommée SEDE-ATOX, demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaires du lot C du marché public litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient, quant au second objet de la demande, qu'en cas de suspension de l'exécution de la décision du 14 juin 2019 d'attribuer le lot C du marché de traitement et d'évacuation des boues de la SWDE à l'association momentanée SEDE Benelux/ATOX, elle ne serait en toute hypothèse pas tenue d'attribuer le marché à la requérante de sorte, qu'en cet objet, la demande de suspension est irrecevable.

V.2. Appréciation

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

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 lot C du 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.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 1.7 du cahier spécial des charges, de l'article 4, 5°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de service et de concessions, de l'article 147 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, du principe général d'égalité entre les soumissionnaires, du principe général de transparence, du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, du principe du raisonnable, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche à la partie adverse d'avoir, au stade de la sélection qualitative, sélectionné les opérateurs économiques LAMESCH et SEDE/ATOX, alors que les dispositions et principes visés au moyen exigeaient que seuls les opérateurs économiques répondant aux critères prévus au titre de la sélection qualitative peuvent déposer une offre. Elle relève, en outre, que les dispositions et principes visés au moyen exigeaient une motivation adéquate de l'acte attaqué, en ce compris la décision de sélection. Elle en déduit qu'en sélectionnant LAMESCH et SEDE/ATOX, en ne motivant pas sa décision et en attribuant le lot C à SEDE/ATOX, la partie adverse a violé les règles qu'elle s'était elle-même fixée, et par conséquent, les articles et principes visés au moyen.

Elle précise qu'en vertu de l'article 147, § 1^{er}, 1° et 2°, de la loi du 17 juin 2016 précitée, une entité adjudicatrice qui prévoit des critères de sélection qualitative doit sélectionner effectivement les candidats ou soumissionnaires en application de ces critères et, naturellement, exclure ceux des candidats ou soumissionnaires ne répondant pas à ces critères.

Elle relève que suivant les critères de sélection qualitative repris dans le cahier spécial des charges, il fallait, en ce qui concerne la capacité économique et financière, démontrer au cours des trois derniers exercices (2015, 2016 et 2017), un chiffre d'affaire annuel moyen spécifique relatif au traitement et à l'évacuation des boues de deux millions d'euros, qu'en ce qui concerne la capacité technique et professionnelle, il fallait fournir trois références minimum portant sur des marchés

similaires exécutés durant les trois dernières années (2015, 2016, 2017) et, surtout, qu'une référence (au moins) devait porter sur un marché d'au moins 1.000.000 d'euros, dans le domaine des boues d'aluminium (lot C-Liège).

Elle fait valoir, qu'en tant que spécialiste en travaux de dragage hydraulique, en séchage et déshydratation mécanique des boues et traitement extractif des sols pollués, elle a une connaissance approfondie du marché et de ses concurrents, en particulier pour les marchés récents de l'ordre du million d'euros, que durant les années 2015, 2016 et 2017, elle a travaillé avec la partie adverse et satisfait de ce fait aux conditions de la sélection qualitative et que tel n'est pas le cas des concurrents LAMESCH et SEDE/ATOX, ces concurrents ne disposant en particulier pas des trois références durant les trois dernières années (2015, 2016, 2017) et, surtout, d'une référence d'au moins un million d'euros, et encore moins, pour cette dernière, dans le domaine des boues d'aluminium (lot C-Liège).

Elle en déduit que LAMESCH et SEDE/ATOX ne répondent pas aux critères de sélection qualitative et que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en les sélectionnant.

Par ailleurs, sur le plan de la motivation, elle indique qu'elle ne peut se contenter de la clause de style qui figure dans le rapport d'attribution selon laquelle "les candidatures satisfont à l'absence de motifs d'exclusion et possèdent les capacités économiques, financière, techniques et professionnelles suffisantes", une telle clause ne permettant pas de contrôler que les critères de la sélection qualitative ont effectivement été examinés.

Elle estime, sur le fond, que la partie adverse n'a pas vérifié le respect des conditions fixées au titre de la sélection qualitative et que celle-ci aurait dû exclure LAMESCH et SEDE/ATOX, et, sur la forme, que l'acte attaqué ne comporte aucune motivation.

Elle soutient, qu'en l'espèce, la partie adverse a admis les candidatures de ses concurrents sans vérifier que ceux-ci satisfont aux conditions prévues pour la sélection qualitative et que ceci est d'autant plus critiquable qu'il n'y avait - pour le lot C - que trois dossiers de sélection à examiner.

Elle ajoute qu'on ne peut lui faire grief de critiquer la décision de sélection, prise (apparemment) le 12 octobre 2018.

Elle se réfère ensuite aux débats qui ont eu lieu à l'audience du 2 avril 2019, dans le cadre de la première procédure en extrême urgence sur la question des

références dans des "marchés similaires", mais relève que l'arrêt n° 244.226 du 9 avril 2019 ne s'est finalement pas prononcé sur cette question. Elle ajoute que l'acte attaqué, qui a pourtant été refait, est toujours muet sur la problématique de la sélection. Elle conclut que rien ne permettait à la partie adverse d'accepter les références des concurrents si celles-ci ne "collaient" pas parfaitement avec l'objet du marché litigieux qui, de plus, exigeait, pour ce qui concerne le lot C, des références concernant des boues d'aluminium.

Elle maintient dès lors que ses concurrents ne pouvaient pas être sélectionnés, soit parce que ses concurrents ne disposaient pas des références et en particulier de la référence à un million d'euros et en particulier d'aucune référence dans le secteur des boues d'aluminium, soit que les références qu'ils ont produites ne "collaient" pas parfaitement à l'objet du marché, ce qui est fondamental.

Elle estime, qu'en tout état de cause, rien ne permettait à la partie adverse d'interpréter les références similaires de manière "large", d'autant plus que l'acte attaqué ne comporte aucune motivation à cet égard.

Elle précise encore, pour ce qui concerne la référence à un million d'euros, que la partie adverse ne pouvait pas accepter un ensemble de références larges dont le montant total atteint le million d'euros, la référence devant être un marché unique.

VI.2. Appréciation

VI.2.1. Intérêt au moyen

L'acte attaqué ayant été refait, la requérante a intérêt au moyen, quand bien même un moyen similaire n'a pas été examiné par l'arrêt n° 244.226 du 9 avril 2019.

VI.2.2. Sélection des candidats

Il convient en premier lieu de rappeler qu'il revient au pouvoir adjudicateur d'évaluer la pertinence des références qui lui sont présentées au regard de l'objet du marché et, partant, au regard des caractéristiques annoncées du projet. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sous réserve de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation et sans préjudice du contrôle de la légalité de la décision attaquée au regard notamment du respect du principe de transparence et de l'obligation de motivation qui incombe au pouvoir adjudicateur.

Concernant les exigences de capacité économique et financière, le point 1.7 du cahier spécial des charges imposait aux candidats le dépôt d'une déclaration sur l'honneur certifiant que "le candidat a réalisé, au cours des trois derniers exercices (2015, 2016 et 2017), un chiffre d'affaire annuel moyen spécifique (relatif au traitement et à l'évacuation des boues) de minimum : [...] 2.000.000 € pour le lot C".

Concernant les exigences de capacité technique et professionnelle, le même point 1.7 du cahier spécial des charges imposait aux candidats de "fournir 3 références minimum portant sur des marchés similaires exécutés durant les 3 dernières années (2015, 2016 et 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 : [...] – 1.000.000 € si la candidature porte sur le lot C. [...]".

En l'espèce, la partie adverse a considéré que tous les candidats satisfaisaient à toutes les conditions énoncées par le cahier des charges.

La partie adverse a valablement pu constater, sur la base de sa déclaration et des références jointes à sa demande de participation, que la société LAMESCH satisfaisait tant aux exigences de capacité économique et financière qu'aux exigences de capacité technique et professionnelle, se prévalant d'un grand nombre de références relatives au traitement des boues, dont une référence portant sur un marché d'une valeur totale supérieure à un million d'euros pour les années 2015, 2016 et 2017. Elle a de même valablement pu constater, sur la base de sa déclaration et des références jointes à sa demande de participation, que l'association momentanée SEDE/ATOX satisfaisait tant aux exigences de capacité économique et financière (séparément et *a fortiori* conjointement) qu'aux exigences de capacité technique et professionnelle, se prévalant d'un grand nombre de références relatives au traitement des boues, dont trois références portant chacune sur un marché d'une valeur totale supérieure à un millions d'euros pour les années 2015, 2016 et 2017.

Il ressort, en outre, clairement des tableaux des entreprises concurrentes que SEDE/ATOX et LAMESCH présentaient, *prima facie*, les références requises pour répondre aux critères de capacité économique et financière, la "déshydratation" et la "valorisation agricole" visées dans ces déclarations pouvant être inclus dans le "traitement et évacuation des boues". Il en est de même en ce qui concerne les exigences de capacité technique, les chantiers présentés portant sur l'"incinération", la "co-incinération", la "biométhanisation", la "déshydratation", l'"élimination", le "recyclage comme matières de construction" et la "valorisation" pour SEDE, la "déshydratation de boues" pour ATOX et la "déshydratation" pour LAMESCH,

pouvant être considérés comme similaires au présent marché relatif au traitement et à l'évacuation des boues.

La requérante soutient, en outre, que les exigences du cahier spécial des charges relatives à la capacité technique et professionnelle imposent que chaque opérateur économique désireux de participer à l'attribution du lot C, est tenu de démontrer ses capacités en fournissant trois références minimum portant sur des marchés similaires exécutés durant les trois dernières années (2015, 2016, 2017) et, surtout, qu'une référence (au moins) devait porter sur un marché d'au moins 1.000.000 d'euros, dans le domaine des boues d'aluminium. À cet égard, il ressort du point 1.17 du cahier spécial des charges précité, que la partie adverse a uniquement défini en tant qu'exigence de sélection relative à la capacité technique et professionnelle, la présentation de références relatives à des marchés similaires à celui faisant l'objet du marché et qu'aucune précision ou distinction n'a été ajoutée concernant la nature des boues à traiter.

Enfin, l'affirmation de la requérante selon laquelle la partie adverse ne pouvait pas accepter un ensemble de références larges dont le montant total atteint le million d'euros, la référence devant être un marché unique, ne trouve pas appui dans le dossier puisqu'en l'espèce, pour la capacité technique, SEDE a présenté deux références à plus de un million d'euros (depuis 2017) pour "incinération et co-incinération", ATOX a présenté une référence à plus de un million d'euros (en 2016 et 2017) pour "déshydratation de boues" et LAMESCH a présenté une référence à plus de un millions d'euros pour "un chantier de déshydratation" (en 2015, 2016, 2017).

VI.2.3. Motivation formelle

Une décision positive qui sélectionne, comme en l'espèce, tous les soumissionnaires peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui exclut un soumissionnaire ou refuse de le sélectionner. Compte tenu du caractère clair, non équivoque et exhaustif des informations présentées par les opérateurs économiques, la partie adverse a pu considérer que les trois candidatures pour le lot C "satisfont à l'absence de motifs d'exclusion et possèdent les capacités économiques, financière, technique et professionnelles suffisantes".

Il ressort de ce qui précède que le moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen 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.

Elle soutient, dans une première branche, que la partie adverse a attribué le marché en tenant compte de sous-critères d'attribution non annoncés et non pondérés et d'une méthodologie qui ne figurait ni dans le cahier spécial des charges ni dans les documents du marché et qu'elle a, de ce fait, modifié la nature des critères d'attribution.

Elle précise qu'en refaisant l'acte attaqué, elle a, dans le cadre de son appréciation des critères d'attribution, décomposé les deuxième ("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%)") et troisième ("la valorisation des boues et la traçabilité de leur évacuation") critères en sous-critères et a développé une méthodologie d'appréciation non annoncée.

Elle estime que la méthodologie dont fait état le rapport d'attribution, à savoir que "chaque offre démarre avec le maximum de points pour chaque critère" et que "des points sont le cas échéant retranchés à chaque offre pour un critère considéré en fonction du nombre et de l'importance des moins-values, carences et limitations qui affectent cette offre concernant les éléments faisant l'objet du critère considéré au regard des exigences du cahier des charges", n'a pas été annoncée dans le cahier spécial des charges, qu'au vu des circonstances, de ce changement d'attitude soudain, que rien ne permettait d'anticiper et que rien ne justifie, l'a lésée et que si la méthode de notation avait été annoncée, il ne fait aucun doute que les offres auraient été structurées d'une manière différente.

Elle répète que la partie adverse a décomposé les critères d'attribution en différents sous-critères, en commettant, qui plus est, de nombreuses erreurs matérielles qui lui sont défavorables. Elle relève, à cet égard, que le deuxième critère est décomposé au stade de l'appréciation en trois sous-critères à savoir, les moyens humains, les moyens matériels et de réserves et la planification du travail. Quant au troisième critère d'attribution, elle relève qu'il a également été décomposé au stade de l'appréciation en deux sous-critères distincts, à savoir la valorisation des boues et la traçabilité des boues.

Elle constate, qu'*in fine*, elle se voit attribuer moins de points dans le cadre de la réfection que dans le cadre de la première décision, certes retirée.

Elle soutient, dans une deuxième branche, que la partie adverse ne les a pas, elle et ses concurrents, correctement notés sur la base des critères d'attribution et qu'elle a commis de nombreuses erreurs.

Concernant le deuxième critère d'attribution, sous-critère "moyens humains", elle relève que son offre se voit retirer un point au motif qu'elle fait reposer la charge de l'exécution des prestations techniques et le suivi sur un nombre réduit de personnes. Elle soutient que cette affirmation est erronée, la partie adverse n'ayant pas correctement pris en compte le nombre de personnes auquel elle fera appel dans le cadre du projet. Elle estime que si les deux administrateurs, le coordinateur SSE (safety health environnement) et le collaborateur de projet, avaient été pris en compte, il ne fait nul doute qu'un point de plus lui aurait été octroyé et que rien ne permet non plus de comprendre la différence entre, d'une part, chez LAMESCHE un "gestionnaire de flux" et/ou un coordinateur et, d'autre part, le chef de projet chez elle. Au regard de ce qui précède, elle estime que non seulement la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation quant au nombre de personne qu'elle affecte au projet, mais que la motivation de l'acte attaqué est également trop vague que pour permettre une véritable comparaison effective de la qualité des moyens humains.

Concernant le sous-critère, aspect "moyens matériels et de réserve", elle soutient que la motivation qui figure dans le rapport d'attribution est manifestement également erronée et insuffisante. Elle estime, quant au matériel de réserve, qu'en ne comparant pas effectivement les offres et en prétextant que les offres des soumissionnaires ne se départagent pas, la partie adverse n'a pas respecté les dispositions visées au moyen.

Quant au sous-critère "planification du travail" pour lequel son offre se voit retirer un point au motif qu'elle serait moins détaillée, elle soutient que la motivation qui figure dans le rapport d'attribution est, une fois encore, manifestement

erronée et insuffisante. Elle soutient qu'il fallait noter, sous ce sous-critère, la qualité de la planification du travail et non le caractère détaillé de celle-ci. Elle estime que le caractère "détaillé" d'une offre ne peut pas constituer un (sous)-critère et que la volonté d'utiliser le caractère détaillé de l'offre comme sous-critère d'attribution se heurte au fait que, conformément à l'article 81, § 3, *in fine*, de la loi de 2016 selon lequel "les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur". Elle explique que rien ne permettait de savoir que plus les offres étaient détaillées, plus elles recevraient de points, qu'admettre la validité d'une telle appréciation reviendrait à accorder une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur et que, comme indiqué dans le cadre de la première branche, l'application d'une telle méthodologie non annoncée à l'avance n'est pas admissible au regard de la jurisprudence et des principes visés au moyen. Elle estime que si la partie adverse souhaitait que le caractère détaillé soit le (sous)-critère d'attribution, elle aurait dû l'annoncer à l'avance, ce qui aurait influencé la structuration des offres.

Quant au troisième critère d'attribution, sous critère "valorisation des boues", elle soutient, à propos de la critique émise à son sujet, selon laquelle elle n'avait pas mené à bien le précédant contrat avec le sous-traitant jusqu'au terme du marché, que les problèmes mis en avant par la partie adverse sont en réalité dus au fait qu'elle a tardé à lancer le nouvel appel d'offre, ce qui a permis à un sous-traitant de se retirer. Quant au fait que la partie adverse semble accorder un maximum de points à SEDE/ATOX, elle affirme que la technique de la bioremédiation est une technique inapplicable sur les terrains relatifs au lot C car ceux-ci sont pollués par des métaux, notamment de l'aluminium et des métaux lourds et que les micro-organismes peuvent décomposer les composants organiques, mais pas les métaux. Elle en déduit que la partie adverse n'a manifestement pas vérifié les affirmations qu'elle a reçues. À propos de l'offre de LAMESCHE elle soutient que l'option d'incinération n'en est pas une puisqu'elle "ne permet pas de valoriser toute la matière", de sorte qu'elle n'aperçoit pas pourquoi LAMESCHE ne se voit pas retirer un point à ce titre. Elle relève, quant à son offre, qu'elle perd un premier point car elle utilise Geocycle, alors que LAMESCHE, dans les mêmes circonstances, ne perd aucun point, ce qui viole manifestement le principe d'égalité et qu'elle perd, ensuite, un second point au motif qu'elle envisage de stoker des boues dans des bennes sur le site de la SWDE, alors qu'elle n'envisage pas de le faire.

En ce qui concerne le sous-critère "traçabilité des boues", elle soutient que la motivation qui figure dans le rapport d'attribution est, une fois encore, manifestement erronée et insuffisante, elle fait valoir qu'elle ne pouvait se voir retirer un point au motif de l'absence de contrôles complémentaires imposés par le permis d'exploiter et ceci, pour la simple et bonne raison qu'il est impossible de contrôler certains paramètres qu'elle cite sur base journalière, sans posséder un laboratoire sur le

terrain ce dont aucun soumissionnaire ne dispose. Elle estime que le fait de prévoir, dans un rapport d'attribution, que des contrôles journaliers impliquent plus de points n'est pas acceptable, que ceci aurait dû figurer dans le cahier spécial des charges et que, ce faisant, la partie adverse a développé une méthodologie et/ou des sous-critères non prévus et qui, s'ils avaient été prévus, auraient impliqué que les offres soient structurées autrement.

Elle conclut que le rapport d'attribution et les notes y indiquées n'ont pas été préparés avec diligence et contiennent trop de fautes.

Elle soutient, dans une troisième branche, que la partie adverse n'a pas correctement procédé à la vérification des prix de SEDE/ATOX, qu'elle s'est contentée d'accepter la justification donnée, sans s'assurer qu'elle était pertinente et fondée et qu'elle a, en tout état de cause, accepté des justifications manifestement non valables. Elle rappelle qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier les prix proposés par les soumissionnaires et qu'il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à la vérification des prix. Si elle ne conteste pas qu'en l'espèce il y a eu une vérification des prix, elle remet cependant en cause le caractère effectif, concret, raisonnable et correct de cette vérification. Elle met à cet égard en doute l'affirmation de la partie adverse qui prétend avoir interrogé les soumissionnaires quant à la structure de leur prix. Elle ajoute, sur le fond, que les explications données par la partie adverse ne sont pas admissibles et ne permettent pas de justifier raisonnablement les importantes différences de prix. Elle rappelle que des consortiums et des organismes publics néerlandais et belges travaillent depuis des années sur la problématique de la gestion et de la valorisation des boues d'aluminium, sans qu'il n'y ait, à ce stade, de solutions miracles, de sorte que la partie adverse a accepté des justifications manifestement erronées, sans faire la moindre recherche quant au caractère véridique des informations reçues.

VII.2. Appréciation

VII.2.1. Première branche

Pour rappel, la requérante soutient que la partie adverse a attribué le marché en tenant compte de sous-critères d'attribution non annoncés et non pondérés et d'une méthodologie qui ne figurait ni dans le cahier spécial des charges ni dans les documents du marché.

L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 précitée, (rendu applicable aux secteurs spéciaux par l'article 153 de la même loi) est ainsi rédigé :

" Art. 81. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

[...]

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :

[...]

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

§ 3. [...]

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

[...]".

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), a jugé ce qui suit dans un arrêt du 14 juillet 2016 (affaire C-6/15) concernant l'application de sous-critères qui n'auraient pas été préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires :

" 22 Conformément à la jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêts du 24 novembre 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a., C-331/04, EU:C:2005:718, point 22, ainsi que du 24 mai 2016, MT Højgaard et Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, point 37 et jurisprudence citée).

23 Ainsi, la Cour a jugé que l'objet et les critères d'attribution des marchés publics doivent être clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de ceux-ci (arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, EU:C:2012:284, point 56) et qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer, pour les critères d'attribution, des sous-critères qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires (arrêt du 21 juillet 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, non publié, EU:C:2011:512, point 31). De même, le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure (arrêt du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, point 43 et jurisprudence citée)".

En l'espèce, les deuxième et troisième critères sont décrits comme suit dans les documents du marché :

- " • 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%)".

La prémisse de l'analyse des offres concernant le deuxième critère est ainsi rédigée :

- " Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :
 - les moyens humains, c'est-à-dire 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;
 - les moyens matériels et de réserves : la capacité en matériel en vue de répondre à la demande, notamment en cas de panne;
 - la planification du travail".

Il ressort du dossier que l'analyse a été menée, pour chaque offre, successivement sur ces trois aspects, ce qui est conforme à l'annonce du critère.

La prémisse de l'analyse des offres concernant le troisième critère est ainsi rédigée :

- " Pour coter ce critère, la SWDE a analysé :
 - la/les méthode(s) de valorisation des boues proposée(s)
 - la méthode et les garanties de traçabilité des boues (la SWDE entend connaître, et donc avoir l'information, du suivi de ses boues, en quantité et qualité, tout au long du processus)".

Il ressort du dossier que l'analyse a été menée, pour chaque offre, successivement sur ces deux aspects, ce qui est conforme à l'annonce du critère.

En ce qui concerne les moyens humains (premier critère), la requérante fait spécialement grief à la partie adverse de n'avoir fait qu'une analyse quantitative et pas qualitative, en se contentant d'examiner les nombres de postes prévus dans les offres.

Elle se dit avoir été "surprise" et estime que "cette manière de faire [...] a eu une influence sur la manière dont les offres ont été structurées par la requérante, mais également par ses concurrents".

Le cahier spécial des charges imposait ce qui suit, au sujet du contenu des offres :

" 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 :

[...]

- 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 requérante a répondu à cette exigence par un tableau, puis une présentation des différents intervenants sur le projet :

- le chef de projet qui sera l'interlocuteur avec la partie adverse,
- un opérateur fixe pour chacun des deux sites.

L'offre de la requérante précise que KRUSTJENS dispose encore de onze opérateurs (de réserve) qui connaissent la situation, dont certains maîtrisent le français et d'autres l'allemand... Elle précise encore qu'un interlocuteur sera toujours joignable 7j/7 et 24h/24 en cas de problème ou de catastrophe.

La réponse de la requérante montre qu'elle a bien compris que l'enjeu est d'assurer la continuité et de pourvoir au remplacement des opérateurs en cas de maladie, de vacances ou de besoin temporaire.

L'analyse effectuée par la partie adverse correspond à une évaluation raisonnablement prévisible, puisqu'elle dénombre le personnel affecté au projet, dans différentes "catégories" selon leur poste, et tient compte du personnel de réserve.

Elle relève ainsi, pour la requérante :

" La société Kurstjens propose d'affecter à l'exécution du lot C :

- Un opérateur dédié par site (soit un pour la Vesdre et un pour Eupen);
- Plusieurs opérateurs de réserve;

- Un chef de projet qui assure les contacts avec la SWDE, ainsi que la gestion administrative".

À titre de comparaison, les appréciations portées sur les offres de LAMESCH et de SEDE/ATOX sont les suivantes :

- " La société Lamesch propose d'affecter à l'exécution du lot C :
 - Un opérateur dédié par site (soit un pour la Vesdre et un pour Eupen);
 - Plusieurs opérateurs de réserve;
 - Un coordinateur qui assure la supervision générale du dossier;
 - Un responsable opérationnel qui est en charge de la supervision de la collecte;
 - Un gestionnaire de flux qui assure la supervision des opérations de traitement".
- " L'association momentanée SEDE/ATOX propose d'affecter à l'exécution du lot C :
 - Un opérateur dédié par site (soit un pour la Vesdre et un pour Eupen);
 - Un opérateur de réserve capable de travailler sur les 2 sites;
 - Un responsable chantier qui gère le planning des opérateurs et assure les contacts avec la SWDE, ainsi que la gestion administrative".

Sur cet aspect, la partie adverse conclut :

- " LAMESCH propose d'affecter à l'exécution du marché un ensemble très complet et structuré de profils complémentaires (responsables de l'encadrement, opérateurs, personnel dédié à la gestion administrative), qui permet d'assurer un suivi transversal et continu de l'ensemble des aspects du marché, sans faire reposer l'exécution du marché et la charge du suivi sur un nombre restreint de personnes. Son offre est à cet égard pleinement satisfaisante pour l'entité adjudicatrice.

SEDE/ATOX et KURSTJENS proposent d'affecter au marché des moyens humains plus réduits, qui, tout en étant satisfaisants pour l'entité adjudicatrice, offrent moins de flexibilité et de garantie de continuité dès lors qu'elles font reposer la charge de l'exécution des prestations techniques et le suivi administratif sur un nombre plus réduit de personnes.

Ces deux offres, bien que satisfaisantes pour l'entité adjudicatrice, se voient chacune retirer 1 point".

Cette appréciation correspond à une mise en œuvre prévisible du critère d'attribution.

En ce qui concerne la pondération des sous-critères, la CJUE, après avoir précisé l'obligation d'annoncer les critères et leur pondération relative a, dans l'arrêt précité du 14 juillet 2016, jugé ce qui suit :

- " 26 Néanmoins, la Cour a admis qu'il est possible pour un pouvoir adjudicateur de déterminer, après l'expiration du délai de présentation des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères qui correspondent en substance aux critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, sous trois conditions, à savoir que cette détermination ex post, premièrement, ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, deuxièmement, ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus

lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation et, troisièmement, n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires (voir arrêt du 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C-252/10 P, non publié, EU:C:2011:512, point 33 et jurisprudence citée)".

En l'espèce, les différents aspects annoncés par la partie adverse n'étaient pas pondérés dans les documents du marché. Elle ne les a pas davantage pondérés dans son analyse des offres. Ce qui aurait été critiquable, c'eût été de les pondérer *a posteriori* d'une manière suspecte au regard des trois conditions posées par la Cour. La requérante ne démontre nullement que tel serait le cas.

Enfin, en ce qui concerne la méthode d'évaluation, les critiques de la requérante ne sont pas non plus sérieuses.

Il n'est pas contesté que la méthode d'évaluation n'était pas annoncée dans les documents du marché.

En l'espèce, l'analyse des offres a été réalisée suivant la méthode de notation suivante :

" Méthode de cotation des critères 2 et 3 :

Chaque offre démarre avec un maximum de points pour chaque critère.

Des points sont le cas échéant retranchés à chaque offre pour un critère considéré en fonction du nombre et de l'importance des moins-values, carences et limitations qui affectent cette offre concernant les éléments faisant l'objet du critère considéré au regard des exigences du cahier des charges".

Depuis la jurisprudence du Conseil d'État que cite la requérante au sujet de la méthode d'évaluation, l'arrêt du 14 juillet 2016 précité, a dit pour droit, ce qui suit :

" L'article 53, paragraphe 2, de la directive 2004/18/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, lu à la lumière du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle, doit être interprété en ce sens que, dans le cas d'un marché de services devant être attribué selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ce dernier n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires potentiels dans l'avis de marché ou le cahier des charges relatifs au marché en cause la méthode d'évaluation appliquée par le pouvoir adjudicateur afin d'évaluer et de classer concrètement les offres. En revanche, ladite méthode ne saurait avoir pour effet d'altérer les critères d'attribution et leur pondération relative".

En l'espèce, la requérante ne critique pas, en soi, la méthode d'évaluation. En substance elle fait reproche à la partie adverse de ne pas avoir annoncé la méthode d'évaluation des offres. Il ressort à cet égard de l'arrêt précité de la CJUE que cette

méthode ne doit pas être portée à la connaissance des soumissionnaires potentiels.

La requérante avance également que "si la méthode de cotation avait été annoncée, il ne fait nul doute que les offres auraient été structurées d'une manière différente", mais ne démontre nullement en quoi la méthode choisie aurait pu avoir une influence sur la façon de présenter son offre.

Surtout, elle ne prétend pas que la méthode d'évaluation aurait eu pour effet d'altérer les critères d'attribution et leur pondération relative.

Les griefs de la requérante, sur ce point, ne sont dès lors pas sérieux.

VII.2.2. Deuxième branche

La requérante reproche à la partie adverse de ne pas l'avoir correctement notée et d'avoir commis de nombreuses erreurs.

En l'espèce, la partie adverse part du constat que les offres sont très qualitatives (sur le fond et pas seulement sur la forme), mais cherche à les différencier au regard du critère et retranscrit un point quand il y a une faiblesse relative.

En ce qui concerne, le deuxième critère d'attribution, sous-critère "moyens humains", KURSTJENS et SEDE/ATOX ont chacun perdu un point. La requérante soutient, en substance que la partie adverse n'a pas tenu compte de tous les moyens annoncés dans son offre, entre autres des deux administrateurs, du coordinateur SSE (santé, sécurité, environnement) et du collaborateur de projet. La partie adverse indique qu'elle a identifié dans les offres "les membres du personnel amenés à intervenir de manière effective dans les tâches d'exécution faisant l'objet du marché". Cette analyse est conforme au critère d'attribution puisqu'il s'agit, selon le cahier spécial des charges d'évaluer les moyens humains "mis à disposition dans le cadre de l'exécution de ce marché". Dans cette perspective, il ne paraît pas que la partie adverse ait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne comptabilisant pas les administrateurs et le coordinateur SSE, dont les tâches ne sont nullement décrites dans l'offre, ni ne figurent dans le schéma. En revanche, *prima facie*, la partie adverse aurait pu comptabiliser le "collaborateur de projet", dont les tâches ne sont certes pas décrites littéralement, mais qui figure sur le schéma, de même qu'elle aurait pu comptabiliser les deux techniciens présentés dans l'offre de SEDE/ATOX de sorte que ces imprécisions ne sont pas de nature à modifier la manière dont ce critère a été noté.

En ce qui concerne le sous-critère, "moyens matériels et de réserve", aucun soumissionnaire ne perd de point. Après avoir énuméré le matériel dont dispose chaque soumissionnaire pour chaque site, et mis en exergue les points forts et les imprécisions (plutôt que des points faibles) de chacune, la partie adverse conclut :

" Les trois offres sont pleinement détaillées concernant l'affectation des moyens par site et ne laissent subsister aucun doute quant à la parfaite adéquation des moyens mis en œuvre par chaque soumissionnaire au regard des exigences du cahier des charges.

Les trois offres ne présentent par ailleurs pas de différences significatives qui justifieraient l'attribution de notes différentes.

Les trois soumissionnaires ne se départagent dès lors pas sur ce point (voir tableau des cotations point B). Ils possèdent tous les trois le matériel nécessaire à la bonne exécution du marché".

La requérante estime toutefois que la partie adverse n'a pas tenu compte de tous les moyens matériels annoncés dans son offre et que la motivation n'est pas adéquate. Il n'appartient cependant pas au Conseil d'État de se substituer à la partie adverse pour apprécier l'utilité des éléments prétendument omis dans l'offre de la requérante, tels que le fait que le groupe électrogène soit insonorisé ou le filtre à sable soit mobile. D'autre part, le fait que d'autres soumissionnaires auraient moins de matériel de réserve que la requérante ne justifierait de leur retirer un point ou plus que si ce matériel était pertinent pour l'exécution du marché, ce que la requérante ne démontre pas.

Quant au sous-critère "planification du travail", la requérante reproche essentiellement à la partie adverse de n'avoir apprécié que le caractère détaillé de la planification. Si, *prima facie*, le caractère détaillé d'une planification est, en soi, une qualité intrinsèque de la planification, lorsqu'elle n'est pas détaillée, il est assez difficile d'en apprécier les qualités intrinsèques. De plus, la partie adverse ne s'est pas limitée à apprécier la qualité formelle des planifications. Elle a apprécié, dans les autres offres, le fait que des personnes autres que les opérateurs soient spécialement dédiées à la planification et que cette tâche ne soit pas laissée aux opérateurs en charge de l'exécution des opérations.

En ce qui concerne la valorisation des boues, la partie adverse a constaté que tous les soumissionnaires proposent au moins une méthode de valorisation complète respectueuse de l'environnement et qu'ils ne se démarquent donc pas sur ce point. Elle a, en outre, attaché une importance particulière au nombre et à la diversité de filières de valorisation, ainsi qu'au nombre de sous-traitants :

" Par contre, ils diffèrent sur le nombre et les méthodes de valorisation des boues, ainsi que sur le nombre de sous-traitants s'étant engagés à traiter les boues faisant l'objet du présent marché".

La SWDE est particulièrement attentive à ce dernier point étant donné que par le passé, elle a vécu une expérience négative liée au fait que l'opérateur économique actuellement en charge du marché n'a qu'un seul sous-traitant pour l'exécution du marché. Lorsque ce sous-traitant unique a, en cours d'exécution du marché, cessé, pour des raisons qui lui sont propres, de valoriser les boues de la SWDE, de celle-ci s'est vue contrainte de stocker des boues et a été contrainte d'accepter les prix plus élevés proposés par un autre opérateur pour effectuer ces opérations".

En conséquence, la requérante s'est vu retirer deux points parce qu'elle ne propose qu'une filière de valorisation (une cimenterie) et un seul sous-traitant ferme, là où les autres soumissionnaires proposent deux ou quatre filières (avec des accords formels). Le grief que la requérante formule d'abord à l'égard de l'exécution du précédent marché est étranger à la présente cause. La partie adverse explique en outre que, face à des offres qui proposent toutes au moins une filière de valorisation totale, elle attache une importance particulière au nombre de filières de valorisation, pour ne pas être confrontée à l'avenir à un problème de "flux" ce qui ne paraît pas, *prima facie*, manifestement déraisonnable. Quant à la valorisation de l'offre de SEDE/ATOX pour un procédé de bioremédiation selon la requérante inapplicable au lot C, en raison de la présence d'aluminium, le Conseil d'Etat n'est en mesure d'apprécier si la partie adverse a commis une erreur manifeste en valorisant une filière de bioremédiation, que dans la mesure où on lui apporte pas des éléments convaincants. La requérante affirme, à cet égard, comme une "évidence" que la bioremédiation est impossible en l'espèce, mais ne l'établit pas. On peut notamment supposer - et les parties adverse et intervenante le confirment - que la teneur en métaux est variable d'un site à l'autre et qu'elle est déterminante pour savoir si la méthode est applicable ou non. La simple référence à un rapport néerlandais, qui comporte un encart selon lequel l'opérateur en question cherche des solutions de valorisation pour ses boues d'aluminium, ne permet pas d'emporter la moindre confirmation de ce que la requérante soutient. En ce qui concerne la critique portant sur la valorisation de l'incinération chez LAMESCH, alors que cette technique ne permet pas de valoriser toute la matière, la partie adverse a valorisé le fait que tous proposent au moins une filière de valorisation totale et apprécié que certains soumissionnaires, mais pas la requérante, proposent des filières supplémentaires. Concernant le fait que LAMESCH ne soit pas sanctionné alors qu'elle travaille, comme la requérante, avec Geocycle en raison du risque d'incapacité de traitement, la partie adverse a pu tenir compte du fait que Lamesch avait d'autres voies de valorisation, en cas d'incapacité de traitement chez Geocycle, alors que la requérante n'en propose pas avec un accord formel. Enfin, le fait que la requérante soit sanctionnée parce qu'elle envisagerait de stocker les boues sur place, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste en interprétant son offre en suggérant que les boues pourraient être stockées sur place en cas de "blocage" dans la filière de valorisation.

En ce qui concerne le sous-critère "traçabilité des boues", la requérante se voit retirer un point. Elle critique le principe même de valoriser les analyses journalières alors que ce n'était pas annoncé et que la plupart des paramètres ne peuvent être analysés qu'en laboratoire, les soumissionnaires ne disposant pas d'un tel laboratoire sur le terrain. La partie adverse répond que certains paramètres cités par la requérante ne peuvent être analysés qu'en laboratoire, mais que d'autres peuvent être analysés sur le terrain fût ce avec moins de fiabilité. Cet élément n'est *a priori* pas imprévisible, dans le cadre d'un critère relatif à la "traçabilité" des boues. En tout état de cause, la requérante ne démontre pas ce qu'elle affirme et le Conseil d'État est dans l'incapacité de constater une erreur manifeste d'appréciation.

En conclusion, la requérante ne parvient pas à établir que la partie adverse aurait commis des erreurs manifestes d'appréciation d'une telle importance que leur correction serait de nature à combler l'écart de plus de 14 points qui sépare son offre de celle de SEDE/ATOX, ni même l'écart de 5, 25 points qui sépare son offre de celle de LAMESCH.

VII.2.3. Troisième branche

La requérante soutient la partie adverse n'a pas correctement procédé à la vérification des prix de SEDE/ATOX, qu'elle s'est contentée d'accepter la justification donnée, sans s'assurer qu'elle était pertinente et fondée et qu'elle a, en tout état de cause, accepté des justifications manifestement non valables, concernant notamment la bioremédiation de boues d'aluminium. En l'espèce, la partie adverse a effectué la vérification des prix, conformément à l'article 43, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, en invitant le soumissionnaire à fournir des informations, en interrogeant Vivaqua et la SPGE sur le prix de valorisation de leurs boues et en comparant avec la "promesse" faite par la requérante dans son offre finale. A ce stade du contrôle (vérification, recherche d'indices d'anormalité), le pouvoir adjudicateur a un large pouvoir d'appréciation et le contrôle du Conseil d'Etat se limite à l'erreur manifeste d'appréciation. De cette vérification, elle a estimé qu'il n'y avait pas de prix apparemment anormal. Elle n'a dès lors pas dû procéder à l'examen des prix, conformément à l'article 44 du même arrêté royal. La motivation formelle est par ailleurs longue et précise. Il en ressort essentiellement que les prix de l'offre de SEDE/ATOX se démarquent à la baisse pour les postes de valorisation des boues. L'explication serait que SEDE/ATOX propose deux méthodes de valorisation, dont la bioremédiation, qui serait peu onéreuse. Comme déjà indiqué, la requérante ne démontre pas à suffisance que la bioremédiation n'était, en l'espèce, pas envisageable.

Il ressort de ce qui précède que le moyen n'est sérieux en aucune de ses branches.

VIII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Ayant obtenu gain de cause en la présente affaire, il y a lieu de faire droit à sa demande.

Par ailleurs, la partie intervenante sollicite également une indemnité de procédure de 700 euros. Toutefois, en vertu de l'article 30/1, §2, alinéa 4, *in fine*, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les "parties intervenantes ne peuvent être tenues au paiement ou bénéficier de cette indemnité" en telle sorte qu'il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande.

IX. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité l'extrait de son offre et de ses annexes. Ces pièces sont référencées comme étant les pièces n^{os} 1 et 2 des annexes à la requête.

La partie adverse sollicite la confidentialité des demandes de participations, des différentes offres des soumissionnaires ainsi que de certains échanges de courriers et d'une annexe relative au stockage de boues. Ces pièces sont référencées comme étant les pièces A.1, A.2, A.3, A.4, B.1, B.2, B3, C.1, C.1bis, C.2, C.3, C.4 et C.5 du dossier administratif confidentiel.

Les parties intervenantes sollicitent la confidentialité de leur demande de participation, de leurs différentes offres, de certaines analyses, d'échanges de courriers, d'une liste de références et d'un tableau comparatif. Ces pièces sont référencées comme étant les pièces n^{os} 1 à 13 des annexes à la requête en intervention.

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du présent litige, elles sont – à ce stade de la procédure – tenues pour confidentielles dans la mesure où leur confidentialité n'est pas levée par le présent arrêt.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la S.A. SEDE BENELUX et la S.A. ATOX est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée

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 pièces n°1 et 2 des annexes à la requête, les pièces A.1, A.2, A.3, A.4, B.1, B.2, B.3, C.1, C.1*bis*, C.2, C.3, C.4 et C.5 du dossier administratif confidentiel, ainsi que les pièces n°1 à 13 des annexes à la requête en intervention et des pièces sont –à ce stade de la procédure- tenues confidentielles.

Article 6.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse

Les parties intervenantes supportent les dépens, à savoir le droit de rôle de 300 euros, à concurrence de 150 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des
Vacations, siégeant en référé, le trente-et-un juillet deux mille dix-neuf par :

M.	Jacques VANHAEVERBEEK,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques VANHAEVERBEEK.