

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 250.271 du 30 mars 2021

A. 232.399/VI-21.933

En cause :

- 1. la société anonyme DUCHÊNE,**
 - 2. la société anonyme
ENTREPRISES GÉNÉRALES DE GRAEVE,**
 - 3. la société coopérative à responsabilité limitée
ATELIER D'ARCHITECTURE GENVAL,**
 - 4. la société par actions simplifiées de droit français
CHABANNE ARCHITECTE,**
 - 5. la société à responsabilité limitée
STOFFEL P. (BESP),**
 - 6. la société par actions simplifiées de droit français
CHABANNE INGÉNIERIE,**
 - 7. la société par actions simplifiées de droit français
CHABANNE ÉNERGÉTIQUE,**
 - 8. la société à responsabilité limitée
DETANG ENGINEERING,**
- formant ensemble le groupement **LOUVAIN-LA-NEUVE
DB nouvelle piscine,**
ayant toutes élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Nicolas CARIAT
et Julia SIMBA, avocats,
Central Plaza
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

la ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François JAMINET et
Delphine BOREUX, avocats,
rue Doumier 159
4430 Ans.

Parties requérantes en intervention :

- 1. la société anonyme ARTES TWT,**
- 2. la société anonyme ARTES DEPRET,**
- 3. la société anonyme ARTES ROEGIERS,**
- 4. la société privée à responsabilité limitée
BURO II & ARCHI+I,**

- 5. la société à responsabilité limitée de droit néerlandais
TON VENHOEVEN c.s. ARCHITECTEN B.V.,**
6. la société à responsabilité limitée SWECO BELGIUM,
**7. la société anonyme BUREAU D'ÉTUDES
SETESCO-INGÉNIEURS CONSEILS,**

Formant ensemble le groupement

SWIM TEAM BLOCRY 2.0,

ayant toutes élu domicile chez

M^{es} Valentine DE FRANQUEN, Gauthier ROLLAND
et Katrijn VERMEULEN, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 7 décembre 2020, la SA Duchêne, la SA Entreprises Générales De Graeve, la SCRL Atelier D'architecture Genval, la SAS de droit français Chabanne Architecte, la SRL Stoffel P. (BESP), la SAS de droit français Chabanne Ingenierie, la SAS de droit français Chabanne Energétique et la SRL Detang Engineering demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve du 24 septembre 2020 d'attribuer le marché public de travaux “portant sur la conception et la réalisation des travaux d'une nouvelle piscine à Louvain-la-Neuve” (n° ID1854) au groupement Swim Team Blocry 2.0 ».

Par une requête introduite le 13 janvier 2021, les mêmes requérantes demandent l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une requête introduite le 23 décembre 2020, la SA Artes TWT, la SA Artes Depret, la SA Artes Roegiers, la SPRL Buro II & Archi+1, la SRL de droit néerlandais Ton Venhoeven c.s. Architecten B.V., la SRL Sweco Belgium et la SA Bureau d'études Setesco-Ingénieurs Conseils demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

Par une ordonnance du 9 décembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 janvier 2021.

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

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

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

M^{es} Bruno Lombaert et Nicolas Cariat, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, M^{es} Jean-François Jaminet et Delphine Boreux, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Valentine De Francquen, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, 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. Faits

Les parties requérantes exposent comme suit les faits utiles à l'examen du recours :

« 1. Le marché public en cause a été passé par la Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, partie adverse.

2. La partie adverse a lancé une procédure d'attribution d'un marché public de travaux, soumis (en raison de sa valeur) aux exigences de la publicité européenne et ayant pour intitulé "la conception et la réalisation des travaux d'une nouvelle piscine à Louvain-la-Neuve" (n° ID1854).

3. L'objet de ce marché porte en substance sur la conception, la construction et l'équipement d'une nouvelle piscine de 50 mètres sur 25 à Louvain-la-Neuve, sur le site du Blocry.

Une importance fondamentale était donnée par les documents du marché aux performances environnementales et énergétiques du bâtiment à construire (consommations en énergie, en eau et en chlore), l'attributaire devant garantir les performances énergétiques du bâtiment qu'il aura conçu et construit.

Le cahier spécial des charges décrit l'objet du marché notamment comme il suit (Pièce 13, p. 16) :

"la construction, sur le site retenu à proximité du complexe sportif de Blocry, d'une nouvelle piscine affectée de manière importante à un enseignement scolaire et universitaire, dont le programme (tel que complété, précisé et le cas échéant, amendé par rapport à l'Annexe B du guide de sélection) est plus amplement expliqué en Annexe B.

Le projet de construction d'une nouvelle piscine s'inscrit dans le cadre du plan piscine 2014-2020 de la Région wallonne. En effet, la Ville d'Ottignies-

Louvain-la-Neuve a introduit une demande de subsides pour la construction d'une nouvelle piscine de 50 x 25 m.

L'adjudicataire, constitué en un "pôle conception" et un "pôle exécution" (voir Article 27.2) assurera la conception, la construction et l'équipement complet du complexe, en garantissant sa performance énergétique et fonctionnelle. Ainsi, après sa réception provisoire, la piscine sera mise à la disposition de l'ASBL Complexe sportif de Blocry qui en assurera l'exploitation et la gestion, mais l'Adjudicataire sera responsable des atteintes performanciennes (en énergies et en eau) via un suivi technique pendant la Période de garantie. Ce n'est qu'au terme de cette Période de garantie que l'Adjudicataire sera libéré de sa garantie contractuelle de performance".

4. Ledit marché a été attribué par la partie adverse sur la base d'une procédure concurrentielle avec négociation régie par :

- l'article 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après : la "Loi Marchés publics"); et par
- les articles 90 à 100 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après: l'"Arrêté royal Marchés publics").

5. Un avis de préinformation a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 27 février 2019 (...).

6. L'avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications le 11 juin 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne le 12 juin 2019 (...).

Le guide de sélection et ses annexes étaient rendus disponibles par des moyens électroniques (...).

Un premier avis rectificatif, annonçant que les réponses à certaines questions posées avaient été intégrées dans les documents du marché, a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 3 juillet 2019 (...).

Le deuxième avis rectificatif, publié au Journal officiel de l'Union européenne le 10 juillet 2019, avait un objet identique (...).

Un troisième avis rectificatif, publié au Journal officiel de l'Union européenne le 12 juillet 2019, a pour objet d'ajouter aux documents de marché (i) un formulaire questions-réponses, (ii) un addendum au guide de sélection et (iii) un erratum au guide de sélection modifiant l'annexe D (...).

Un quatrième avis rectificatif a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 22 juillet 2019. Cet avis ajoute aux documents du marché (i) un erratum au guide de sélection, (ii) une annexe à cet erratum et (iii) un nouveau formulaire questions-réponses (...).

Les cinquième et sixième avis rectificatifs, publiés respectivement le 13 août 2019 et le 19 août 2019 au Journal officiel de l'Union européenne, ont ajouté aux documents du marché de nouveaux formulaires de questions-réponses (...).

Après notamment avoir pris connaissance des réponses apportées par la partie adverse aux questions posées (...), les parties requérantes ont déposé, le 23 août 2019, [leur] demande de participation à la procédure de passation du marché litigieux (...).

7. Il ressort de l'acte attaqué que, par une délibération du collège communal de la partie adverse du 26 septembre 2019, les six opérateurs économiques suivants ayant soumis une demande de participation ont été sélectionnés et invités à déposer une offre (...):

- la SA Cœur de Ville;

- la groupement Vita la Neuve;
- le groupement conjoint non solidaire Franki – ASS Contraste – LD;
- le groupement ALTIPLAN Architectes – Swarts & Jansma architects – Groep Van Roey;
- le groupement non solidaire Louvain-la-Neuve DB nouvelle piscine (parties requérantes);
- Swim Team Blocry 2.0.

Les parties requérantes ont été informées de leur sélection par un courrier de la partie adverse du 17 octobre 2019 (...).

8. Le cahier spécial des charges a été rendu disponible pour les candidats sélectionnés également le 17 octobre 2019 (...). Celui-ci prévoyait notamment que le budget du marché était plafonné à 12.500.000 EUR HTVA (...).

Suite aux questions et remarques formulées par les soumissionnaires (...), le cahier spécial des charges a été modifié, après approbation du Conseil communal de la partie adverse en sa séance du 28 janvier 2020 (...).

À cette occasion, l'article 9.1 a été modifié (i) afin de relever à 13.600.000 EUR le budget global du marché et (ii) de préciser que les soumissionnaires étaient empêchés, sous peine d'irrégularité substantielle de leur offre, de proposer un prix supérieur à ce plafond.

L'ensemble des autres modifications apportées au cahier spécial des charges initial sont identifiées aux pages 1 et 2 du cahier spécial des charges modifié (...).

9. Comme les performances environnementales et énergétiques du bâtiment à construire étaient un objectif fondamental du marché, le cahier spécial des charges faisait obligation aux soumissionnaires d'inclure dans leur offre, au moyen du formulaire technique récapitulatif (A2) (...), leurs engagements relatifs au bâtiment à concevoir et à construire concernant :

- (i) la consommation en énergie dédiée à la production de chaleur;
- (ii) la consommation électrique;
- (iii) les émissions de gaz à effet de serre;
- (iv) le taux minimum de couverture des besoins énergétiques du bâtiment par des énergies renouvelables autoproduites;
- (v) la consommation en eau;
- (vi) la consommation en chlore.

Critère de performance annuel	valeur maximale obligatoire	Objectif du projet (engagement)
Energie dédiée à la production de chaleur (kWh PCI)	2250000 kWh PCI	
Consommation électrique (kWh)	3125000 kWh	
Niveau maximal d'émissions de GES (kg CO2)	N/A	
Taux minimum de couverture ENR	N/A	
Consommation d'eau (m3)	N/A	
Réduction de l'utilisation du chlore		
Critère de performance annuel	valeur maximale obligatoire	Objectif du projet (engagement)
Teneur en chlore combiné = Différence entre la teneur en chlore total et la teneur chlore libre	0,30 mg/l	

Concernant les engagements en matière de consommation d'énergie et de consommation d'eau, les soumissionnaires étaient tenus de remettre avec leur offre des "plans de mesure et de vérification" décrivant les "moyens techniques et humains qui seront déployés pour mesurer et vérifier l'atteinte des engagements contractuels".

L'annexe B.4 ("Programme performanciel") du cahier spécial des charges fixe les exigences du pouvoir adjudicateur relatives aux consommations d'énergie et d'eau (Chapitre 3). Sont ainsi établis, notamment (i) les principes de calcul des performances en énergie (électricité + autres énergies) et un seuil maximal de consommation autorisée, (ii) les principes de calcul d'émissions des gaz à effet de serre, (iii) les principes de calcul du taux de couverture ENR et (iv) les principes de calcul de la consommation d'eau (...).

Le cahier spécial des charges dispose expressément que les engagements relatifs aux performances énergétiques sont contractuellement liants pour l'attributaire lors de l'exécution du marché.

Conformément au point 26.7 du cahier spécial des charges, l'attributaire garantit la partie adverse de la satisfaction de ses engagements.

26.7 Garantie de performance énergétique

L'Adjudicataire garantit les engagements prévus dans son Offre (finale) en termes de :

- (i) Performance en matière de consommation d'énergie ;
- (ii) Performance en matière de consommation d'eau ;

- (iii) Exigences relatives à la réduction de l'utilisation du chlore;
- (iv) Exigences relatives à l'accessibilité pour tous les types de déficience;
- (v) Exigences relatives au développement de la pratique sportive.

L'Annexe B.4 « Partie 4 – Programme performanciel » précise les exigences minimales relatives à chacun de ces objectifs de performance. Chacun de ces objectifs est développé au travers d'une note spécifique dans l'Offre des Soumissionnaires, précisant les dispositions mises en œuvre et les engagements relatifs à chaque objectif.

Pendant une période de garantie de 2 ans prenant cours à la réception provisoire du bâtiment (période dite de "commissioning"), l'adjudicataire est responsable de mettre en œuvre le suivi technique et toutes les mesures nécessaires afin d'atteindre les performances énergétiques contractuelles.

Le défaut pour l'attributaire de remplir ses engagements relatifs aux performances énergétiques constitue dans son chef un manquement contractuel, susceptible de justifier la mise en œuvre de mesures correctives.

L'attributaire sera également tenu, en cas de non atteinte persistante des objectifs de performance en énergie et en eau, de réparer le préjudice subi par la partie adverse en lui remboursant les surcoûts engendrés pour elle par la sous-performance énergétique (c'est-à-dire, très concrètement, en lui remboursant pour une période de 15 ans les coûts en énergie et en eau correspondant au différentiel entre les consommations réelles et les consommations contractuellement garanties pou).

L'article 65.3 du cahier spécial de charges énonce à cet égard ce qui suit :

65.3 Non-atteinte persistante des Objectifs de Performance en Energie et en Eau

Dans le cas où, malgré le procès-verbal de carence établi par le Pouvoir adjudicateur, l'Adjudicataire

- (i) n'atteindrait pas les Objectifs de Performance en Energie et en Eau dans un délai de six (6) mois, malgré les travaux correctifs entrepris ; ou
- (ii) sans attendre l'expiration du délai susmentionné, s'abstiendrait de prendre des mesures permettant d'atteindre les Objectifs de Performance en Energie et en Eau dans ledit délai ;

le Pouvoir adjudicateur peut, à sa convenance, adopter une des mesures prévues à l'Article 67, aux frais, risques et périls de l'Adjudicataire.

Dans ce cas, l'Adjudicataire sera également tenu de réparer le préjudice subi par le Pouvoir adjudicateur par le paiement des indemnités suivantes :

(i) Pour l'Objectif de Performance en Energie :

Cette indemnité est égale au prix unitaire du kWh multiplié par la sous-performance constatée en kWh d'énergie finale annuelle multiplié par 15 ans.

Le prix unitaire du kWh est compris comme le total annuel facturé toutes parts fixes, abonnements, redevances, taxes, ... comprises, divisé par la quantité d'énergie en kWh d'énergie finale consommée dans l'année.

Les modalités de calcul de la sous-performance sont présentées à l'Annexe B.6 (Partie 6 « Cadre directif de la démarche de Mesure et Vérification ») ;

(ii) Pour l'Objectif de Performance en Eau :

Cette indemnité est égale au prix unitaire du m³ d'eau, multiplié par la sous-performance constatée en m³ d'eau annuelle multiplié par 15 ans.

Le prix unitaire du m³ d'eau est compris comme le total annuel facturé toutes parts fixes, abonnements, redevances, taxes, ... comprises, divisé par la quantité d'eau en m³ consommée dans l'année.

Les modalités de calcul de la sous-performance sont présentées à l'Annexe B.6 (Partie 6 « Cadre directif de la démarche de Mesure et Vérification »).

Le malus est versé par l'Adjudicataire au Pouvoir adjudicateur dans les trente (30) jours de l'approbation par le Pouvoir adjudicateur du constat de preuve de la non-atteinte des Objectifs de Performance en Energie et en Eau. À défaut de paiement du malus dans le délai susmentionné et après mise en demeure restée infructueuse pendant quinze (15) jours, le Pouvoir adjudicateur pourra prélever le montant du malus sur le cautionnement prévu à l'Article 62, sans préjudice de la possibilité d'en compenser le montant avec une facture ultérieure de l'Adjudicataire.

Le paiement de ce malus ne porte pas préjudice aux éventuelles pénalités et amendes de retard qui pourraient être dues par l'Adjudicataire conformément à l'Article 66.

Ce mécanisme d'indemnisation vaut sans préjudice de la possibilité pour la partie adverse d'appliquer des pénalités, des amendes pour retard et d'adopter des mesures d'office.

10. Le cahier spécial des charges modifié prévoyait quatre critères d'attribution :

- (i) Critère 1 : performance environnementale, pondéré à 350/1000;
- (ii) Critère 2 : performance fonctionnelle, pondéré à 300/1000;
- (iii) Critère 3 : aspects financiers, pondéré à 150/1000;
- (iv) Critère 4 : aspects architecturaux, pondéré à 200/1000.

Il est à souligner que le prix ne constituait pas un critère d'attribution du marché :

- (i) les soumissionnaires étaient tenus, sous peine d'irrégularité substantielle de leur offre, de remettre un prix inférieur à 13.600.000 EUR HTVA (...);
- (ii) le prix remis n'était pas autrement pris en compte pour l'évaluation des offres;
- (iii) certains coûts projetés pour l'utilisation et l'exploitation du bâtiment étaient néanmoins pris en compte : la "charge en personnel et les coûts d'exploitation étant pris en compte dans le cadre du sous-critère 2.1 ("Exploitation quotidienne et charge en personnel"); le "coût du suivi technique" fait l'objet du sous-critère 3.1; le "coût des fluides (énergie et eau) pour une durée de 20 ans" étant lui évalué dans le cadre du sous-critère 3.2.

11. Le premier critère d'attribution, relatif à la performance environnementale, était divisé en six sous-critères.

Les cinq premiers sous-critères évaluaient respectivement (i) la limitation de la consommation d'énergie, (ii) la limitation de la consommation d'eau, (iii) la limitation de la consommation de chlore, (iv) la limitation des émissions de gaz à effet de serre et (v) la production ENR.

Les extraits pertinents du cahier spécial des charges modifié se lisent comme il suit (...) :

Ce critère est décomposé en six (6) sous-critères :

24.2.1.1 Sous-critère 1.1 : Limitation de la consommation d'énergie (60 points)

Ce sous-critère évalue la consommation maximum d'énergie à laquelle s'engage le Soumissionnaire, telle que mentionnée dans le Formulaire Technique (voir cellules «Energie dédiée à la production de chaleur (kWh PCI) » et «Consommation électrique (kWh)»). Les modalités de calcul de la consommation en énergie sont mentionnées au paragraphe 3.1 de l'Annexe B.4 (partie 4 «Programme performanciel »).

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$60 * (\text{Consommation la plus basse de toutes les Offres} / \text{consommation de l'Offre évaluée})$$

24.2.1.2 Sous-critère 1.2 : Limitation de la consommation d'eau (60 points)

Ce sous-critère évalue la consommation maximum d'eau à laquelle s'engage le Soumissionnaire, telle que mentionnée dans le Formulaire Technique (voir cellule «Consommation d'eau (m3)»). Les modalités de calcul de la consommation d'eau sont mentionnées au paragraphe 3.4 de l'Annexe B.4 (partie 4 «Programme performanciel »).

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$60 * (\text{Consommation la plus basse de toutes les Offres} / \text{consommation de l'Offre évaluée})$$

24.2.1.3 Sous-critère 1.3 : Limitation de la consommation de chlore (60 points)

Ce sous-critère évalue la teneur maximum en chlore combiné dans l'eau à laquelle s'engage le Soumissionnaire, telle que mentionnée dans le Formulaire Technique (voir cellule «Teneur en chlore combiné = Différence entre la teneur en chlore total et la teneur chlore libre »).

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$60 * (-1/0,3 * \text{Taux de chlore combiné dans l'eau de l'Offre évaluée} + 1)$$

24.2.1.4 Sous-critère 1.4 : Limitation des émissions de gaz à effet de serre (60 points)

Ce sous-critère évalue les émissions maxima de gaz à effet de serre auxquelles s'engage le Soumissionnaire, telles que mentionnées dans le Formulaire Technique (voir cellule «Niveau maximal d'émissions de GES (kg CO2)»). Les modalités de calcul des émissions de GES sont mentionnées au paragraphe 3.2 de l'Annexe B.4 (partie 4 «Programme performanciel »).

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$60 * (\text{Emissions de GES les plus basses de toutes les Offres} / \text{émissions de GES de l'Offre évaluée})$$

24.2.1.5 Sous-critère 1.5 : Production ENR (50 points)

Ce sous-critère évalue le taux de couverture de la consommation d'énergie totale du bâtiment, toutes énergies confondues, par une production ENR, auquel s'engage le Soumissionnaire, tel que mentionné dans le Formulaire Technique (voir cellule «Taux minimum de couverture ENR»). Les modalités de calcul du taux de couverture sont mentionnées au paragraphe 3.3 de l'Annexe B.4 (partie 4 «Programme performanciel »).

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$50 * (\text{Taux de couverture de l'Offre évaluée} / \text{taux de couverture le plus élevé de toutes les Offres})$$

Le sixième sous-critère constitue la seule appréciation des offres concernant la plausibilité ou la crédibilité des engagements relatifs aux performances énergétiques pris par les soumissionnaires dans le cadre de leurs offres. Le cahier spécial des charges modifié décrit ce sous-critère de la manière suivante (...) :

24.2.1.6 Sous-critère 1.6 : Capacité à garantir la performance (60 points)

Ce sous-critère juge notamment de

- (i) La crédibilité de l'atteinte des objectifs de performance en énergie, en eau et en chlore au regard du plan de travaux proposés ;
- (ii) La qualité du dispositif de Mesure et Vérification et du suivi de performance.

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) La note de présentation détaillée des objectifs de performance (document A.2.2.1) et la note descriptive des dispositions mises en place pour la réduction de l'utilisation du chlore (document A.2.2.4) ;
- (ii) Les pièces graphiques techniques expliquant la démarche de conception du Projet (documents A.1.2) ;
- (iii) La note relative à la description des modalités de suivi de la performance énergétique (document C.1.2) et les exemples de Rapports de vérification (documents C.1.3)

12. Le cahier spécial des charges exposait ce qui suit concernant le deuxième critère d'attribution, relatif aux performances fonctionnelles (...) :

Ce critère est décomposé en trois (3) sous-critères :

24.2.2.1 Sous-critère 2.1 : Exploitation quotidienne et charge en personnel (120 points)

Ce sous-critère juge notamment, sous l'angle de leur impact en matière d'exploitation et de charge de personnel, de

- (i) La qualité des protocoles d'exploitation maintenance pour toutes les opérations courantes de conduite, exploitation et maintenance des installations ;
- (ii) La limitation des charges en personnel en ce qui concerne la facilité d'exploitation de la piscine (qui seront mises en balance avec les gains financiers dans le cas de l'exploitation de systèmes d'énergie renouvelable) ;
- (iii) La présentation des coûts estimatifs de charge d'exploitation quotidienne (qui seront mis en balance avec les gains financiers dans le cas de l'exploitation de systèmes d'énergie renouvelable).

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) Les protocoles d'exploitation maintenance pour toutes les opérations courantes de conduite, exploitation et maintenance des installations (document C.2.3) ;
- (ii) La note présentant les modalités d'exploitation quotidienne de la piscine et des dispositifs mis en œuvre pour simplifier cette exploitation quotidienne (document C.2.4).

24.2.2.2 Sous-critère 2.2 : Apprentissage de la natation et pratique sportive (90 points)

Ce sous-critère juge notamment de la qualité des dispositions mises en œuvre pour répondre aux besoins du Pouvoir adjudicateur en termes de développement des activités sportives et de loisirs de la natation et des sports aquatiques à destination des usagers individuels, scolaires ou des associations sportives.

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans la note sur le développement des activités sportives et de loisirs de la natation et des sports aquatiques à destination des usagers individuels, scolaires ou des associations sportives (document A.2.2.3).

24.2.2.3 Sous-critère 2.3 : Exploitation technique (90 points)

Ce sous-critère juge notamment, sous l'angle purement technique, de

- (i) La qualité du plan de gros-entretien / renouvellement ;
- (ii) La limitation des opérations de gros-entretien/renouvellement (qui seront mis en balance avec les gains financiers dans le cas de l'exploitation de systèmes d'énergie renouvelable) ;
- (iii) La facilité des opérations de conduite et maintenance (qui seront mis en balance avec les gains financiers dans le cas de l'exploitation de systèmes d'énergie renouvelable) ;
- (iv) La limitation des consommables (qui seront mis en balance avec les gains financiers dans le cas de l'exploitation de systèmes d'énergie renouvelable).

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) Les pièces graphiques techniques expliquant la démarche de conception du Projet (documents A.1.2) ;
- (ii) La note décrivant les outils de gestion prévus pour l'exploitation-maintenance (document B.1.2) ;
- (iii) La liste des opérations de conduite et maintenance préventive à réaliser par installations techniques précisant la fréquence (document C.2.1) ;
- (iv) Le plan de gros-entretien/renouvellement (document C.2.2) ;
- (v) Les protocoles d'exploitation maintenance pour toutes les opérations courantes de conduite, exploitation et maintenance des installations (document C.2.3).

13. Le cahier spécial des charges exposait ce qui suit concernant le troisième critère d'attribution, relatif aux aspects financiers (...) :

24.2.3 Critère 3 : aspects financiers (150 points / 1000 points)

Ce critère est décomposé en deux (2) sous-critères :

24.2.3.1 Sous-critère 3.1 : Coût du suivi technique (50 points)

Ce sous-critère évalue le coût pour le suivi technique (qui inclut le suivi de la performance, notamment via la démarche de M&V) pendant la Période de garantie auquel s'engage le Soumissionnaire, tel que mentionné dans le Formulaire Technique (voir cellule SUIVI TECHNIQUE ET SUIVI DE LA PERFORMANCE).

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$50 * (\text{coût de l'Offre la plus basse} / \text{coût de l'Offre évaluée})$$

24.2.3.2 Sous-critère 3.2 : coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans (100 points)

Afin de calculer le coût des fluides sur vingt (20) ans, le Pouvoir adjudicateur appliquera la formule suivante, sur la base des consommations auxquelles s'engage le Soumissionnaire, tel que mentionné dans le Formulaire Technique (voir cellules « Energie dédiée à la production de chaleur (kWh PCI) » et « Consommation électrique (kWh) ») :

Coût des fluides sur 20 ans =

$$20 * \sum_i \text{Prix unitaire}_{\text{Energie } i} \times \text{Consommation d'énergie}_{\text{Energie } i}$$

Les modalités de calcul de la consommation en énergie sont mentionnées au paragraphe 3.1 de l'Annexe B.4 (partie 4 « Programme performanciel »).

Les prix unitaires utilisés par énergie sont les suivants :

- Prix unitaire électricité : 0,19 €TTC/kWh, inflation à considérer de 4% par an.
- Prix unitaire gaz : 0,05 €TTC/kWh PCI, inflation à considérer de 3% par an.
- Prix unitaire eau : 5,5 €TTC/m³, inflation à considérer de 7% par an.
- Prix unitaire biomasse pellets : 0,054 €TTC/kWh.
- Prix unitaire biomasse plaquette : 0,032 €TTC/kWh.

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$100 * (\text{coût de l'Offre la plus basse} / \text{coût de l'Offre évaluée})$$

14. Au sujet du quatrième critère d'attribution, relatif aux aspects architecturaux, le cahier spécial des charges portait ce qui suit (...) :

24.2.4 Critère 4 : aspects architecturaux (200 points / 1000 points)

Ce sous-critère est décomposé en deux (2) sous-critères :

24.2.4.1 Sous-critère 4.1 : Qualité de la réflexion architecturale et urbanistique (100 points)

Ce sous-critère juge notamment de

- (i) La qualité extérieure du Projet : intégration dans l'environnement, traitement de l'enveloppe extérieure, aménagement des abords
- (ii) La qualité intérieure du Projet : ergonomie du bâtiment, compacité et rationalité des espaces, gestion de l'acoustique et de l'éclairage, ...
- (iii) Qualité organisationnelle du projet : possibilités de modulation et d'adaptabilité des espaces, ...

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) Les pièces graphiques architecturales expliquant la démarche de conception du Projet (document A.1.1) ;
- (ii) La présentation de la conception architecturale et technique (document A.2.1) ;
- (iii) Les notices réglementaires (document A.2.3).

24.2.4.2 Sous-critère 4.2 : Qualité des matériaux mis en œuvre et des équipements mis en œuvre (100 points)

Ce sous-critère juge notamment de

- (i) La fonctionnalité des matériaux et équipements ;
- (ii) La durabilité des matériaux et équipements ;
- (iii) La facilité d'entretien des matériaux extérieurs.

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) La présentation de la conception architecturale et technique (document A.2.1) ;
- (ii) Le programme de travaux (document B.1.1).

15. Les offres initiales des soumissionnaires devaient être déposées via *e-tendering* le 14 février 2020 au plus tard. Par délibération du 6 février 2020, la partie adverse a postposé cette date au 28 février 2020.

Trois soumissionnaires ont remis une offre initiale :

- la SA Cœur de Ville,
- le groupement Swim Team Blocry 2.0, et
- le groupement non solidaire Louvain-la-Neuve DB nouvelle piscine (regroupant les parties requérantes en l'espèce) (...).

16. Plusieurs séances de négociation se sont tenues entre la partie adverse et, d'une part, les parties requérantes et, d'autre part, le groupement Swim Team Blocry 2.0.

Au cours de ces négociations, la partie adverse a notamment interrogé les parties requérantes concernant les engagements de performance énergétique, notamment sur la manière dont, dans le cadre de l'enveloppe globale, ces engagements pourraient éventuellement être revus à la hausse en modifiant certains autres éléments du projet.

Les parties requérantes ont revu au maximum leur offre (avec pour conséquence, une amélioration des performances entre offre initiale et offre finale) et ont notamment amélioré le coefficient d'étanchéité à l'air. Pour le surplus, elles ont estimé, en tant qu'opérateur de marché expérimenté, et normalement prudent et diligent, qu'il leur était impossible de s'engager de manière réaliste sur des performances énergétiques plus élevées du bâtiment, compte tenu des contraintes indérogeables que constituaient le budget maximal fixé pour le marché et l'ensemble des autres exigences techniques et fonctionnelles du cahier spécial des charges.

17. Au terme des négociations, les soumissionnaires ont été invités à remettre une offre finale (BAFO) au plus tard le 3 juillet 2020.

Il ressort de l'acte attaqué que seuls le groupement Swim Team Blocry 2.0 et les parties requérantes (...) ont remis une offre finale.

18. La partie adverse a adopté le 24 septembre 2020 la décision d'attribuer le marché litigieux au groupement Swim Team Blocry 2.0 (...).

Il s'agit de l'acte attaqué.

19. Concernant la régularité des offres, il ressort de la décision d'attribution que la partie adverse a jugé :

- (i) l'offre initiale de la SA Cœur de Ville irrégulière (...);
- (ii) les offres initiales et finales du groupement Swim Team Blocry 2.0 et des parties requérantes comme étant régulières (...).

20. La partie adverse affirme succinctement la normalité des prix des offres initiales et finales du groupement Swim Team Blocry 2.0 et des parties requérantes.

Sans la moindre motivation spécifique, la décision d'attribution expose uniquement ce qui suit (...) :

4.4. Vérification des prix

Les prix de l'offre initiale des soumissionnaires ont été vérifiés conformément à l'article 35 de l'AR Passation.

Aucun prix n'est apparu anormal par rapport aux prestations à effectuer.

5.4. Vérification des prix

Les prix de l'offre finale des soumissionnaires ont été vérifiés conformément à l'article 35 de l'AR Passation.

Aucun prix n'est apparu anormal par rapport aux prestations à effectuer.

21. La partie adverse a évalué les offres finales des deux soumissionnaires au regard des critères d'attribution de la manière suivante :

	Groupement non solidaire Louvain-la-Neuve DB nouvelle piscine (parties requérantes)	Groupement Swim Team Blocry 2.0
Critère 1 : performance environnementale		
<i>sous-critère 1.1 : performance environnementale</i>	51,81/60	60/60
<i>sous-critère 1.2 : limitation de la consommation d'eau</i>	42,62/60	60/60
<i>sous-critère 1.3 : limitation de la consommation de chlore</i>	0/60	0/60

<i>sous-critère 1.4 : limitation des émissions de gaz à effet de serre</i>	41,97/60	60/60
<i>sous-critère 1.5 : Production ENR</i>	18,65/50	50/50
<i>sous-critère 1.6 : capacité à garantir la performance</i>	54/60	45/60
Critère 2 : performance fonctionnelle		
<i>sous-critère 2.1 : exploitation quotidienne et charge en personnel</i>	66/120	60/120
<i>sous-critère 2.2 : apprentissage de la natation et pratique sportive</i>	72/90	72/90
<i>sous-critère 2.3 : exploitation technique</i>	54/90	63/90
Critère 3 : aspects financiers		
<i>sous-critère 3.1 : coût du suivi technique</i>	50/50	38,34/50
<i>sous-critère 3.2 : coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans</i>	77,28/100	100/100
Critère 4 : aspects architecturaux		
<i>sous-critère 4.1 : qualité de la réflexion architecturale et urbanistique</i>	80/100	70/100
<i>sous-critère 4.2 : Qualité des matériaux mis en œuvre et des équipements mis en œuvre</i>	80/100	75/100
Total	688,33/1000	753.34/1000

Plus particulièrement au sujet du sous-critère d'attribution 1.6 relatif à l'évaluation de "la capacité à garantir la performance", le rapport d'analyse des offres porte ce qui suit concernant l'offre de Swim Team Blocry 2.0 (...) :

6.3.1.6. Sous-critère 1.6 : Capacité à garantir la performance (60 points)

En ce qui concerne la crédibilité de l'atteinte des objectifs de performance en énergie, en eau et en chlore au regard du plan de travaux, l'offre du soumissionnaire est appréciée comme suit.

Concernant l'objectif de performance en énergie, on notera que le soumissionnaire propose

- (i) une pompe à chaleur de 50 kW reprenant les eaux usées des douches servant de préchauffage au ballon d'eau chaude tampon ;
- (ii) une pompe à chaleur de 280 kW couplées avec 2 batteries de récupération de 110 kW chacune, sur l'air rejeté des bassins, pour préchauffer également le ballon d'eau chaude tampon ;
- (iii) deux chaudières gaz à condensation pour chauffer (haute température) l'eau chaude du ballon tampon en partie haute alimentant l'échangeur ECS ;
- (iv) des émetteurs de chaleur dimensionnés à basses températures (radiateurs, planchers chauffants, batteries de chauffe des CTA, chauffage au sol) alimentés par le ballon tampon ;
- (v) l'installation de panneaux photovoltaïques sur l'ensemble de la toiture d'une puissance totale de 315 kWc (produisant environ 249 MWhEF/an d'électricité). Cette production sera autoconsommée en quasi-totalité sur site.

Le bâtiment présente une enveloppe thermique très performante (niveau d'isolation notamment) et une étanchéité à l'air très élevée. En effet, le soumissionnaire s'engage formellement à atteindre un taux de renouvellement d'air de 0,6 volume/heure sous 50 Pa. Ce taux correspond au critère passif et est repris sous la dénomination n50 [-/h]. Cet engagement est ambitieux mais les références apportées par le soumissionnaire et les modalités d'exécution mentionnées par le soumissionnaire témoignent de la crédibilité de son engagement.

En termes de systèmes HVAC, les solutions proposées sont performantes et disposent de nombreux retours d'expérience.

Au sujet des besoins en eau chaude pour les douches, le soumissionnaire prend des hypothèses (2,3 min/baigneur à 6 L/min, avec une température de 40 °C) ambitieuses mais qui restent réalistes en fonction de l'expérience de l'exploitant de la piscine.

Les consommations annoncées en matière d'éclairage sont également ambitieuses mais les études photométriques présentées dans la BAFO sont largement détaillées et sont crédibles.

Dans l'ensemble, les hypothèses de productions et de consommations électriques sont détaillées et forment un ensemble cohérent.

De manière générale, les besoins électriques et rendements mentionnés dans la BAFO sont basés sur des hypothèses plus ambitieuses que celle de l'autre soumissionnaire, mais restent crédibles et réalistes en fonction des équipements et conditions d'occupation (éclairage, traitement de l'air et de l'eau, chauffage de l'eau, consommation électrique des équipements, ...).

Si, du point de vue de la fixation de l'objectif de performance en énergie, le soumissionnaire a pu prendre un engagement très ambitieux (par exemple, la récupération de chaleur sur l'air rejeté et sur l'eau des douches par l'utilisation de PAC (pompes à chaleur) permettant une récupération importante de l'énergie contenue dans ces fluides rejetés avec un rendement très intéressant, et diminuant donc fortement les consommations de gaz sans trop pénaliser les consommations électriques, vu les coefficients de performance intéressants des PAC, du point de vue de la crédibilité de l'atteinte de cet objectif, les solutions proposées par le soumissionnaire engendrent une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif (par exemple, les coefficients élevés de performance des PAC sur lesquels le soumissionnaire s'est engagé dépendent de facteurs externes et sont, de par les conditions saisonnières, variables). Si les hypothèses de calcul du soumissionnaire, qui restent a priori crédibles, ne sont pas rencontrées, l'objectif pourrait donc ne pas être atteint (a priori, la non-atteinte de l'objectif, qui reste de toute façon exclusivement garantie par le soumissionnaire, ne serait pas substantielle, étant entendu qu'en ce cas, les sanctions prévues par le contrat seront applicables).

En conclusion, la crédibilité de l'atteinte de l'objectif de performance en énergie est satisfaisante.

Concernant l'objectif de performance en eau, on notera que le soumissionnaire propose :

- (i) un système de traitement par ultra filtration et osmose inverse (UF/RO (Ultra Filtration/Osmose Inverse), avec un rendement de 70 %) de l'eau de lavage des filtres, de l'eau de rejet des pédiluves et de l'eau de pluie, qui permet de recycler l'eau et de limiter ainsi l'utilisation d'eau de ville. Néanmoins, ce système de filtration étant innovant, le retour d'expérience est plutôt faible ;
- (ii) un système de récupération des eaux de pluie (2.150 m³/an), qui est réinjectée via le système de traitement d'eau de la piscine (le soumissionnaire utilisant la quasi-totalité des eaux de pluie récupérées) ;
- (iii) Notons que l'eau de pompage est utilisée pour l'alimentation des chasses des WC, pour le nettoyage et l'arrosage des abords. Le pompage prévu dans la nappe phréatique est estimé à environ 2 900 m³ d'eau /an ;
- (iv) des équipements hydro économes (installation de robinetterie sanitaire à faible débit, systèmes de commande automatisés pour les urinoirs et les douches et utilisation de chasses deux débits, par exemple).

Le système de traitement d'eau (électrolyse au sel et traitement complémentaire par UV) a déjà fait ses preuves. Par contre, le système de traitement de l'eau de rejet par osmose inverse pour réinjection dans le bassin utilise une technologie a priori très performante mais peu éprouvée.

Un renouvellement de 30 litres par baigneur est maintenu pour garantir une bonne qualité de l'eau de bassin. Cette eau à température de l'eau des bassins est traitée par un système UF/RO permettant d'en recycler 70% et de ne rejeter que 30 % à l'égout.

La consommation d'eau est également optimisée grâce à la réduction du volume du bassin en travaillant et optimisant le profil.

Les besoins en eau par nageur tels qu'annoncés sont cohérents et crédibles compte tenu des économies permises par le traitement UF/RO, la quantité d'eau de pluie récupérée et

l'utilisation d'équipements hydro économes. Cependant, le faible retour d'expérience du système de traitement UF/RO entraîne une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif en consommation d'eau, puisqu'en cas de rendement moindre, la consommation par nageur serait automatiquement plus élevée qu'annoncé.

Dans l'ensemble, les hypothèses de consommations en eau sont détaillées et forment un ensemble cohérent. Les consommations annoncées pour les sanitaires et les divers équipements (chaudières gaz, PAC, ...), ainsi que l'estimation de l'évaporation des eaux de bassin (4.414 m³ / an) ne mettent pas non plus en cause la crédibilité de son engagement de performance en eau, malgré les incertitudes naturelles quant aux quantités d'eau de pluie récupérées.

Compte tenu des éléments de l'offre, les doutes quant à l'atteinte de l'objectif de performance en eau sont assez faibles. La crédibilité de l'atteinte de cet engagement, raisonnablement plus ambitieux que l'autre soumissionnaire, est bonne.

Concernant l'objectif de performance en chlore, on notera que le soumissionnaire propose un système de traitement avec :

- (i) pour la désinfection, des systèmes UV (<10 kW – 600 J/m³) et un traitement par électrolyse au sel ;
- (ii) pour la filtration de l'eau, une solution filtration traditionnelle (filtres à sable) ;
- (iii) des pompes doseuses du flocculant ;
- (iv) un analyseur de pH ;
- (v) une reprise partielle d'eau (50% par débordement, 40 % par bords et 10 % en fond) du bassin.

Au vu des systèmes placés, il n'y a aucun doute sur la crédibilité du système et l'objectif à tenir en termes de chlore combiné.

La crédibilité de l'atteinte de l'objectif de performance en chlore est donc excellente.

En ce qui concerne la qualité du dispositif de Mesure et Vérification et du suivi de performance, le soumissionnaire propose un principe de M&V cohérent et s'appuie sur un plan de comptage complet.

Le plan de M&V est basé sur

- (i) une option C à terme ;
- (ii) des modèles d'ajustement par énergie, utilisant les facteurs d'influence « DJU » et « fréquentation » pour le modèle thermique et uniquement « fréquentation » pour le modèle électrique et le modèle eau ;
- (iii) une méthodologie de calcul des ABR déjà précisée (mise à jour de la simulation avec les nouvelles valeurs (Excel)).

Néanmoins, plusieurs éléments moins favorables, voire négatifs, sont à relever :

- (i) l'incertitude n'est pas estimée ;
- (ii) les facteurs statiques sont nombreux (au nombre de 20) et les seuils de déclenchement égaux à 0 impliquent de nombreux ABR sont donc à prévoir, , ce qui rendra administrativement l'exécution du marché beaucoup plus lourde pour le pouvoir adjudicateur en ce qui concerne la M&V ;
- (iii) l'utilisation du compteur de production PV dans le dispositif de M&V n'est pas pertinente (car ne vient pas en déduction de l'engagement).

Les modèles de rapport de mesure et vérification présentés sont synthétiques, et explicatifs au vu des consommations, ils sont éclairants et présentent les analyses mensuelles et annuelles ainsi que les mesures palliatives en cas de dérives ou pour optimiser les installations. Un rapport est prévu pour les consommations d'eau et un autre pour les consommations énergétiques.

Concernant le suivi de la performance,

- (i) le plan de comptage est détaillé (voire parfois redondant) permettant de détecter précisément les dérives de consommation, de contrôler la performance des équipements, ... ;
- (ii) le suivi s'appuie sur la collecte des données de comptage, des données issues de la GTB et des données communiquées par le pouvoir adjudicateur (fréquentation, activités non prévues, analyse eau, relevés de compteur, dérives du confort, événements d'exploitation). Cela induit une charge de travail pour l'exploitant car les remontées automatiques sont considérées comme non suffisantes par le soumissionnaire pour garantir sa performance ;
- (iii) des visites de suivi mensuelles sont prévues.

La qualité du dispositif de Mesure et Vérification et du suivi de performance est donc jugée satisfaisante.

En conclusion, pour ce sous-critère, l'offre du soumissionnaire est jugée assez bonne et obtient une note de 45 points sur 60.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'acte attaqué a attribué le marché à Swim Team Blocry 2.0. ».

IV. Intervention

La requête en intervention introduite par la SA Artes TWT, la SA Artes Depret, la SA Artes Roegiers, la SPRL Buro II & Archi+1, la SRL de droit néerlandais Ton Venhoeven c.s. Architecten B.V., la SRL Sweco Belgium et la SA Bureau d'études Setesco-Ingénieurs Conseils, sont accueillies.

V. Premier moyen

V.1. Thèse des requérantes

Le premier moyen est pris de la violation des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4 et 83, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier de son article 76, 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 (notamment en son article 4) et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en particulier ses articles 2 et 3, du principe général selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, et du devoir de motivation matérielle des actes administratifs, du cahier spécial des charges, en particulier en son point 24.1, du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation

en ce que « la partie adverse a évalué l'offre finale (BAFO) de Swim Team Blocry 2.0 sur la base des critères d'attribution et lui a attribué le marché »,

alors que « l'offre finale (BAFO) de Swim Team Blocry 2.0 était affectée d'une ou plusieurs irrégularité(s) substantielle(s), de sorte que la partie adverse aurait dû la déclarer nulle ».

Les requérantes exposent le premier moyen de la manière suivante :

« 32. Dans le cadre du présent marché (où les performances environnementales du bâtiment à construire étaient un objectif fondamental du projet), le cahier spécial des charges faisait obligation aux soumissionnaires d'inclure dans leur offre, au moyen du formulaire technique récapitulatif (A2), leurs engagements relatifs au bâtiment à concevoir et à construire concernant :

- (i) la consommation en énergie dédiée à la production de chaleur;
- (ii) la consommation électrique;
- (iii) les émissions de gaz à effet de serre;
- (iv) le taux minimum de couverture des besoins énergétiques du bâtiment par des énergies renouvelables autoproduites;
- (v) la consommation en eau;
- (vi) la consommation en chlore.

Lesdits engagements, unilatéralement formulés par les soumissionnaires sous la forme de valeurs numériques indiquées dans l'offre :

- (i) doivent être conformes, à peine d'irrégularité substantielle de l'offre, aux valeurs maximales obligatoires énoncées par le cahier spécial des charges concernant les consommations en énergie, en électricité et en eau;

- (ii) constituent en tant que tels, conformément au cahier spécial des charges, les seuls paramètres utilisés par la partie adverse pour l'évaluation des offres au regard des sous-critères d'attribution 1.1 (limitation de la consommation d'énergie, pondéré à 60/1000), 1.2 (limitation de la consommation d'eau pondéré à 60/1000), 1.3 (limitation de la consommation de chlore, pondéré à 60/1000), 1.4 (limitation des gaz à effet de serre – 60/1000) et 1.5 (production énergies renouvelables, pondéré à 50/1000).

En effet, pour chacun de ces sous-critères, le soumissionnaire annonçant la meilleure valeur (soit la valeur la plus basse pour l'ensemble des sous-critères mentionnés, à l'exception du sous-critère 1.5), reçoit la note maximale correspondant au sous-critère concerné.

Par ailleurs, de manière indirecte, ces engagements ont également une incidence directe et automatique sur l'évaluation des offres au regard du sous-critère 3.2 "Coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans". Dans le cadre de ce sous-critère, pondéré à 100/1000, le cahier spécial des charges

prévoit que les offres seront comparées sur la base des coûts que serait effectivement amenée à supporter l'exploitation pour l'achat de gaz, d'électricité et d'eau durant 20 années (compte tenu des engagements de consommation du soumissionnaire et de son engagement relatif à la couverture des besoins énergétiques par de l'énergie autoproduite, les quantités de consommation indiquées dans l'offre étant multipliées sur la base de paramètres et d'hypothèses de prix fixées par le cahier spécial des charges);

- (iii) sont évalués, quant à leur crédibilité intrinsèque et quant à la qualité du dispositif de mesure et de vérification, uniquement dans le cadre du sous-critère 1.6 (pondéré à 60/1000), et ce uniquement concernant les engagements relatifs aux performances en énergie, en eau et en chlore.

Comme l'indique le cahier spécial des charges, c'est uniquement dans le cadre de ce sous-critère que la partie adverse a évalué, sur la base des notes méthodologiques et des descriptions techniques à joindre aux offres, le caractère fiable et réaliste des engagements pris par chaque soumissionnaire (Pièce 13, p. 40).

24.2.1.6 Sous-critère 1.6 : Capacité à garantir la performance (60 points)

Ce sous-critère juge notamment de

- (i) La crédibilité de l'atteinte des objectifs de performance en énergie, en eau et en chlore au regard du plan de travaux proposés ;
- (ii) La qualité du dispositif de Mesure et Vérification et du suivi de performance.

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) La note de présentation détaillée des objectifs de performance (document A.2.2.1) et la note descriptive des dispositions mises en place pour la réduction de l'utilisation du chlore (document A.2.2.4) ;
- (ii) Les pièces graphiques techniques expliquant la démarche de conception du Projet (documents A.1.2) ;
- (iii) La note relative à la description des modalités de suivi de la performance énergétique (document C.1.2) et les exemples de Rapports de vérification (documents C.1.3)

- (iv) sont contractuellement liants pour l'attributaire de l'offre.

Pendant une période de garantie de 2 ans prenant cours à la réception provisoire du bâtiment, l'adjudicataire est responsable de mettre en œuvre le suivi technique et toutes les mesures nécessaires afin d'atteindre les performances énergétiques.

Le défaut pour l'attributaire de remplir ses engagements relatifs aux performances énergétiques constitue dans son chef un manquement, susceptible de justifier la mise en œuvre de mesures correctives.

L'attributaire sera également tenu, en cas de non atteinte persistante des objectifs de performance en énergie et en eau, de réparer le préjudice subi par la partie adverse, en lui remboursant les surcoûts engendrés pour elle par la sous-performance énergétique (c'est-à-dire, très concrètement, en lui remboursant pour une durée de 15 ans les coûts en énergie et en eau correspondant au différentiel entre les consommations réelles et les consommations contractuellement garanties).

Cette compensation du préjudice subi, et en cas de non atteinte persistante des objectifs de performance en énergie et en eau, vaut sans préjudice de la possibilité pour la partie adverse d'adopter une mesure d'office ou d'infliger des amendes pour retard et/ou de pénalités.

33. Il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse a pris en compte les engagements suivants des deux soumissionnaires aux fins de la comparaison des offres finales (soit que ces engagements figuraient tels quels dans les offres finales, soit que ces engagements ont fait l'objet d'une rectification de l'offre finale par la partie adverse).

Sous-critère	Groupement non solidaire LLB DB Nouvelle Piscine		Swim Team Blocry 2.0		Performance relative de l'offre de Swim Team Blocry 2.0
1.1 Limitation de la consommation d'énergie [consommation annuelle]	4.642.000 kWh	51,81/60	4.008.000 kWh	60/60	- 13,33 %
1.2 Limitation de la consommation d'eau [consommation annuelle]	33.031 m³	42,62/60	23.465 m³	60/60	- 28,97 %
1.3 Limitation de la consommation de chlore [consommation annuelle]	0,3 mg/l	0/60	0,3 mg/l	0/60	=
1.4 Limitation des gaz à effet de serre [Emissions annuelles]	650.514 Kg	41,97/60	422.082 Kg	60/60	-33,12%
1.5 Production énergies renouvelables	23,28 %	18,65/50	62,42 %	50/50	+ 168 %
3.2 Coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans	16.266.848 EUR	77,28/100	12.570.682 EUR	100/100	- 22,73 %

Il ressort donc de l'acte attaqué :

- (i) que Swim Team Blocry 2.0 a, sur la foi de ses engagements en matière de performances énergétiques, obtenu la note de 330/390 pour l'ensemble des sous-critères repris dans le tableau ci-avant (alors que les offres font l'objet d'une évaluation sur 1000 points);
- (ii) que les parties requérantes ont, quant à elles, pour les mêmes sous-critères, obtenu la note de 232,33/390 (soit 97,67 points de moins);
- (iii) que les engagements de performance énergétique formulés par Swim Team Blocry 2.0 présentent une différence substantielle avec les engagements des parties requérantes (comme le démontre de manière chiffrée la dernière colonne du tableau ci-avant).

34. Or, de manière fondamentale, il apparaît que la partie adverse n'a pas examiné adéquatement la crédibilité des engagements de Swim Team Blocry 2.0. Elle lui a attribué le marché en valorisant les engagements figurant dans son offre sans s'assurer de leur caractère sérieux et réaliste.

Bien plus, comme l'expose explicitement l'acte attaqué, la partie adverse a constaté et reconnu que les engagements de l'attributaire étaient sujets à caution ou incertains, en raison des hypothèses de performance retenues par lui, manifestement très "optimistes" ou audacieuses compte tenu des technologies mises en œuvre, ainsi que des contraintes budgétaires, techniques et opérationnelles du marché.

35. Comme exposé ci-avant, le cahier spécial des charges prévoyait que la crédibilité intrinsèque des engagements des soumissionnaires et de la qualité de la méthodologie de mesure et de vérification des performances énergétiques est évaluée dans le cadre du sous-critère d'attribution 1.6 (pondéré à 60/1000, et ce uniquement concernant les engagements relatifs aux performances en énergie, en eau et en chlore). Pour rappel, cette disposition se lit comme il suit (...) :

24.2.1.6 Sous-critère 1.6 : Capacité à garantir la performance (60 points)

Ce sous-critère juge notamment de

- (i) La crédibilité de l'atteinte des objectifs de performance en énergie, en eau et en chlore au regard du plan de travaux proposés ;
- (ii) La qualité du dispositif de Mesure et Vérification et du suivi de performance.

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) La note de présentation détaillée des objectifs de performance (document A.2.2.1) et la note descriptive des dispositions mises en place pour la réduction de l'utilisation du chlore (document A.2.2.4) ;
- (ii) Les pièces graphiques techniques expliquant la démarche de conception du Projet (documents A.1.2) ;
- (iii) La note relative à la description des modalités de suivi de la performance énergétique (document C.1.2) et les exemples de Rapports de vérification (documents C.1.3)

36. L'acte attaqué démontre le caractère parfaitement réaliste des engagements de performance énergétique pris par les parties requérantes et des hypothèses retenues dans ce cadre. Sans citer ici de manière extensive l'acte attaqué (à des fins de lisibilité de la présente requête), il suffit de relever :

- (i) que la crédibilité des engagements des parties requérantes concernant les performances en énergie a été jugée "excellente" (Pièce 14, rapport d'analyse des offres p. 28), ceux-ci étant basés sur des hypothèses (besoins et rendements) "extrêmement prudents et sécuritaires" et donc "parfaitement crédibles et réalistes en fonction des équipements et conditions d'occupation" (*Ibidem*), de sorte "que rien ne laisse (*a priori*) à penser que les objectifs ne pourraient pas être atteints" (*Ibidem*);
- (ii) que la crédibilité des engagements des parties requérantes concernant les performances en eau a été jugée "excellente", les hypothèses retenues étant calculées sur des bases qualifiées d'"extrêmement prudentes", de sorte que les doutes que les engagements ne soient pas atteints sont "très faibles" (Pièce 14, rapport d'analyse des offres p. 29);
- (iii) que la crédibilité des engagements des parties requérantes concernant les performances relatives au chlore a été jugée "excellente", l'engagement pris étant qualifié de "position extrêmement prudente et sécuritaire", de sorte qu'il n'existe "aucun doute" que les engagements ne soient pas respectés (Pièce 14, rapport d'analyse des offres p. 30);

La qualité du dispositif de mesure et de vérification et suivi de performance étant au surplus jugée "bonne", l'offre des parties requérantes a été évaluée comme "excellente" concernant le sous-critère 1.6 et a obtenu la note de 54/60.

Dès leur offre initiale, les parties requérantes ont en effet veillé à faire reposer leur offre et les engagements de performance énergétique sur des hypothèses réalistes, ne laissant aucun doute raisonnable quant à l'atteinte des performances contractuelles, et ce afin notamment d'éviter de prendre des engagements irréalistes susceptibles de déboucher sur des manquements d'exécution sérieux et susceptibles de les placer dans une situation extrêmement défavorable (à savoir l'application potentielle de mesures d'office, de pénalités, d'amendes pour retard et l'indemnisation des surcoûts énergétiques à la partie adverse).

Même après que la partie adverse ait attiré son attention, dans le cadre des négociations, sur ce qu'elle considérait les hypothèses retenues comme éventuellement trop prudentes, les parties requérantes ont estimé, en tant qu'opérateur de marché expérimenté, et normalement prudent et diligent, qu'il leur était impossible de s'engager de manière réaliste sur des performances énergétiques plus élevées du bâtiment (telles que revues après amélioration, notamment, du coefficient d'étanchéité à l'air), compte tenu des contraintes indérogeables que constituaient le budget maximal fixé pour le marché et de l'ensemble des autres exigences techniques et fonctionnelles du cahier spécial des charges.

L'offre des parties requérantes est par ailleurs parfaitement conforme au cahier spécial des charges et présente de très bonnes performances énergétiques. La consommation énergétique globale (énergie dédiée à la production de chaleur et électricité) des piscines actuellement exploitées en Région wallonne est de +/- 6.707 kWEP/m² soit 8.551.425 kWhEP/an pour une surface de plan d'eau équivalente au présent projet. Dans le cadre du présent projet (financé partiellement par le "Plan piscines" de la Région wallonne), les objectifs maximaux fixés par le cahier des charges sont par eux mêmes ambitieux, puisqu'ils imposent un maximum de consommation énergétique de 5.375.000 kWhEP/an (répartis en 2.250.000 kWhEP/an d'énergie dédiée à la production de chaleur et 3.125.000 kWhEP/an d'électricité), soit environ 60 % de la consommation moyenne actuelle constatée des piscines en Région wallonne, à atteindre grâce à la qualité du bâtiment, ainsi que des installations techniques de chauffe et de filtration. L'offre présentée par les parties requérantes garantit des consommations de 4.642.000 kWhEP/an (soit environ 15 % sous l'objectif maximal ambitieux fixé par le cahier spécial des charges et environ 45 % sous le niveau actuel de consommation moyenne des piscines exploitées en Région wallonne). Il est donc erroné et fallacieux de qualifier cette offre de "prudente" et de "conservatrice" alors qu'il s'agit en l'espèce de la seule offre dont les engagements de performance sont jugés comme parfaitement crédibles, au seul motif que ces engagements sont inférieurs aux valeurs peu réalistes de Swim Team Blocry 2.0 (environ 34 % sous les objectifs ambitieux du cahier spécial des charges et 54 % sous le niveau actuel de consommation moyenne des piscines exploitées en Région wallonne).

37. Il ressort d'ailleurs expressément de l'acte attaqué que l'offre de Swim Team Blocry 2.0 comprend des engagements dont la crédibilité n'est pas établie, étant basés sur des hypothèses peu réalistes qui rendent aléatoires et incertain que les engagements pris pourront être tenus.

Sans reproduire non plus de manière extensive le passage pertinent de l'acte attaqué (Pièce 14, rapport d'analyse des offres pp. 42 et s.), à des fins de lisibilité de la présente requête, on peut notamment souligner que :

- (i) que les hypothèses retenues sont à de nombreuses reprises qualifiées "d'ambitieuses" ou de "plus ambitieuses que celles de l'autre soumissionnaire";

- (ii) que la crédibilité des engagements de l'attributaire concernant les performances en énergie a été jugée seulement "satisfaisante" (Pièce 14, p. 43), les engagements pris, qualifiés de "très ambitieux", étant à l'évidence basés sur des hypothèses optimistes et hors de contrôle du soumissionnaire (basées en particulier sur le rendement optimal de pompes à chaleur, alors que la variation inévitable des conditions extérieures a une incidence directe sur lesdits rendements, par essence inconstants).

Dans ce cadre, la partie adverse a expressément reconnu par l'acte attaqué qu'il n'était pas hypothétique que les engagements ne soient pas atteints. L'extrait pertinent de l'acte attaqué se lit comme il suit (...) :

"Si, du point de vue de la fixation de l'objectif de performance en énergie, le soumissionnaire a pu prendre un engagement très ambitieux (par exemple, la récupération de chaleur sur l'air rejeté et sur l'eau des douches par l'utilisation de PAC (pompes à chaleur) permettant une récupération importante de l'énergie contenue dans ces fluides rejetés avec un rendement très intéressant, et diminuant donc fortement les consommations de gaz sans trop pénaliser les consommations électriques, vu les coefficients de performance intéressants des PAC, du point de vue de la crédibilité de l'attente de cet objectif, les solutions proposées par le soumissionnaire engendrent une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif (par exemple, les coefficients élevés de performance des PAC sur lesquels le soumissionnaire s'est engagé dépendent de facteurs externes et sont, de par les conditions saisonnières, variables). Si les hypothèses de calcul du soumissionnaire, qui restent a priori crédibles, ne sont pas rencontrées, l'objectif pourrait donc ne pas être atteint (*a priori*, la non-atteinte de l'objectif, qui reste de toute façon exclusivement garantie par le soumissionnaire, ne serait pas substantielle, étant entendu qu'en ce cas, les sanctions prévues par le contrat seront applicables)";

- (iii) que la crédibilité des engagements de l'attributaire concernant les performances en eau a été jugée seulement "bonne" (Pièce 14, p. 44), alors que le soumissionnaire accorde une part importante à la récupération des eaux de pluie (dont le volume est par essence incertain) et que, par ailleurs, la partie adverse a relevé "une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif en consommation d'eau" et ce en raison du "faible retour d'expérience" de la technologie utilisée (système de traitement des eaux de rejet UF/RO ou "ultra filtration/osmose inverse"), qui induit qu'"en cas de rendement moindre [de cette technologie] la consommation par nageur serait automatiquement plus élevée qu'annoncée".

L'extrait pertinent de l'acte attaqué se lit notamment comme il suit (...) :

"Concernant l'objectif de performance en eau, on notera que le soumissionnaire propose :

- un système de traitement par ultra filtration et osmose inverse (IJF/RO (Ultra Filtration/Osmose Inverse), avec un rendement de 70 % de l'eau de lavage des filtres, de l'eau de rejet des pédiluves et de l'eau de pluie, qui permet de recycler l'eau et de limiter ainsi l'utilisation d'eau de ville. Néanmoins, ce système de filtration étant innovant, le retour d'expérience est plutôt faible; (...)

Le système de traitement d'eau (électrolyse au sel et traitement complémentaire par UV) a déjà fait ses preuves. Par contre, le système de traitement de l'eau de rejet par osmose inverse pour réinjection dans le bassin utilise une technologie *a priori* très performante mais peu éprouvée.

Un renouvellement de 30 litres par baigneur est maintenu pour garantir une bonne qualité de l'eau de bassin. Cette eau à température de l'eau des bassins est traitée par un système UF/RO permettant d'en recycler 70 % et de ne rejeter que 30 % à l'égout. (...)

Les besoins en eau par nageur tels qu'annoncés sont cohérents et crédibles compte tenu des économies permises par le traitement UF/RO, la quantité d'eau de pluie récupérée et l'utilisation d'équipements hydro économes.

Cependant, le faible retour d'expérience du système de traitement UF/RO entraîne une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif en consommation d'eau, puisqu'en cas de rendement moindre, la consommation par nageur serait automatiquement plus élevée qu'annoncé.

Dans l'ensemble, les hypothèses de consommations en eau sont détaillées et forment un ensemble cohérent. Les consommations annoncées pour les sanitaires et les divers équipements (chaudières gaz, PAC, ...), ainsi que l'estimation de l'évaporation des eaux de bassin (4.414 mg / an) ne mettent pas non plus en cause la crédibilité de son engagement de performance en eau, malgré les incertitudes naturelles quant aux quantités d'eau de pluie récupérées.

Compte tenu des éléments de l'offre, les doutes quant à l'atteinte de l'objectif de performance en eau sont assez faibles. La crédibilité de l'atteinte de cet engagement, raisonnablement plus ambitieux que l'autre soumissionnaire, est bonne”;

- (iv) que la crédibilité des engagements de l'attributaire concernant les performances en chlore a été jugée “excellente” (Pièce 14, p. 44);
- (v) que la qualité du dispositif de mesure et vérification et du suivi de la performance a été jugée “satisfaisante” (Pièce 14, p. 45); et
- (vi) que, en conclusion, l'offre de l'attributaire a été évaluée comme “assez bonne” concernant le sous-critère 1.6 et a en conséquence obtenu une note de 45/60 (Pièce 14, p. 45).

38. Ainsi qu'il est démontré par ailleurs, il est évident que les notes attribuées, qui ne reflètent pas le nombre et le caractère sérieux des éléments de l'offre de l'attributaire affectant de manière évidente la crédibilité de ses engagements, relèvent d'une erreur manifeste de la partie adverse dans le cadre de l'évaluation des offres au regard du sous-critère d'attribution.

39. Mais il en ressort également de manière plus fondamentale que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et/ou violé les normes et principes visés au moyen en n'examinant pas de manière sérieuse la régularité de l'offre de l'attributaire au vu de ses engagements de performances susvisés et, au terme d'un tel examen approfondi, en ne déclarant pas irrégulière l'offre finale de l'attributaire.

[...]

41. En l'espèce, il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse :

- (i) a déclaré substantiellement irrégulière l'offre initiale d'un troisième soumissionnaire ayant déposé une offre initiale (Cœur de Ville), sur la base de motifs liés à un examen essentiellement formel et juridique de l'offre.

La partie adverse a relevé trois irrégularités substantielles, en substance les suivantes : (a) dépôt de deux formulaires techniques reprenant des valeurs différentes et en modifiant le formulaire de dépôt des offres; (b) mention dans le formulaire technique récapitulatif (A2) d'un engagement de consommation en énergie supérieure à la valeur maximale autorisée; (c) installation d'une cogénération bois *via* un tiers-investisseur, sans formalisation contractuelle des obligations de l'exploitant, du soumissionnaire et du tiers-investisseur (de sorte qu'il existait une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues, ledit mécanisme pouvant aboutir à exonérer le soumissionnaire de la garantie de performance) (Pièce 14, rapport d'analyse des offres pp. 8 et s.);

- (ii) a procédé pour le surplus à un examen essentiellement formel de la régularité des offres initiales et des offres finales, en vérifiant la signature des offres, la preuve des pouvoirs de signature, la présence du soumissionnaire à la visite et à la séance d'informations organisées et le respect formel du prix maximal autorisé;

- (iii) ne semble pas avoir examiné de manière adéquate la régularité technique des offres présentées, à tout le moins en ce qui concerne les offres finales (la vérification de la régularité des offres concernant des aspects autres que formels et administratifs n'étant d'ailleurs pas évoquée par le point 2.4 du cahier spécial des charges).

En effet, il ressort clairement de l'acte attaqué que la partie adverse s'est contentée, après avoir vérifié certains éléments formels des offres, de postuler leur régularité, sans la moindre motivation permettant de constater que les solutions techniques proposées ne présentaient aucune irrégularité intrinsèque au regard des exigences du cahier spécial des charges, ni même qu'un examen a effectivement été réalisé (Pièce 14, rapport d'analyse des offres p. 23).

La circonstance que la méthodologie sur la base de laquelle chaque soumissionnaire vise à asseoir ses engagements de performance énergétique fait l'objet d'un sous-critère d'attribution spécifique (1.6) ne peut dispenser la partie adverse d'examiner de manière plus fondamentale et préalable le caractère complet et certain des engagements du soumissionnaire (en ce compris concernant les consommations d'énergie) dans le cadre de la régularité des offres.

42. Bien plus, il est manifeste en l'espèce que l'offre finale de Swim Team Blocry 2.0 présentait une ou plusieurs irrégularité(s) substantielle(s) et aurait en conséquence dû être déclarée nulle, sans être évaluée au regard des critères d'attribution et sans que le marché n'eut pu lui être attribué.

Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, il ressort expressément de l'acte attaqué (de sorte que ces appréciations et constats ne pourront être sérieusement contestés par la partie adverse) :

- (i) qu'il existe une incertitude sur le caractère réaliste des engagements pris par l'attributaire concernant les performances en énergie, ces engagements étant fondés sur des hypothèses de consommation et de rendement particulièrement optimistes, et notamment sur des hypothèses de rendement optimal en continu de pompes à chaleur (alors que les rendements effectifs ne peuvent être optimaux de manière continue, vu la variation des conditions extérieures);

- (ii) qu'il existe une incertitude sur le caractère réaliste des engagements pris par l'attributaire concernant les performances en eau, ces engagements étant fondés sur des hypothèses particulièrement optimistes, en particulier concernant le volume des eaux de pluie susceptibles d'être récupérées (par essence aléatoire et presque deux fois supérieur au volume récupéré par les parties requérantes) et sur le postulat que 70 % de l'eau de pluie et de l'eau expulsée des bassins et des pédiluves pourront être réutilisées dans les bassins, par le recours à une technologie non éprouvée;

- (iii) que la partie adverse a constaté et reconnaît cette incertitude, tant concernant les consommations en énergie ("les solutions proposées par le soumissionnaire engendrent une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif") que les consommations en eau ("cependant, le faible retour d'expérience du système de traitement UF/RO entraîne une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif en consommation d'eau, puisqu'un cas de rendement moindre, la consommation par nageur serait automatiquement plus élevée qu'annoncé" / "malgré les incertitudes naturelles quant aux quantités d'eau de pluie récupérées");

- (iv) que pour les besoins de l'évaluation et la comparaison des offres au regard des critères d'attribution, la partie adverse a néanmoins considéré, de manière incompréhensible, que la "crédibilité" des engagements relatifs à l'énergie demeurerait néanmoins "satisfaisante" et que la "crédibilité" des engagements de l'attributaire relatifs à l'eau demeurerait "bonne".

- (v) qu'elle a encore estimé, concernant la consommation en énergie, la non atteinte effective des performances annoncées ne serait pas réellement problématique ou "substantielle", compte tenu de la garantie contractuelle du soumissionnaire et de l'application des pénalités contractuelles.

Outre qu'elle n'est pas réellement et adéquatement motivée, cette dernière évaluation relève à l'évidence d'une erreur manifeste d'appréciation :

- (i) eu égard au constat par la partie adverse des incertitudes évidentes quant au caractère réaliste des engagements de l'attributaire;
- (ii) eu égard au fait que les hypothèses prises en compte pour ces engagements tiennent compte de conditions climatiques particulières qui ne seront par essence pas rencontrées de manière continue;
- (iii) puisque les hypothèses retenues se démarquent nettement de l'offre des parties requérantes, qui ont pourtant remis une offre dont les engagements en matière de performance énergétique sont nettement inférieurs au *maxima* des documents du marché (eux-mêmes ambitieux eu égard à l'état des techniques, des exigences techniques et opérationnelles du marché et au budget alloué au projet);
- (iv) dès lors que la technologie proposée pour le traitement des eaux (UF/RO ou "ultra filtration/osmose inverse") outre qu'elle n'est pas éprouvée, apparaît non-conforme aux règles sanitaires applicables en Région wallonne et/ou à certaines recommandations sanitaires actuelles.

En effet, les autorités sanitaires françaises ont émis de très sérieuses réserves sur la mise en œuvre de ce procédé pour les piscines collectives alimentées par de l'eau courante. De plus, il y a lieu de tenir compte du fait que, selon l'acte attaqué, Swim Team Blocry 2.0 a l'intention de filtrer et de réinjecter l'eau des pédiluves, fortement "polluée", dans les bassins. Dans ce cadre, l'Arrêté du Gouvernement wallon du 13 juin 2013 déterminant les conditions sectorielles relatives aux bassins de natation couverts et ouverts utilisés à un titre autre que purement privatif dans le cadre du cercle familial, lorsque la surface est supérieure à 100 m² et la profondeur supérieure à 40 cm impose en son article 16, § 1^{er}, que "lorsque l'eau de remplissage du bassin de natation et l'eau de supplément ne sont pas de l'eau de distribution, elles répondent aux normes fixées pour l'eau de distribution" et, en son article 16, § 2, que "pour assurer la conformité de la qualité de l'eau exigée par les dispositions de l'article 19 et, le cas échéant, des articles 50 et 57, une quantité suffisante d'eau fraîche est ajoutée journalièrement".

Il apparaît incertain ou improbable (et il n'est en tout cas pas établi par la partie adverse par l'acte attaqué) que le traitement des eaux par le procédé proposé permettrait d'obtenir une eau conforme aux normes fixées pour l'eau de distribution (condition pourtant imposée par le cadre réglementaire wallon en cas de réinjection vers les bassins).

Il n'est pas non plus établi que le système proposé par Swim Team Blocry 2.0 réalise un apport d'eau fraîche suffisant pour garantir de manière durable le respect des normes de qualité imposées par la législation.

- (v) que les niveaux de consommation d'eau prise en compte par Swim Team Blocry 2.0 (indépendamment même des hypothèses qui lui permettent de considérer que son traitement des eaux lui permettra de diminuer drastiquement la consommation d'eau courante fournie par le réseau de distribution) apparaissent très bas et fondées sur des hypothèses dont la réalisation, en l'absence de mesure de contrôle et de coercition, apparaissent irréalistes (avec pour effet que les consommations constatées seront mécaniquement supérieures à celles annoncées).

Ainsi Swim Team Blocry tient compte en particulier d'une consommation d'eau par nageur de 46 l/nageur/an, en retenant notamment l'hypothèse de douches de 2,3 minutes, alors que les parties requérantes ont pris une hypothèse de 5 minutes (plus en ligne avec la situation réelle)

Les engagements de consommation d'eau sont irréalistes et sans valeur car aucune mesure de contrôle ou de coercition ne pourra être mise en place à l'encontre de nageurs qui prendraient une douche plus longue. Swim Team Blocry 2.0 a donc tenu compte de paramètres irréalistes dont il pourra tenter de s'exonérer ultérieurement.

- (vi) que, en effet, de manière générale, Swim Team Blocry 2.0 semble avoir conçu son offre de manière à ce que les objectifs de consommation mentionnés dans son offre puissent être adaptées à la hausse au cours de la période de garantie, sans pénalisation.

Il ressort de l'acte attaqué que le plan de mesure et de vérification des performances énergétiques de Swim Team Blocry 2.0 comporte un grand nombre de facteurs statiques (c'est-à-dire des facteurs ayant un impact sur les consommations, mais n'étant *a priori* pas amené à évoluer comme par exemple, la surface chauffée, la température de consigne des bassins, le temps de douche par nageur) et pour lesquels le consortium prévoit une tolérance nulle. Or, conformément au cahier des charges, lorsque les valeurs observées sortent de la zone de tolérance d'un facteur statique, un ABR (=ajustement de la base de référence) est prévu (c'est-à-dire un recalcul de l'objectif de consommation). Les engagements de consommation de Swim Team Blocry 2.0 sont fondés sur un nombre importants de points statiques assortis d'une tolérance nulle.

Ainsi, par exemple, concernant le temps de douche par nageur, les parties requérantes prévoient un temps de douche de 5min/baigneur avec un degré de tolérance de +/-20% (pour gagner en souplesse). Si donc, le temps moyen observé se situe entre 4 min et 6 minutes, aucun ABR ne sera nécessaire. L'offre de Swim Team Blocry 2.0 prévoit un temps de douche de 2,3 min/baigneur, avec une tolérance nulle. Cela signifie que si le temps de douche observé est supérieur à celui annoncé (ce qui est très probable, voire certain), un recalcul complet des consommations devra être réalisé, pour modifier à la hausse l'objectif de consommation.

Ces circonstances, ainsi que la lourdeur opérationnelle induites par les différents ABR n'ont pas échappées à la partie adverse, qui motive ce qui suit dans l'acte attaqué : "Les facteurs statiques sont nombreux (au nombre de 20) et les seuils de déclenchement égaux à 0 impliquent que de nombreux ABR sont donc à prévoir, ce qui rendra administrativement, l'exécution du marché beaucoup plus lourde pour le pouvoir adjudicateur en ce qui concerne la M&V" (Pièce 14, p. 45).

43. Notons encore que l'acte attaqué mentionne uniquement l'engagement global en consommations d'énergie de Swim Team Blocry 2.0, sans distinguer les deux composantes que sont l'énergie dédié à la production de chaleur et l'électricité. Or, le cahier spécial des charges impose des valeurs de consommation maximale autorisée pour chacune de ces deux types d'énergie, au point 3.1.2 de l'annexe B4 (Pièce 13, p. 161) :

3.1.2 Niveau maximal de consommation d'énergie primaire

Le Soumissionnaire définit dans son Offre, la consommation maximale d'énergie qu'il s'engage à ne pas dépasser en cas d'attribution du Marché.

Cette consommation ne pourra pas être supérieure à la consommation suivante :

Type de fluide	Consommation maximale en kWh _{EP} /an
Energie dédiée à la production de chaleur	2 250 000 kWh _{EP} /an
Electricité	3 125 000 kWh _{EP} /an
TOTAL	5 375 000 kWh_{EP}/an

En mentionnant uniquement l'engagement de consommation global, sans mentionner également de manière scindée les engagements de consommations relatifs aux deux types d'énergie, la partie adverse n'établit pas qu'elle a procédé aux vérifications nécessaires, ni *a fortiori* que l'offre de Swim Team Blocry 2.0 est conforme à ces deux plafonds (étant entendu que le dépassement d'un seul des deux plafonds et/ou le dépassement du plafond global doit entraîner l'irrégularité substantielle de l'offre). De plus, cette absence de ventilation des consommations rend plus difficile pour les parties requérantes de comprendre et de critiquer (i) ces éléments de l'offre de Swim Team Blocry 2.0 et (ii) l'évaluation qui en a été faite par la partie adverse.

44. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, la partie adverse aurait dû (et n'avait d'autre choix en l'espèce) déclarer nulle, en raison de son irrégularité substantielle, l'offre finale de l'attributaire.

En effet, l'incertitude concernant l'atteinte des engagements de performance énergétique pris par l'attributaire (évidente, non théorique et reconnue par l'acte attaqué) :

- (i) rend "inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues" par son offre, au sens de l'article 76 de l'Arrêté royal Passation, et
- (ii) est de nature "à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire", "à entraîner une distorsion de concurrence" et à "empêcher (...) la comparaison de [l'offre du soumissionnaire avec les] autres offres".

En effet, en indiquant dans son offre des engagements de performance énergétique plus élevés que ceux qui pourraient être pris de manière raisonnable, réaliste et certaine compte tenu du bâtiment qu'il a conçu, Swim Team Blocry 2.0 a entendu se ménager un avantage indu dans le cadre de l'évaluation des offres, en bénéficiant d'une évaluation favorable au regard des critères d'attribution (maximale en l'espèce, en toute hypothèse supérieure à la cotation qui aurait été obtenue si des engagements plus réalistes avaient été donnés, toutes choses étant égales par ailleurs, c'est-à-dire sans modification du projet proposé et du prix proposé).

En retenant l'offre de Swim Team Blocry 2.0, sans la déclarer irrégulière, la partie adverse lui a effectivement accordé cet avantage discriminatoire. Alors que les parties requérantes ont pris des engagements très qualitatifs en termes de performance énergétique (dont le caractère réaliste et crédible n'est aucunement douteux), Swim Team Blocry 2.0 a pu bénéficier d'une évaluation artificiellement favorable de son offre en se prévalant d'engagements dont la partie adverse a néanmoins reconnu et souligné le caractère incertain...

Les parties requérantes précisent à toutes fins utiles qu'elles n'insinuent pas qu'il existerait une intention malhonnête dans le chef de Swim Team Blocry 2.0 et/ou de la partie adverse. Son sentiment est que Swim Team Blocry 2.0 a délibérément fait le choix ou pris le risque de prendre des engagements de performance énergétique sujets à caution afin de bénéficier d'une évaluation favorable et d'obtenir l'attribution du marché (en étant nécessairement

conscient que ces engagements ne pourront pas être tenus de manière réaliste et donneront lieu à des difficultés et des contestations qu'il pourra traiter au stade de l'exécution, notamment en obtenant une adaptation de ses objectifs de performance) et que la partie adverse a choisi de fermer les yeux sur le caractère irréaliste des engagements pris par l'attributaire (qu'elle a pourtant constatés par l'acte attaqué) et de faire fi à ce stade des contestations qui naîtront nécessairement au stade de l'exécution, compte tenu des économies que lui permet d'espérer contractuellement l'offre de l'attributaire.

Comme l'indique l'acte attaqué dans le cadre de l'évaluation du sous-critère 3.2 (Pièce 14, p. 36), les engagements de performance énergétique pris par les parties requérantes induisent que le coût projeté d'achat des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans serait de 16.266.848 EUR. L'offre de l'attributaire, fût-elle fondée sur des engagements intenables, permet au pouvoir adjudicateur d'espérer dépenser seulement 12.570.682 EUR au cours de la même période.

Cet avantage financier potentiel, et l'absence de prise en compte des difficultés d'exécution qui seront induites par l'offre de l'attributaire, ont donc probablement poussé la partie adverse, au stade de l'attribution des offres, à se focaliser sur l'économie contractuellement garantie plutôt que sur les performances qui peuvent effectivement et de manière réaliste être attendues du bâtiment lorsque celui-ci sera construit et exploité.

Cela est confirmé par l'acte attaqué, qui semble justifier l'absence de manquement à un engagement substantiel (voire même l'absence d'irrégularité substantielle de l'offre) par la circonstance que des pénalités seront applicables en cas de non atteinte des objectifs énoncés de manière contraignante dans l'offre : "Si les hypothèses de calcul du soumissionnaire, qui restent *a priori* crédibles, ne sont pas rencontrées, l'objectif pourrait donc ne pas être atteint (*a priori* la non-atteinte de l'objectif qui reste de toute façon exclusivement garantie par le soumissionnaire, ne serait pas substantielle, étant entendu qu'en ce cas, les sanctions prévues par le contrat seront applicables)" (Pièce 14, rapport d'analyse des offres p. 43).

La partie adverse ne peut prendre prétexte, comme elle l'a fait, de la circonstance que l'adjudicataire est tenu contractuellement de garantir ses engagements de performance énergétique (et sera donc notamment tenu de prendre des mesures correctives et d'indemniser les surcoûts en énergie et en eau engendrés par la non atteinte des performances énergétiques de l'offre).

Les règles d'exécution du marché et les mécanismes de pénalisation qu'elles prévoient en cas de non atteinte des engagements de performance énergétique ont pour raison d'être et pour objectif de protéger et de prémunir le pouvoir adjudicateur de manquements de l'attributaire, dès lors que la survenance de pareils manquements (substantiels ou non) ne peut à l'évidence être totalement exclue, malgré les analyses effectuées et les assurances prises au stade de l'évaluation des offres.

Les principes de transparence et de traitement égalitaire des opérateurs économiques imposent néanmoins que ces règles contractuelles ne peuvent pas être invoquées par le pouvoir adjudicateur au stade de l'évaluation des offres afin de supprimer, de neutraliser ou d'atténuer le contrôle de la régularité des offres qui lui est imposé par le cadre légal et réglementaire des marchés publics, avec pour effet d'évaluer et, *in fine*, de retenir, une offre dont la crédibilité des engagements est de manière évidente, déjà sur papier, très incertaine à ce stade. Tel est d'autant plus le cas que les règles relatives à la régularité des offres visent à prévenir des litiges au stade de l'exécution de l'offre, de telles difficultés ne manquant pas de se produire lorsque les engagements de l'offre sont incertains ou fantaisistes.

Les règles et principes visés au moyen interdisent que les parties requérantes, qui ont formulé une offre qualitative parfaitement conforme aux exigences du marché, basée sur des engagements d'une crédibilité excellente, se voient privées du marché par le double effet des engagements téméraires de Swim Team Blocry 2.0 et de l'aveuglement intéressé et délibéré de la partie adverse

sur leur caractère irréaliste et les risques ainsi engendrés au stade de l'exécution.

45. L'offre finale de l'attributaire était en l'espèce affectée d'une ou plusieurs irrégularité(s) substantielle(s) et aurait en conséquence dû être déclarée nulle.

L'incertitude relative aux engagements de Swim Team Blocry 2.0 en matière de consommation d'énergie et l'incertitude liée à ses engagements en matière de consommation d'eau suffisent chacune à établir l'irrégularité substantielle de son offre (ces deux engagements portant chacun sur un élément essentiel de l'offre et du marché, évalués en tant que tels en tant que critère d'attribution). Leurs effets cumulatifs ne vont que renforcer le caractère substantiel des vices irrémédiables affectant l'offre finale de Swim Team Blocry 2.0.

En évaluant ladite offre sur la base des critères d'attribution et en retenant celle-ci pour l'attribution du marché, la partie adverse a violé les normes et principes visés au moyen.

L'offre finale de Swim Team Blocry 2.0 aurait dû être déclarée nulle, de sorte que les parties requérantes auraient dû se voir attribuer le marché.

46. Le point 24.1 du cahier spécial des charges exposait notamment ce qui suit :
"le pouvoir adjudicateur peut vérifier les déclarations et données introduites par tous les moyens possibles. En soumettant une offre, les Soumissionnaires acceptent la compétence du Pouvoir adjudicateur ou d'un tiers qu'il aura désigné pour contrôler l'exactitude des déclarations et données introduites".

Dans le cadre de la présente procédure devant le Conseil d'État, les parties requérantes entendent insister de manière expresse et en particulier sur la circonstance que le dossier administratif qu'il incombe à la partie adverse de déposer devra comprendre tous les éléments d'analyse (éventuellement cumulatifs et successifs) relatifs à l'évaluation de la fiabilité et à la crédibilité des engagements de Swim Team Blocry 2.0 en matière de performances énergétiques (par ses propres services et par les tiers, bureaux d'études spécialisés, auxquels elle a confié cette tâche).

47. Le premier moyen est sérieux.
Il suffit à justifier la suspension de l'acte attaqué.

(c) Intérêt au premier moyen

48. Les parties requérantes disposent d'un intérêt évident au premier moyen qui, s'il est déclaré sérieux, emportera l'obligation pour la partie adverse d'adopter une nouvelle décision d'attribution (par laquelle le marché devrait être attribué aux parties requérantes, eu égard à l'irrégularité de l'offre de Swim Team Blocry 2.0) ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En sa prescription 26.7, le cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

- « L'Adjudicataire garantit les engagements prévus dans son Offre (finale) en termes de :
- (i) Performance en matière de consommation d'énergie;
 - (ii) Performance en matière de consommation d'eau;
 - (iii) Exigences relatives à la réduction de l'utilisation du chlore;
 - (iv) Exigences relatives à l'accessibilité pour tous les types de déficience;
 - (v) Exigences relatives au développement de la pratique sportive.

L'Annexe B.4 "Partie 4 – Programme performanciel" précise les exigences minimales relatives à chacun de ces objectifs de performance. Chacun de ces objectifs est développé au travers d'une note spécifique dans l'Offre des Soumissionnaires, précisant les dispositions mises en œuvre et les engagements relatifs à chaque objectif ».

La « Partie 4 – programme performanciel » de l'annexe B4 précise ce qui suit en ce qui concerne le niveau maximal de consommation d'énergie primaire :

« Le Soumissionnaire définit dans son Offre, la consommation maximale d'énergie qu'il s'engage à ne pas dépasser en cas d'attribution du Marché.

Cette consommation ne pourra pas être supérieure à la consommation suivante :

Type de fluide	Consommation maximale en kWh _{EP} /an
Energie dédiée à la production de chaleur	2 250 000kWh _{EP} /an
Electricité	3 125 000kWh _{EP} /an
TOTAL	5 375 000kWh_{EP}/an

Les Consommations annoncées lors de la candidature de la Ville à l'appel à projet Plan Piscine sont les suivantes :

- 457kWh électrique/m² de bassin/an (1.475.500kWh d'énergie primaire/an)
- 1412 kWh gaz/m² de bassin/an (1.800.000kWh d'énergie primaire/an)

Le Soumissionnaire conservera son projet pour tendre vers ces consommations qui ont été annoncées lors de la candidature de la Ville ».

Quant aux exigences relatives à l'utilisation du chlore, ladite annexe comporte les exigences suivantes :

« 6.2.2. Concentration maximale en chlore combinée dans l'eau :
La teneur maximale en chlore combiné ne pourra pas être supérieur à la valeur suivante :

Paramètre	Exigence
Teneur en chlore combiné = Différence entre la teneur en chlore total et la teneur en chlore libre	≤ 0,3 mg/l Challenge en phase offre

».

Par ailleurs, le premier critère d'attribution, qui représente 350 points sur un total de 1000 points, évalue la performance environnementale.

Ce critère est divisé en six sous-critères. Les cinq premiers sous-critères tendent à évaluer, respectivement, la consommation maximum d'énergie, la consommation maximum d'eau, la teneur maximum en chlore, les émissions maxima de gaz à effet de serre et le taux de couverture de la consommation d'énergie auxquels s'engage le soumissionnaire, tels qu'ils sont mentionnés dans le formulaire technique.

Le sixième sous-critère, qui représente 60 points, évalue la « capacité à garantir la performance ». Le cahier spécial des charges énonce ce qui suit à propos de ce sous-critère :

« Ce sous-critère juge notamment de :

- (i) La crédibilité de l'atteinte des objectifs de performance en énergie, en eau et en chlore au regard du plan de travaux proposés;
- (ii) La qualité du dispositif de Mesure et Vérification et du suivi de performance.

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) La note de présentation détaillée des objectifs de performance (document A.2.2.1) et la note descriptive des dispositions mises en place pour la réduction de l'utilisation du chlore (document A.2.2.4);
- (ii) Les pièces graphiques techniques expliquant la démarche de conception du Projet (documents A.1.2);
- (iii) La note relative à la description des modalités de suivi de la performance énergétique (document C.1.2) et les exemples de Rapports de vérification (documents C.1.3) ».

Le moyen tend à reprocher à la partie adverse, en substance, de ne pas avoir examiné adéquatement la crédibilité des engagements des attributaires. Les requérantes soutiennent qu'il résulte de la décision attaquée, et en particulier du rapport d'analyse des offres, que la partie adverse a elle-même constaté et reconnu que les engagements des intervenantes étaient sujets à caution ou incertains en raison des hypothèses de performance retenues par elles, qui seraient, selon les requérantes, « très optimistes » ou audacieuses, compte tenu des technologies mises en œuvre, ainsi que des contraintes budgétaires, techniques et opérationnelles du marché. Les requérantes soutiennent que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et violé les règles visées au moyen en n'examinant pas de manière sérieuse la régularité de l'offre des intervenantes, alors qu'un examen approfondi aurait dû la conduire à déclarer leur offre irrégulière. Elles soulignent en particulier que si la méthodologie sur la base de laquelle chaque soumissionnaire fonde ses engagements fait l'objet d'un sous-critère d'appréciation spécifique, cette circonstance ne dispensait pas la partie adverse d'examiner le caractère complet et certain des engagements des soumissionnaires et ce, dans le cadre de l'examen de la régularité des offres.

Le pouvoir adjudicateur peut requérir des soumissionnaires, à titre d'exigences minimales ou substantielles, que ceux-ci présentent des engagements particuliers aux fins de l'exécution du marché. La régularité de l'offre des soumissionnaires est conditionnée au respect des exigences minimales ainsi édictées. Le pouvoir adjudicateur apprécie le caractère réaliste des engagements pris à ces fins.

Le moyen paraît manquer en fait en tant qu'il fait grief à la partie adverse de s'être limitée à un contrôle formel de la régularité des offres. Il ressort en effet des différents courriers échangés avec les soumissionnaires ainsi que du rapport d'analyse des offres qu'elle a procédé à un contrôle matériel des offres initiales et finales. Dès le 9 mars 2020, elle interrogeait chacun des soumissionnaires, dont Swim Team Blocry 2.0. sur plusieurs aspects précis de leur offre initiale. En particulier, les attributaires ont été interrogées notamment sur la gestion des eaux de rejet, sur la présence de tous les locaux prévus et des équipements exigés pour la halle bassin, sur le calcul du taux des émissions de gaz à effet de serre, sur le plan de mesure et vérification (PMV), sur les hypothèses prises en compte pour le calcul pour l'engagement en chlore, sur le calcul relatif à l'ensemble des consommations d'énergie primaire, sur la récupération des eaux de lavage des vitres, sur la durée des douches, sur les hypothèses relatives au calcul des consommations d'eau, *etc.* Les soumissionnaires ont apporté des réponses à ces questions le 12 mars. La partie adverse a analysé les réponses, elle a corrigé des erreurs matérielles et arithmétiques et elle en a conclu que les offres (initiales et finales) ne manquaient pas de crédibilité et n'étaient pas irréalistes, ce qu'explique le rapport d'analyse des offres. Elle a dès lors admis leur régularité.

Contrairement à ce qu'allèguent les requérantes, pour évaluer les offres, la partie adverse ne s'est pas fondée sur la seule affirmation unilatérale des soumissionnaires quant à leurs engagements. Le respect des exigences substantielles minimales paraît avoir été effectivement vérifié. Il en va ainsi notamment du respect des valeurs maximales prévues par le cahier spécial des charges, l'offre de la SA Cœur de Ville ayant notamment été écartée sur cette base. À cet égard, s'agissant du niveau maximal de consommation d'énergie primaire et en réponse à la critique des requérantes qui font valoir que l'acte attaqué ne mentionne que l'engagement global en consommation d'énergie de Swim Team Blocry 2.0 sans distinguer les deux composantes de ces consommations, à savoir l'énergie dédiée à la production de chaleur et l'électricité, la consultation de l'offre finale des intervenantes permet de constater que leur engagement respecte non seulement le plafond global, mais également le plafond relatif à chacun des deux types d'énergie (énergie dédiée à la production de chaleur, d'une part, et électricité, d'autre part).

Selon les requérantes, il résulte de la motivation, contenue dans le rapport d'analyse des offres, relative au sous-critère 1.6, que la partie adverse a elle-même jugé que les engagements contractuels des attributaires relatifs aux objectifs de performance en énergie et en eau sont incertains.

Certes, le rapport d'analyse des offres fait état, s'agissant de l'offre de Swim Team Blocry 2.0, de certaines « incertitudes », en ce qui concerne, notamment, l'objectif de performance en énergie et l'objectif de performance en eau.

D'une manière générale, il ressort de l'analyse consignée dans ledit rapport que l'offre de Swim Team Blocry 2.0 est jugée plus ambitieuse que celle des requérantes, notamment en termes d'équipements pour la production de chaleur, le traitement de l'eau, la production d'énergies renouvelables.

S'agissant des engagements relatifs à l'objectif de performance en énergie, le rapport fait état « d'une certaine incertitude sur l'atteinte de l'objectif », en raison, notamment de ce que les coefficients sur lesquels lesdits soumissionnaires se sont engagés dépendent de facteurs externes, à savoir les conditions saisonnières qui sont variables. Toutefois, il indique également que les hypothèses de calcul restent *a priori* crédibles. D'une manière globale, la crédibilité de l'atteinte de l'objectif de performance en énergie est jugée « satisfaisante ».

À propos de l'objectif de performance en eau, le rapport, s'agissant également de l'offre des attributaires, indique que le système de traitement de l'eau de rejet « par osmose inverse pour réinjection dans le bassin » utilise une technologie « *a priori* très performante mais peu éprouvée ». En ce qui concerne les besoins en eau par nageur, il est indiqué que « le faible retour d'expérience du système de traitement UF/RO entraîne une incertitude sur l'atteinte de l'objectif de consommation d'eau, puisqu'en cas de rendement moindre, la consommation par nageur serait automatiquement plus élevée qu'annoncé. » Toutefois, en conclusion de l'analyse relative à cet engagement, il est indiqué que « les doutes quant à l'atteinte de l'objectif de performance en eau sont assez faibles » et que « la crédibilité de l'atteinte de cet engagement, raisonnablement plus ambitieux que l'autre soumissionnaire, est bonne ».

Les considérations faisant état d'incertitudes quant à l'atteinte des objectifs de performance en énergie et en eau ne peuvent être isolées de l'ensemble de la motivation qui aboutit à la conclusion que la crédibilité de l'atteinte de ces objectifs est, respectivement, satisfaisante et bonne. Il ne paraît donc pas pouvoir être déduit du rapport d'examen des offres que le pouvoir adjudicateur aurait considéré que l'offre des intervenantes serait irréaliste.

S'il est exact que, comme le soutiennent les requérantes, la circonstance que le sixième sous-critère d'attribution tend à apprécier la capacité des soumissionnaires à garantir la performance ne dispense par le pouvoir adjudicateur d'examiner, au titre de la régularité des offres, le caractère complet et certain de

leurs engagements, ce sous-critère n'a pas vocation à se substituer à la vérification de la régularité des offres quant au respect des exigences minimales du cahier spécial des charges et quant à l'existence des engagements des soumissionnaires et à leur caractère complet et certain. En effet, il tend à évaluer les offres régulières du point de vue de la crédibilité de l'atteinte des objectifs de performance en énergie et en eau. Partant, la seule circonstance que le sous-critère concerné fait l'objet d'une appréciation moins favorable en raison, comme en l'espèce, de quelques incertitudes ou réserves ne paraît pas impliquer que l'offre aurait dû être écartée en raison d'une irrégularité substantielle. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'elle a jugé l'offre des attributaires plus audacieuse quant aux objectifs concernés que la partie adverse devait nécessairement la considérer comme étant irréaliste et, partant, la déclarer irrégulière. Il convient dès lors de vérifier si les éléments apportés par les requérantes sont de nature, au stade actuel de la procédure, à aboutir à la conclusion que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'offre des attributaires n'était pas irréaliste.

En ce qui concerne l'objectif de performance en énergie, les requérantes soulignent les incertitudes relatives au rendement des pompes à chaleur (PAC), qui ne pourrait être optimal de manière continue et ce, en raison de la variabilité des conditions extérieures. Sur ce point, il ressort du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a procédé à une analyse globale de la performance énergétique proposée pour en conclure que l'offre de Swim Team Blocry 2.0 était satisfaisante sur ce point, sans être irréaliste. Il paraît se déduire de ladite analyse qu'elle considère que les variations des conditions extérieures ne devraient pas présenter un impact conséquent sur le rendement des pompes à chaleur, dès lors qu'est prévu un système de récupération des eaux des douches et de l'air rejeté qui présente un rendement qualifié de « très intéressant ». Par ailleurs, il convient de souligner que la partie adverse a estimé que les performances proposées et les hypothèses de calcul figurant dans l'offre de Swim Team Blocry 2.0 sont « *a priori* crédibles ». Force est en outre de relever que, s'agissant de l'objectif de performance en énergie, les requérantes se limitent à critiquer les hypothèses de rendement des seules pompes à chaleur alors que l'objectif en cause a été apprécié de manière globale et que les requérantes n'apportent pas d'élément permettant d'établir que cet élément est de nature, à lui seul, à remettre en cause la proposition des attributaires en matière de performance énergétique.

Quant à l'objectif de performance en eau, il ressort de la motivation du rapport d'analyse que la partie adverse relève que le système de traitement par ultra filtration et osmose inverse (UF/RO), préconisé par les attributaires, permettrait la récupération de 70% de l'eau de pluie, des bassins et pédiluves, est *a priori* très performant. La circonstance qu'il y est souligné que ce système est « peu éprouvé »,

signifie certes qu'il est innovant, mais nullement qu'il s'agirait d'une option irréaliste. Ainsi que l'ont indiqué la partie adverse et les intervenantes, les requérantes ne démontrent pas que la technologie d'ultrafiltration et osmose inverse proposée rendrait l'engagement de Swim Team Blocry 2.0 impossible ou qu'elle ne serait pas conforme aux règles sanitaires applicables en matière de traitement d'eau. À cet égard, la partie adverse a déposé un courrier du SPW Environnement du 9 décembre 2020 qui confirme que, ainsi que cela avait été précisé en juillet 2020, le procédé concerné est conforme aux règles applicables en Région wallonne.

En ce qui concerne la récupération des eaux de pluie, la partie adverse a pu constater, sur la base des analyses des offres, que le volume des eaux de pluie susceptible d'être récupéré selon Swim Team Blocry 2.0 (2.150 m³ par an) est presque deux fois supérieur au volume récupéré par les parties requérantes (1.200 m³ par an) et que les attributaires utilisent la quasi-totalité des eaux de pluie récupérées, qu'elle traite par ultrafiltration et osmose inverse pour les injecter dans le bassin, alors que les requérantes n'utilisent qu'une petite partie des eaux de pluie récoltées et ce pour les sanitaires. La partie adverse a eu égard non seulement aux capacités de récupération (en tenant compte du volume des bacs tampons prévus), mais également aux capacités de réutilisation.

Il ressort de la pièce (confidentielle) 51 du dossier administratif, comportant les tableaux d'analyse des offres finales et de la crédibilité des engagements, que la partie adverse a évalué les offres sur l'ensemble des consommations (douches, nettoyage, sanitaires, bassin, autolaveuse) qui dépendent également des équipements proposés et du profil du bassin, pour en conclure qu'au regard de l'ensemble des éléments de l'offre, les doutes quant à l'atteinte de l'objectif de performance en eau sont assez faibles et que la crédibilité de l'atteinte de cet engagement par Swim Team Blocry 2.0, raisonnablement plus ambitieux que l'autre soumissionnaire, est bonne. Les requérantes ne démontrent pas que le seul élément de la durée des douches serait de nature à remettre en cause la proposition faite par Swim Team Blocry 2.0 en matière de performance en eau, jusqu'à la rendre irréaliste et irrégulière. Les arguments chiffrés de durée moyenne des douches à la piscine (2 à 3 minutes contre 5 minutes) ne paraissent pas, *prima facie*, de nature à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse. Il n'est pas invraisemblable en effet que, comme le souligne le rapport d'analyse des offres, une durée moyenne de 5 minutes puisse apparaître comme excessive eu égard à l'expérience de l'exploitant. Par ailleurs, ainsi que l'indique la partie adverse dans sa note d'observations, la durée des douches n'est pas un facteur statique du plan de mesure et vérification (PMV) de l'offre de Swim Team Blocry 2.0. qui, comme allégué par les requérantes, lui permettrait de modifier son engagement au terme d'un « ajustement de la base de référence », et ne pas respecter

l'engagement promis. La partie adverse a pu raisonnablement considérer que Swim Team Blocry 2.0 s'est engagé à exécuter le marché en fondant son offre sur des valeurs crédibles, basées sur des hypothèses et des calculs jugés réalistes et cohérents. Au stade actuel de la procédure, rien n'indique que cet engagement serait incertain.

Les requérantes ne formulent aucune critique en ce qui concerne l'objectif de performance en chlore et la qualité du dispositif de mesure et vérification et du suivi de performance.

C'est en vain qu'à l'audience, les requérantes ont reproché à la partie adverse de ne pas avoir déposé au dossier administratif tous les éléments d'analyse relatifs à l'évaluation de la fiabilité et à la crédibilité des engagements de Swim Team Blocry 2.0 en matière de performances énergétiques. Il s'avère que la partie adverse a recouru à l'expertise de bureaux d'études, lesquels ont participé notamment aux séances de négociations au cours desquelles de nombreux aspects techniques ont été abordés, en lien notamment avec les questions posées préalablement aux soumissionnaires. S'il est exact que le dossier administratif ne comporte pas, spécifiquement, de rapport établi par un ou des bureaux d'études, force est de souligner que le rapport d'analyse des offres est particulièrement détaillé et qu'il comporte, à propos des performances en matière d'énergie et d'eau, des éléments d'analyse qui constituent vraisemblablement les conclusions auxquelles est parvenu le groupe de travail interdisciplinaire dont faisaient partie notamment les bureaux d'études précités.

Il ne revient pas au Conseil d'État de se prononcer sur le caractère « réaliste » des engagements d'un soumissionnaire, mais uniquement d'apprécier si le pouvoir adjudicateur n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre reposant sur des éléments qui ne concordent pas avec la réalité. À cette fin, il ne lui appartient pas d'arbitrer des querelles d'experts. Par ailleurs, il convient de rappeler que, si, dans le contentieux des marchés publics et des concessions, une demande de suspension ne peut être introduite que selon la procédure d'extrême urgence, c'est parce que le législateur, soucieux de maintenir un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public, a voulu que cette procédure ait pour objet de « trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs » (*Doc parl.*, Ch..., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31). En l'espèce, dans le cadre d'un examen en référé d'extrême urgence, le Conseil d'État ne peut que constater, *prima facie*, que les requérantes échouent à démontrer que la partie adverse aurait commis une telle erreur en ne considérant pas que l'offre de Swim Team Blocry 2.0 était irrégulière.

Par ailleurs, au regard du libellé même de la requête et des arguments qui y sont développés, la motivation formelle de l'acte attaqué doit être considérée comme suffisante et adéquate. Les considérations qui y sont reprises, et dont il a été fait état ci-avant, permettent de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a considéré que les engagements de Swim Team Blocry 2.0 ne sont pas irréalistes. Il paraît indifférent à cet égard que ces motifs sont exprimés dans la partie relative à l'appréciation du sous-critère 1.6 « Capacité à garantir la performance ». Par ailleurs, dans le cadre de l'examen du sous-critère d'attribution 1.1 « Limitation de la consommation de l'énergie », la partie adverse n'était pas tenue de ventiler les consommations renseignées par Swim Team Blocry 2.0 dès lors que ce sous-critère n'est pas subdivisé et qu'il globalise le total des valeurs renseignées. Pour le surplus, ainsi qu'il a été constaté, l'offre des attributaires respecte bien non seulement le plafond global mais également le plafond relatif à chacun des deux types d'énergies (énergie dédiée à la production de chaleur, d'une part, et électricité d'autre part).

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse des requérantes

Le deuxième moyen est pris de la violation des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4 et 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de ses articles 35 et 36, 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, notamment en son article 4, et de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général *patere legem quam ipse fecisti* ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que « la partie adverse a évalué l'offre finale de Swim Team Blocry 2.0 au regard des critères d'attribution et a attribué le marché à ce consortium, en mentionnant dans l'acte attaqué qu'aucun prix de son offre n'est apparu anormal »,

alors que « l'offre de Swim Team Blocry 2.0 est affectée de prix et de coûts anormaux, que la partie adverse n'a pas procédé à une vérification de la normalité des coûts présentés et ne démontre pas avoir effectivement procédé à une vérification de la normalité des prix de l'offre ».

Après avoir exposé la portée de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que des articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les requérantes font valoir ce qui suit :

« [...] »

51. En l'espèce, il ressort du cahier spécial des charges :

- (i) que le prix de l'offre ne constituait pas un critère d'attribution du marché;
- (ii) que les soumissionnaires étaient tenus, sous peine d'irrégularité substantielle de leur offre, de remettre un prix global inférieur à 13.600.000 EUR HTVA (Pièce 13, p. 21);
- (iii) que les soumissionnaires étaient tenus, dans le cadre du formulaire technique récapitulatif A2, de décomposer leur prix global en une série de grands postes généraux (Pièce 13, pp. 144-145).

Aucun métré détaillé n'était prévu, dès lors que le marché porte non seulement sur la construction mais également sur la conception du bâtiment;

Nature des prestations / travaux	Remarques	Montant (CMT)
AVANT-PROJET		
PROJET		
DOSSIER PERMIS		
DOSSIER EXECUTION		
ABORDS		
TERRASSEMENTS		
GROS-ŒUVRE - Fondations		
GROS-ŒUVRE - Murs porteurs, voiles, structures et ouvrages en béton		
GROS-ŒUVRE - Bassins		
GROS-ŒUVRE - Toitures et couvertures		
GROS-ŒUVRE - Menuiseries extérieures		
MENJISERIES INTERIEURES		
FINITIONS		
MOBILIERS ET EQUIPEMENTS DIVERS		
TECHNIQUES - HVAC (y compris régulation)		
TECHNIQUES - TRAITEMENT DE L'EAU (y compris régulation)		
TECHNIQUES - SANITAIRES		
TECHNIQUES - INCENDIE		
TECHNIQUES - ELECTRICITE - Eclairage		
TECHNIQUES - ELECTRICITE - Courants forts		
TECHNIQUES - ELECTRICITE - Courants faibles		
COMMISSIONING/ESSAIS/TESTS		
CLAUDE SOCIALE DE FORMATION	Montant à justifier	27.303,40 €
DIVERS		
SUIVI TECHNIQUE ET SUIVI DE LA PERFORMANCE		
TOTAUX		27.303,40 €

- (iv) que le prix remis pour le poste normalisé "Suivi technique et suivi de la performance" était évalué en tant que tel dans le cadre du sous-critère d'attribution 3.1 en tant que "Coût du suivi technique" (Pièce 13, rapport d'analyse des offres p. 42);

- (v) que les autres prix remis, outre qu'ils ne faisaient pas l'objet d'un critère d'attribution spécifique, n'étaient pas autrement pris en compte dans le cadre de l'évaluation des offres;

- (vi) que le “coût des fluides (énergie et eau) pour une durée de 20 ans” évalué dans le cadre du sous-critère d’attribution 3.2 est déterminé conformément à la consommation annuelle d’énergie et d’eau indiquée par le soumissionnaire dans le formulaire technique récapitulatif A.2 et aux paramètres de calcul définis par le cahier spécial des charges (Pièce 13, rapport d’analyse des offres p. 42);
- (vii) que les “charges en personnel” et les “coûts estimatifs de charge d’exploitation” pris en compte dans le cadre de l’évaluation du sous-critère d’attribution 2.1 étaient estimés sur la base de notes méthodologiques (à savoir les protocoles d’exploitation maintenance pour toutes les opérations courantes de conduite, exploitation et maintenance des installations (Document C.2.3) et la note présentant les modalités d’exploitation quotidienne de la piscine et des dispositifs mis en œuvre pour simplifier cette exploitation quotidienne (Document C.2.4);
- (viii) qu’aucune vérification des prix ou des coûts des offres n’était mentionnée ou annoncée par le cahier spécial des charges.

52. L’acte attaqué expose quant à lui :

- (i) que Swim Team Blocry 2.0 a remis une offre finale (BAFO) pour un prix global de 13.598.076,00 EUR HTVA (Pièce 14, p. 3);
- (ii) sans autre précision ou motivation, que “les prix de l’offre initiale des soumissionnaires ont été vérifiés conformément à l’article 35 de l’AR Passation” et que “aucun prix n’est apparu anormal par rapport aux prestations à effectuer” (Pièce 14, rapport d’analyse des offres p. 22);
- (iii) sans autre précision ou motivation, que “les prix de l’offre finale des soumissionnaires ont été vérifiés conformément à l’article 35 de l’AR Passation” et que “aucun prix n’est apparu anormal par rapport aux prestations à effectuer” (Pièce 14, rapport d’analyse des offres p. 26).

Il ne ressort aucunement de l’acte attaqué que la partie adverse aurait sollicité des soumissionnaires la moindre information ou complément dans le cadre de la vérification que lui impose l’article 35.

53. Ainsi qu’il a été indiqué dans le cadre du développement du premier moyen, les coûts des “fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans” associés aux offres finales des deux soumissionnaires et évalués dans le cadre du sous-critère d’attribution 3.2 (pondéré à 100/1000) étaient respectivement de 16.266.848 EUR pour les parties requérantes et de 12.570.682 EUR pour Swim Team Blocry 2.0 (Pièce 14, rapport d’analyse des offres p. 36 et p. 50).

Le montant des coûts induits par l’offre finale de Swim Team Blocry 2.0 étaient donc substantiellement inférieurs à ceux découlant de l’offre finale des parties requérantes, tant en termes absolus (3.696.166 EUR sur 20 ans, soit 184.808,3 EUR par an) qu’en termes relatifs (-22,73%).

En présence de ces différences importantes de coûts, qui ne manquaient pas d’interpeller, il ressort de l’acte attaqué que la partie adverse n’a ni interrogé Swim Team Blocry 2.0, comme elle en avait la possibilité, ni procédé à la moindre vérification des coûts (qui lui était pourtant imposée par les normes et principes visés au moyen).

Plus grave encore, il est évident que la partie adverse s’est rendue coupable d’une erreur manifeste d’appréciation et a violé les normes et principes visés au moyen en estimant que l’offre finale de Swim Team Blocry 2.0 ne comportait aucun prix ou coût anormal.

En effet, il découle du point 24.2.3.2 du cahier spécial des charges que le coût des fluides évalué dans le cadre du sous-critère 3.2 sont directement déterminés par les engagements du soumissionnaire en termes de consommation d’énergie et d’eau (Pièce 13, p. 42).

24.2.3.2 Sous-critère 3.2 : coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans (100 points)

Afin de calculer le coût des fluides sur vingt (20) ans, le Pouvoir adjudicateur appliquera la formule suivante, sur la base des consommations auxquelles s'engage le Soumissionnaire, tel que mentionné dans le Formulaire Technique (voir cellules « Energie dédiée à la production de chaleur (kWh PCI) » et « Consommation électrique (kWh) ») :

Coût des fluides sur 20 ans =

$$20 * \sum_i \text{Prix unitaire}_{\text{Energie } i} \times \text{Consommation d'énergie}_{\text{Energie } i}$$

Les modalités de calcul de la consommation en énergie sont mentionnées au paragraphe 3.1 de l'Annexe B.4 (partie 4 « Programme performanciel »).

Les prix unitaires utilisés par énergie sont les suivants :

- o Prix unitaire électricité : 0,19 €TTC/kWh, inflation à considérer de 4% par an.
- o Prix unitaire gaz : 0,05 €TTC/kWh PCI, inflation à considérer de 3% par an.
- o Prix unitaire eau : 5,5 €TTC/m³, inflation à considérer de 7% par an.
- o Prix unitaire biomasse pellets : 0,054 €TTC/kWh.
- o Prix unitaire biomasse plaquette : 0,032 €TTC/kWh.

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$$100 * (\text{coût de l'Offre la plus basse} / \text{coût de l'Offre évaluée})$$

Or, ainsi qu'il a été amplement démontré dans le cadre du développement du premier moyen, les engagements de Swim Team Blocry 2.0 en matière de consommation d'eau et d'énergie étaient, selon les termes mêmes de l'acte attaqué, affectés d'une incertitude évidente et ne pouvaient donc pas être considérés comme crédibles et raisonnablement établis.

Coupable d'avoir valorisé les engagements de Swim Team Blocry 2.0 malgré l'incertitude associée à ceux-ci, la partie adverse est donc cumulativement coupable d'avoir valorisé (au surplus sans interroger le soumissionnaire) les coûts artificiellement et déraisonnablement bas que promettait son offre.

54. En estimant que l'offre finale de Swim Team Blocry 2.0 ne comportait aucun coût anormal (en particulier le coût des fluides évalué dans le cadre du sous-critère d'attribution 3.2), la partie adverse s'est rendue coupable d'une erreur manifeste d'appréciation et a violé les normes et principes visés au moyen.

L'offre finale de Swim Team Blocry 2.0 aurait dû être écartée, de sorte que les parties requérantes auraient dû se voir attribuer le marché.

Ces éléments suffisent à l'évidence à démontrer le caractère sérieux du deuxième moyen.

55. Néanmoins, l'acte attaqué est au surplus affecté des irrégularités suivantes, qui suffisent toutes également séparément (et *a fortiori* conjointement) à établir son irrégularité et le caractère sérieux du deuxième moyen :

- (i) en faisant uniquement référence à une prétendue vérification des prix des offres, l'acte attaqué confesse qu'aucun contrôle des coûts des offres n'a été réalisé (alors même que plusieurs types de coûts étaient évalués en tant que sous-critères d'attribution);
- (ii) en se contentant d'une formule stéréotypée et générique concernant une prétendue vérification des prix des offres, la partie adverse ne démontre aucunement que pareille vérification a été réalisée (et ne permet *a fortiori* pas de comprendre les appréciations prétendument posées, ni d'en évaluer la régularité).

L'absence de toute vérification des prix apparaît d'autant plus probable que, comme indiqué, le cahier spécial des charges n'y faisait pas référence dans la séquence d'évaluation des offres initiales et finales.

La vérification des prix s'impose pourtant à tous les pouvoirs adjudicateurs, concernant toutes les offres, dans le cadre de toutes les procédures d'attribution.

Cette obligation reste pleine et entière en l'espèce même si les prix des offres n'étaient pas en tant que tels évalués en tant que critère d'attribution. Cette absence de prise en compte ne fait pas disparaître, au contraire, les risques que les prix présentés soient anormaux, irréalistes ou spéculatifs.

Pareil contrôle visant à s'assurer du caractère non anormal et réaliste des prix proposés s'imposait même d'autant plus en l'espèce :

- (i) que le prix remis pour le poste normalisé "Suivi technique et suivi de la performance" était évalué en tant que tel dans le cadre du sous-critère d'attribution 3.1 en tant que "Coût du suivi technique";
- (ii) que le marché prévoyait un budget global maximal (13.600.000 EUR HTVA) que les soumissionnaires ne pouvaient dépasser à peine d'irrégularité de leur offre;
- (iii) que l'offre finale (BAFO) de Swim Team Blocry 2.0 propose un prix global extrêmement proche de cette limite (13.598.076 EUR);
- (iv) qu'il est interpellant que, compte tenu de ce cadre budgétaire et des autres exigences techniques et opérationnelles du marché, Swim Team Blocry 2.0 fasse état de performances énergétiques à ce point différentes de celles du projet des parties requérantes, pour un prix équivalent (et notamment d'un bâtiment présente un taux d'étanchéité à l'air correspondant au critère passif, alors que ces performances n'ont jamais été atteintes en Belgique que les performances d'isolation d'un bâtiment sont directement corrélées à son coût de construction);
- (v) que, compte tenu des risques évidents que le soumissionnaire ne respecte pas ses engagements contractuels en matière de performances énergétiques et des conséquences financières potentiellement sévères induites par la méconnaissance desdits engagements (pénalités, amendes, mesures d'office, indemnisation des surcoûts liés à la sous-performance énergétique), tout pouvoir adjudicateur diligent se devait de vérifier que les prix offerts étaient cohérents avec la solution proposée (et ne dissimulaient pas notamment une "surprime" que le soumissionnaire se serait ménagée aux dépens de la qualité du projet afin de compenser par anticipation les montants importants dont il pourrait être redevable envers la partie adverse dans le cadre de l'exécution du marché).

56. Au surplus, et pour autant que de besoin, il est évident que les formules lacunaires et stéréotypées figurant dans l'acte attaqué concernant la vérification des prix ne satisfont pas aux exigences de motivation qui s'imposaient en l'espèce à la partie adverse et que celle-ci a, dans cette mesure également, violé les normes et principes visés au moyen.

Il convient également de souligner par avance que toute explication ou tout élément qui seraient mis en avant par la partie adverse dans le cadre du présent recours seraient nécessairement formulés de manière tardive et pour les besoins de la cause et ne permettraient pas de remédier à l'illégalité de la décision attaquée.

[...] ».

VI.2. *Appréciation*

Aux termes de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification. ».

L'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce notamment ce qui suit :

« Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36. ».

L'article 36 de l'arrêté précité dispose quant à lui comme suit :

« § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.
§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.
[...] ».

En application de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation

portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée. Lorsqu'il résulte clairement du rapport d'analyse des offres que le pouvoir adjudicateur s'est bien livré à une vérification effective des prix, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, son contrôle étant, à cet égard, limité aux erreurs de fait et aux erreurs manifestes d'appréciation.

En l'espèce, le rapport d'analyse des offres mentionne en page 22, pour les offres initiales, et en page 26 pour les offres finales, que la partie adverse a procédé à l'examen des prix et des coûts. Par ailleurs, il ressort du dossier administratif qu'elle a sollicité des informations des deux soumissionnaires conformément l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 lorsqu'elle a estimé que c'était utile. Ainsi, lors des séances de négociations, Swim Team Blocry 2.0 a été interrogé au sujet des prix repris dans le formulaire technique, notamment à propos du poste « suivi technique ». Ainsi également, par des courriels du 5 mai 2020, la partie adverse a interrogé les deux soumissionnaires sur la répartition du coût de conception dans le formulaire technique, à la suite de quoi les requérantes ont d'ailleurs confirmé la rectification du formulaire technique. Après avoir procédé à l'examen des prix et des coûts, en s'appuyant sur des explications déjà fournies dans les offres ou en sollicitant des informations des deux soumissionnaires, la partie adverse a considéré qu'aucun prix n'était apparu anormal par rapport aux prestations à effectuer (rapport d'analyse des offres, points 4.4 et 5.4), de sorte qu'elle n'a pas mis en œuvre l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Ainsi que le souligne la partie adverse dans sa note d'observations, la distinction faite par les requérantes entre le contrôle des prix et le contrôle des coûts n'a pas lieu d'être, dès lors qu'il ressort bien des éléments du dossier et de la motivation du rapport d'analyse que le contrôle des prix et des coûts a été effectué. Par ailleurs, c'est en vain que les requérantes tentent de tirer argument du fait que ce contrôle des prix et des coûts n'aurait pas été prévu par le cahier spécial des charges dès lors qu'il s'agit d'une étape obligatoire imposée par la réglementation et que le pouvoir adjudicateur n'est pas censé l'annoncer dans le cahier spécial des charges et reprendre textuellement la réglementation quant à ce pour pouvoir procéder effectivement à une telle vérification.

Plus concrètement, en l'espèce, dès lors que le prix de l'offre ne constituait pas un critère d'attribution et que les soumissionnaires devaient remettre un prix global inférieur à 13.600.000 euros, le cahier spécial des charges demandait

aux soumissionnaires une décomposition du prix de leur offre ainsi qu'un formulaire technique récapitulatif reprenant les grands postes généraux.

Ainsi que l'indique la partie adverse dans sa note d'observations, il apparaît que les offres finales des deux soumissionnaires sont assez proches tant entre elles que par rapport à la limite budgétaire et que la différence entre les deux offres finales, qui s'élève à 4.660,96 euros, est peu importante, malgré des programmes assez différents.

Les critiques des requérantes portent essentiellement sur les coûts du suivi technique et le coût des fluides, qui présentent quant à eux un écart plus significatif.

Le cahier spécial des charges prévoyait un critère 3 « Aspects financiers », décomposé en deux sous-critères (3.1 « Suivi technique » et 3.2 « Coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans »). Pour chacun des sous-critères, une formule de calcul était prévue.

Il ressort du rapport d'analyse des offres que les requérantes ont obtenu, sur la base de la formule appliquée, respectivement, 50/50 pour le sous-critère « Coût du suivi technique » et 77,28/100 pour le sous-critère « Coût des fluides », tandis que Swim Team Blocry 2.0 a obtenu 38,34/50 pour le « Coût du suivi technique » et 100/100 pour le « Coût des fluides ».

En ce qui concerne le « Coût du suivi technique », la partie adverse a pu considérer que les prix remis se situaient tous deux dans la norme. Les soumissionnaires ont exposé dans leurs offres comment ils ont construit ce prix et la partie adverse a considéré ces explications comme étant cohérentes avec les solutions fournies par chacun.

Si les parties requérantes estiment que les performances énergétiques de Swim Team Blocry 2.0 sont incohérentes avec le prix global de l'offre, en renvoyant à certains équipements qui, selon elles, seraient de nature à entraîner un surcoût en indiquant un montant au hasard, et si elles soulignent également que les performances promises en matière d'étanchéité à l'air du bâtiment n'ont jamais été atteintes en Belgique, ces arguments ne sont pas étayés. Ainsi qu'il a été constaté à l'occasion de l'examen du premier moyen, Swim Team Blocry 2.0 a particulièrement axé la conception de son projet sur l'ensemble des aspects environnementaux et énergétiques prévus par le cahier spécial des charges, tandis que les requérantes ont plutôt visé la sécurisation de l'atteinte des objectifs de performance en énergie et en eau. Les deux projets sont donc très différents, tant sur

le plan architectural qu'en ce qui concerne les objectifs de performance. Il a par ailleurs été constaté, eu égard à l'objectif et au contexte du marché, et sur la base des pièces du dossier administratif, que la partie adverse n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en ne déclarant pas l'offre de Swim Team Blocry 2.0 anormale ou irrégulière.

Quant à l'étanchéité du bâtiment critiquée par les parties requérantes, il ressort du dossier administratif que Swim Team Blocry 2.0 a bien apporté, à la demande de la partie adverse, une référence relative à un bâtiment qui présenterait des caractéristiques similaires afin d'établir que les performances promises en matière d'étanchéité à l'air peuvent être atteintes, ce qui rend vain l'argument des requérantes suspectant une « surprime » destinée à anticiper certaines pertes futures dues à la non réalisation de l'objectif en question.

Le « coût des fluides (énergie et eau) pour une durée de 20 ans » évalué dans le cadre du sous-critère d'attribution 3.2 est déterminé conformément à la consommation annuelle d'énergie et d'eau indiquée par le soumissionnaire dans le formulaire technique récapitulatif A.2 et aux paramètres de calcul définis par le cahier spécial des charges. Le cahier spécial des charges définit cette formule comme suit :

« Afin de calculer le coût des fluides sur vingt (20) ans, le Pouvoir adjudicateur appliquera la formule suivante, sur la base des consommations auxquelles s'engage le Soumissionnaire, tel que mentionné dans le Formulaire Technique (voir cellules "Énergie dédiée à la production de chaleur (kWh PCI)" et "Consommation électrique (kWh)") :

Coût des fluides sur 20 ans =

$$20 * \sum_i \text{Prix unitaire}_{\text{Energie } i} \times \text{Consommation d'énergie}_{\text{Energie } i}$$

Les modalités de calcul de la consommation en énergie sont mentionnées au paragraphe 3.1 de l'Annexe B.4 (partie 4 "Programme performanciel").

Les prix unitaires utilisés par énergie sont les suivants :

Prix unitaire électricité : 0,19 €TTC/kWh, inflation à considérer de 4% par an.

Prix unitaire gaz : 0,05 €TTC/kWh PCI, inflation à considérer de 3% par an.

Prix unitaire eau : 5,5 €TTC/m³, inflation à considérer de 7% par an.

Prix unitaire biomasse pellets : 0,054 €TTC/kWh. Inflation à considérer de 0,84% par an.

Prix unitaire biomasse plaquette : 0,032 €TTC/kWh. Inflation à considérer de 0,5% par an.

Le nombre de point attribué au Soumissionnaire est calculé de la façon suivante :

$100 * (\text{coût de l'Offre la plus basse} / \text{coût de l'Offre évaluée})$ ».

Le coût des fluides est calculé sur la base d'une formule mécanique et c'est donc la partie adverse qui a déterminé ce coût sur la base d'engagements de performance vérifiés et sur la base d'un coût de l'énergie déterminé par elle. Le montant résultant de ce calcul est issu d'un calcul fait par la partie adverse et ne

constitue pas un montant qui aurait été élaboré par les soumissionnaires eux-mêmes lors du dépôt de l'offre, ainsi que le soutiennent les requérantes. Le calcul de ces montants figure en pièce confidentielle 51 du dossier administratif. La différence entre les deux offres finales s'explique par les données d'entrée utilisées par la partie adverse, lesquelles résultent des engagements pris par les soumissionnaires. Les requérantes ne démontrent pas que la partie adverse aurait commis en l'espèce une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas ces coûts comme anormaux. À propos de l'«incertitude» alléguée en matière de consommation d'eau et d'énergie dont se prévalent les parties requérantes, il convient de se référer à l'examen du premier moyen à l'occasion duquel il est apparu que la partie adverse a pu estimer que l'offre des soumissionnaires était plus ambitieuse que celle des requérantes en matière de consommation d'énergie, ce qui est de nature à présenter des conséquences sur le prix. Par ailleurs, sans qu'il soit besoin de déterminer si cette question devait être examinée au stade de la vérification de prix, il a été également constaté que rien n'indiquait que les engagements de Swim Team Blocry 2.0 n'étaient pas crédibles.

Si la motivation relative à la vérification des prix est succincte dans l'acte attaqué, elle n'est pas inexistante. Par ailleurs, la partie adverse ayant considéré qu'elle n'était pas confrontée à des difficultés particulières sur la question, elle n'était pas tenue d'apporter une motivation plus ample.

Au terme de l'examen *prima facie* auquel il est possible de procéder en extrême urgence, il y a lieu de considérer que le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse des requérantes

Le troisième moyen est pris de la violation des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4, et 81 et 82, 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 concession, notamment de son article 4, et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en particulier ses articles 2 et 3, du cahier spécial des charges, du principe général *patere legem quam ipse fecisti*, du principe général selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, du devoir de motivation matérielle des actes administratifs, et du vice des motifs ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que, première branche, « plusieurs notes attribuées par la partie adverse dans le cadre de l'évaluation des offres finales (ainsi que les motivations retenues pour les justifier) témoignent d'erreurs manifestes d'appréciation, et/ou démontrent des incohérences concernant l'évaluation des offres des soumissionnaires »,

alors que » les normes et principes visés au moyen imposent aux adjudicateurs de procéder à une évaluation impartiale, raisonnable et cohérente de toutes les offres, fondée sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et légalement admissibles »;

et en ce que, deuxième branche, « la méthode d'évaluation et de cotation utilisée par la partie adverse concernant l'évaluation de certains sous-critères d'attribution, non annoncée par le cahier spécial des charges, ne reflète pas adéquatement les différences de qualité entre les offres, avec pour effet que la comparaison des offres s'en trouve faussée, au détriment des parties requérantes »,

alors que « les normes et principes visés au moyen (dont en particulier les principes de transparence et d'égalité de traitement entre les opérateurs économiques) imposent que les méthodes d'évaluation et de cotation utilisées dans le cadre de l'application des critères d'attribution reflètent de manière fine et proportionnée les écarts effectifs de qualité entre les offres, en vue de permettre l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'attribution ».

Première branche

Sur la première branche, les requérantes font valoir ce qui suit :

« 60. Il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse a évalué les offres finales des deux soumissionnaires au regard des critères et sous-critères d'attribution de la manière suivante :

	Groupe ment non solidaire Louvain-la-Neuve DB nouvelle piscine (partie requérante)	Groupe ment Swim Team Blocry 2.0
Critère 1 : performance environnementale		
<i>sous-critère 1.1 : performance environnementale</i>	51,81/60	60/60
<i>sous-critère 1.2 : limitation de la consommation d'eau</i>	42,62/60	60/60
<i>sous-critère 1.3 : limitation de la consommation de chlore</i>	0/60	0/60
<i>sous-critère 1.4 : limitation des émissions de gaz à effet de serre</i>	41,97/60	60/60
<i>sous-critère 1.5 : Production ENR</i>	18,65/50	50/50
<i>sous-critère 1.6 : capacité à garantir la performance</i>	<u>54/60</u>	<u>45/60</u>
Critère 2 : performance fonctionnelle		

<u>sous-critère 2.1 : exploitation quotidienne et charge en personnel</u>	<u>66/120</u>	<u>60/120</u>
<u>sous-critère 2.2 : apprentissage de la natation et pratique sportive</u>	<u>72/90</u>	<u>72/90</u>
<u>sous-critère 2.3 : exploitation technique</u>	<u>54/90</u>	<u>63/90</u>
Critère 3 : aspects financiers		
sous-critère 3.1 : coût du suivi technique	50/50	38,34/50
sous-critère 3.2 : coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans	77,28/100	100/100
Critère 4 : aspects architecturaux		
<u>sous-critère 4.1 : qualité de la réflexion architecturale et urbanistique</u>	<u>80/100</u>	<u>70/100</u>
<u>sous-critère 4.2 : Qualité des matériaux mis en œuvre et des équipements mis en œuvre</u>	<u>80/100</u>	<u>75/100</u>
Total	688,33/1000	753.34/1000

61. Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, Swim Team Blocry 2.0 a pu, sur la seule foi de ses engagements (jugées peu crédibles dans le rapport d'attribution) en matière de performances énergétiques et environnementales de la piscine à construire, bénéficier d'un score combiné de 330/390 pour les sous-critères 1.1, 1.2, 1.3 et 1.4, 1.5 et 3.2 (les notes attribuées l'ayant été sur la base d'une application mécanique des formules décrites par le cahier spécial des charges et des engagements de consommation indiqués par les soumissionnaires dans le formulaire technique récapitulatif A.2).

62. Concernant certains autres sous-critères (soulignés dans le tableau repris ci-avant), l'évaluation des offres impliquait, conformément au cahier spécial des charges, une évaluation qualitative des offres et, en conséquence, l'exercice d'une marge d'appréciation par la partie adverse quant à la qualité intrinsèque et relative de chaque offre.

Il peut être constaté que les parties requérantes ont tendanciellement obtenu une note supérieure à celle de Swim Team Blocry 2.0 pour les sous-critères concernés ou, plus précisément, ont obtenu une note supérieure pour tous les sous-critères concernés, à l'exception du sous-critère 2.2 – pour lequel les deux soumissionnaires ont obtenu la même note – et du sous-critère 2.3 – pour lequel Swim Team Blocry 2.0 a obtenu une note supérieure.

Ainsi que les parties requérantes le démontrent ci-après, l'évaluation et la cotation des offres réalisées par la partie adverse au regard de ces sous-critères sont néanmoins irrégulières (et ont faussé la comparaison des offres, qui s'en trouve irrémédiablement viciée et devrait être recommencée) :

- (i) dès lors que la partie adverse s'est rendue coupable d'erreurs d'appréciation manifestes concernant l'évaluation des mérites intrinsèques et comparatifs des deux offres finales, au détriment des parties requérantes (ainsi que les parties requérantes le développent dans le cadre de la présente branche);
- (ii) dès lors que la méthode de cotation utilisée par la partie adverse concernant l'évaluation de certains sous-critères d'attribution, non annoncée par le cahier spécial des charges, ne reflète pas adéquatement les différences de qualité entre les offres, avec pour effet que la comparaison des offres s'en trouve faussée, au détriment des parties requérantes ainsi que les parties requérantes le développent dans le cadre de la deuxième branche du présent moyen.

63. L'article 81, § 3, alinéa 2, de la Loi Marchés publics (lu seul et a fortiori à la lumière de la directive 2014/24 et des principes généraux de la commande publique – égalité, non-discrimination, transparence, proportionnalité – rappelés à l'article 4 de la même Loi) impose que le pouvoir adjudicateur communique aux soumissionnaires les critères d'attribution qui seront utilisés pour l'appréciation des offres, que ces critères soient liés à l'objet du marché (et donc permettent la comparaison des offres et de leurs mérites respectifs sur la base de paramètres pertinents au regard de l'objet du marché et de son exécution), soient précis et transparents, respectent le principe d'égalité des soumissionnaires et ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté de choix illimitée.

Outre les obligations qu'ils imposent à tout pouvoir adjudicateur aux fins de la définition des critères d'attribution d'un marché, les principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination ont également pour conséquence, au stade de l'application des critères d'attribution lors de l'évaluation des offres :

- (i) qu'un pouvoir adjudicateur doit évaluer les offres sur la base des critères définis par les documents du marché et ne peut altérer ou modifier lesdits critères d'attribution en cours de procédure d'attribution.

L'édiction de critères d'attribution dans les documents du marché a en effet pour objet et pour effet de guider l'adjudicateur dans la comparaison des offres et de prévenir toute décision arbitraire. Aussi, l'adjudicateur est lié par les critères d'attribution fixés dans le cahier spécial des charges: l'appréciation des offres ne peut être effectuée que sur la base des critères d'attribution et des paramètres d'évaluation qui ont été annoncés dans les documents du marché, et sur la base de ces seuls éléments. L'adjudicateur ne peut prendre d'autres critères en considération, modifier leur pondération ou neutraliser l'un de ces critères;

- (ii) que, sauf exception encadrée par des conditions strictes, un pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à appliquer, lors de l'évaluation des offres, une méthodologie d'analyse et/ou de notation qui n'aurait pas été explicitement annoncée de manière préalable au dépôt des offres.

Ainsi, la jurisprudence du Conseil d'État, à la suite de celle de la Cour de justice, énonce quatre conditions cumulatives qui encadrent la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de faire valablement application *ex post*, lors de l'évaluation des offres, d'une méthode d'évaluation qui n'avait pas été utilement communiquée aux soumissionnaires de manière préalable au dépôt des offres: (a) la méthode d'évaluation ne peut avoir pour effet de modifier le critère d'attribution ou d'en altérer la pondération; (b) la méthode d'évaluation ne peut contenir des éléments qui auraient pu influencer la préparation de l'offre; (c) la méthode d'évaluation ne peut avoir pour effet de prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un impact discriminatoire envers l'un des soumissionnaires; et (d) la méthode d'évaluation ne peut être dénuée de pertinence par rapport au critère d'attribution à mettre en œuvre;

- (iii) que les critères d'attribution doivent permettre la comparaison des offres et de leurs mérites respectifs sur la base de paramètres pertinents;
- (iv) que, concernant la méthode d'évaluation des offres appliquée dans le cadre de chaque critère d'attribution :

- (a) la méthode de cotation doit permettre de refléter les écarts de qualité effectifs entre les offres, et ce d'une manière suffisamment fine et différenciée;
- (b) les écarts entre les points attribués aux différentes offres doivent refléter les différences effectives de qualité entre les offres;
- (c) les éventuelles différences de qualité entre deux offres doivent être reflétées de manière proportionnée dans l'attribution des points (ou autrement dit, la cotation en points doit refléter de manière adéquate et proportionnée la différence de qualité effectivement évaluée entre les offres).

Toute décision d'attribution doit au surplus être formellement motivée concernant chaque appréciation dans le cadre de l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution, de manière à permettre à chaque soumissionnaire de vérifier que le pouvoir adjudicateur a correctement attribué chaque note en conformité avec la méthode d'évaluation qu'il s'est lui-même fixée, dans le respect du cadre légal et réglementaire applicable et sans avoir commis d'erreur manifeste d'appréciation (la décision d'attribution devant refléter une évaluation impartiale, raisonnable et cohérente de toutes les offres, fondée sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et légalement admissibles).

64. En l'espèce, pour chacun des sous-critères 1.6, 2.1, 2.2, 2.3, 4.1 et 4.2, le cahier spécial des charges :

- (i) indiquait la pondération du critère, et n'annonçait aucune sous-pondération;
- (ii) indiquait l'objet de l'évaluation substantielle parmi les différents aspects de l'offre;
- (iii) identifiait les éléments formels de l'offre (notes, plans, protocoles,...) pris en compte en vue de réaliser l'évaluation.

En revanche, le cahier spécial des charges ne mentionnait aucune méthode d'évaluation et de cotation des offres (aucune échelle ordinale d'attribution des points n'étant en particulier mentionnée).

65. En l'espèce, il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse a évalué les offres des soumissionnaires, concernant les sous-critères 1.6, 2.1, 2.2, 2.3, 4.1 et 4.2, selon une méthode d'évaluation et de cotation qui peut en substance être résumée comme il suit :

- (i) pour chaque sous-critère, la partie adverse a examiné différents thèmes. L'évaluation relative à chaque thème est sanctionnée par une appréciation non chiffrée consistant en des mentions telles que "très faible", "bonne", "suffisant" ou "excellent";
- (ii) compte tenu de son appréciation combinée des différents thèmes, la partie adverse conclut son appréciation globale pour chaque sous-critère par une appréciation non chiffrée consistant également en des mentions telles que "très faible", "bonne", "suffisant" ou "excellent";
- (iii) la mention concrétisant l'appréciation globale du critère est convertie en une note chiffrée.

Compte tenu de l'examen des appréciations posées dans l'acte attaqué relatives aux deux offres finales, pour l'ensemble des sous-critères d'attribution concernés, l'échelle ordinale appliquée par la partie adverse peut être reconstituée comme il suit :

Excellent	90 % de la note maximale du sous-critère
Très bon	85 % de la note maximale du sous-critère
Bon	80 % de la note maximale du sous-critère
Assez bon	75 % de la note maximale du sous-critère
Très satisfaisant	70 % de la note maximale du sous-critère
Satisfaisant	65 % de la note maximale du sous-critère
Assez satisfaisant	60 % de la note maximale du sous-critère
Faible	55 % de la note maximale du sous-critère
Très faible	50 % de la note maximale du sous-critère

66. Il convient de remarquer que certaines mentions attribuées et les motifs mentionnés en vue de fonder celles-ci trahissent des erreurs manifestes d'appréciation de la part de la partie adverse.

67. Concernant le sous-critère d'attribution 1.6, on relèvera à titre fondamental qu'il est incompréhensible et erroné que la partie adverse ait, après avoir constaté le caractère aléatoire et incertain des engagements de Swim Team Blocry 2.0,

néanmoins décidé que la crédibilité des desdits engagements était “satisfaisante” concernant les engagements de performance en énergie et “bonne” concernant les engagements de performance relatifs à l’eau.

Les appréciations retenues concernant ces différents “thèmes” au sein du sous-critère d’attribution sont manifestement incohérentes avec les constats posés par la partie adverse (et tels que reflétés par elle dans l’acte attaqué) !

La partie adverse a également commis une deuxième erreur manifeste d’appréciation dans le cadre de son appréciation globale des différents éléments examinés dans le cadre du sous-critère, en considérant que les manquements fondamentaux de l’offre de Swim Team Blocry 2.0 en termes de crédibilité pouvaient être compensés par d’autres éléments d’appréciation favorables de l’offre. La note attribuée de 45/60 pour le sous-critère 1.6 est manifestement déraisonnable dans l’absolu (une note très basse, voire nulle, devant normalement sanctionner les carences de Swim Team Blocry 2.0 concernant un élément aussi fondamental du marché). Elle l’est d’autant plus en l’espèce que l’offre des parties requérantes, fondée sur des engagements reconnus comme parfaitement crédibles, a reçu la note de 54/60. Autrement dit, la différence patente de qualité entre les offres concernant la crédibilité des engagements de performance énergétique est reflétée par la partie adverse uniquement *via* un écart de 9/60 (et donc de 9/1000), de manière incompréhensible et injustifiée. La différence de note entre les offres aurait dû être nettement plus importante, afin de refléter adéquatement leurs qualités respectives.

68. Concernant le sous-critère d’attribution 2.2, il convient de noter que (i) l’offre des parties requérantes comporte davantage de points évalués positivement que celle de Swim Team Blocry 2.0, mais surtout que (ii) la motivation de l’acte attaqué démontre que les éléments des offres jugés comme “moins favorables” sont plus nombreux et semblent d’une importance plus fondamentale au regard des exigences du marché chez Swim Team Blocry que chez les parties requérantes. À la lecture des motivations retenues par l’acte attaqué (Pièce 14, pp. 42-45), il apparaît manifestement déraisonnable que les deux offres aient reçu la même évaluation (“bonne” ou 72/90). L’offre des parties requérantes aurait dû se voir attribuer une cote plus favorable que celle de Swim Team Blocry 2.0, afin de refléter la différence intrinsèque de qualité entre les offres.

69. La violation des normes et principes visés au moyen découle également de la circonstance de l’absence de toute transparence quant à la corrélation à opérer entre les appréciations intermédiaires de différents éléments au sein de plusieurs sous-critères et l’appréciation finale et pour lesdits sous-critères.

Le tableau suivant permet de relever au premier coup d’œil le caractère imprévisible, non transparent et incohérent des appréciations ainsi posées.

	Parties requérantes			Swim Team Blocry 2.0		
Sous-critère 1.6 : capacité à garantir la performance	« excellente » « excellente » « excellente » « bonne »	« excellente »	54/60	« satisfaisante » « bonne » « excellente » « satisfaisante »	« assez bonne »	45/60
Sous-critère 2.1 « exploitation quotidienne et charge en personnel »	« bonne », « bonne », « insuffisant »	« faible »	66/120	« bonne », « très satisfaisant » « insuffisant ».	« très faible »	60/120
Sous-critère 2.3 : « exploitation technique »	« faible » « faible » « satisfaisante » « satisfaisante »	« assez satisfaisante »	54/90	« bonne » « bonne » « faible » « satisfaisant »	« très satisfaisant »	63/90

Sous- critère 4.1. « Qualité de la réflexion architecturale et urbanistique »	« satisfaisant », « bonne », « très bonne », « très bonne », « bonne ».	« bonne »	80/100	« bonne », « très satisfaisant », « très satisfaisant », « satisfaisant », « très satisfaisant ».	« très satisfaisante »	70/100
Sous- critère 4.2 « Qualité des matériaux mis en œuvre et des équipements mis en œuvre »	« excellent », « bonne », « assez bonne ».	« bonne »	80/100	« bonne », « satisfaisant » et « bonne ».	« assez bonne bonne »	75/100

Cette appréciation d'éléments hétérogènes ne permet pas de déterminer l'importance relative que comporte un élément par rapport à un autre. Par conséquent, il est également impossible de déterminer la manière dont l'appréciation d'un élément a été répercutée dans la note globale du sous-critère concerné (et ce d'autant plus que le cahier spécial des charges ne prévoyait aucune pondération ou autre précision au sein de chaque sous-critère).

Or, le Conseil d'État a jugé que pareil manquement vicie de manière irrémédiable la comparaison des offres au regard des critères d'attribution, qui doit le cas échéant être recommencée :

“La comparaison des notes attribuées à l'ensemble des offres au regard des éléments négatifs et positifs qui y sont relevés par le pouvoir adjudicateur ne permet pas davantage de déterminer, ne serait-ce qu'implicitement, quels sont les éléments qui ont une grande importance et quels sont ceux qui ont une moins grande importance. Le cahier spécial des charges ne contient pas davantage de précision sur cette question.

A défaut de telles précisions et en tant qu'elle soutient que la note de 15/30 ne reflète pas correctement l'appréciation majoritairement positive de leur offre par la partie adverse, la première branche du second moyen est également sérieuse et il ne peut être exclu, à ce stade et au regard des éléments dont le Conseil d'État dispose, que les requérantes puissent se voir attribuer plus de points pour ce sous-critère et que le classement final des offres, compte tenu du caractère également sérieux de la seconde branche, puisse être modifié.

Le second moyen est, en conséquence, sérieux” [...].

En l'absence de toute justification particulière, il n'est à tout le moins pas satisfait aux exigences de motivation découlant des normes et principes visés au moyen.

70. La première branche du troisième moyen est sérieuse ».

Seconde branche

Les requérantes développent la seconde branche de la manière suivante :

« 71. Compte tenu de l'examen des appréciations posées dans l'acte attaqué relatives aux deux offres finales, pour l'ensemble des sous-critères d'attribution concernés, l'échelle ordinale appliquée par la partie adverse peut être reconstituée comme il suit :

Excellent	90 % de la note maximale du sous-critère
Très bon	85 % de la note maximale du sous-critère
Bon	80 % de la note maximale du sous-critère
Assez bon	75 % de la note maximale du sous-critère
Très satisfaisant	70 % de la note maximale du sous-critère
Satisfaisant	65 % de la note maximale du sous-critère
Assez satisfaisant	60 % de la note maximale du sous-critère
Faible	55 % de la note maximale du sous-critère
Très faible	50 % de la note maximale du sous-critère

72. Ainsi qu'il a été exposé ci-avant, il découle des normes et principes visés au moyen :

- (a) que la méthode de cotation doit permettre de refléter les écarts de qualité effectifs entre les offres, et ce d'une manière suffisamment fine et différenciée;
- (b) que les écarts entre les points attribués aux différentes offres reflètent les différences effectives de qualité entre les offres;
- (c) que les éventuelles différences de qualité entre deux offres doivent être sanctionnées de manière proportionnée dans l'attribution des points (ou autrement dit, que la cotation en points doit refléter de manière adéquate et proportionnée la différence effectivement évaluée de qualité entre les offres).

73. L'échelle de cotation appliquée en l'espèce est donc à l'évidence inadéquate.

Vers le haut, elle semble considérer 90 % comme la note maximale.

Vers le bas, une offre jugée "très faible" obtient tout de même 50 %, et des offres qui ne sont pas évaluées comme "satisfaisantes" sont susceptibles d'obtenir des notes de 50%, 55%, 60%. Il n'est pas non plus clair dans quelles hypothèses une cote inférieure à 50 % pourrait être attribuée.

Satisfaisant	65 % de la note maximale du sous-critère
Assez satisfaisant	60 % de la note maximale du sous-critère
Faible	55 % de la note maximale du sous-critère
Très faible	50 % de la note maximale du sous-critère ²

Or, dans ces hypothèses, les cotations appliquées ne peuvent être considérées comme reflétant de manière adéquate la qualité intrinsèque des offres telles qu'évaluées par le pouvoir adjudicateur (en violation des normes et principes visés au moyen).

En outre, dès lors que les cotations entre les offres seulement "satisfaisantes" et les offres "excellentes" varient seulement entre 65% et 90 %, cette échelle aboutit à "écraser" les écarts de points, au détriment des offres jugées bonnes ou excellentes (également en violation des normes et principes visés au moyen). Ces faibles écarts empêchent une démarcation suffisante de l'offre dont la qualité primerait la qualité des offres concurrentes. Ce faisant, l'application de la méthode d'évaluation retenue par la partie adverse est de toute évidence illégale en ce qu'elle a pour effet que la différence de qualité des offres ne se reflète pas de manière suffisamment fine et proportionnée dans la note finale attribuée pour un sous-critère.

En l'espèce, elle n'a d'ailleurs pas permis de valoriser de manière suffisante, proportionnée et adéquate les avantages qualitatifs présentés par l'offre des parties requérantes par rapport à celle de Swim Team Blocry 2.0. L'application de cette méthode de cotation a eu pour effet de rendre inadéquate et irrégulière la comparaison des offres, l'offre de la partie requérante étant pénalisée de manière tout à fait disproportionnée par rapport à l'offre classée première du groupement Swim Team Blocry 2.0, qui a bénéficié de cette méthode en ce que les faiblesses comparatives de son offre n'ont pas été sanctionnées assez sévèrement (avec pour

effet de fausser, au détriment des parties requérantes, l'évaluation et la cotation globales des offres).

Aucune comparaison adéquate de la qualité des offres n'a donc été réalisée en l'espèce (en violation des normes et principes visés au moyen).

74. De par son caractère atypique et imprévisible par rapport à une distribution plus équilibrée des notes, cette méthode de notation aurait par ailleurs dû être expressément annoncée dans le cahier spécial des charges, afin de permettre aux soumissionnaires d'en tenir compte pour l'élaboration de leur offre. Ladite méthode a eu de toute évidence un impact discriminatoire envers l'offre des parties requérantes. En s'abstenant de communiquer cette échelle de cotation *a priori*, la partie adverse a, également dans cette mesure, violé les normes et principes visés au moyen.

(d) Intérêt au troisième moyen

75. Les parties requérantes possèdent un intérêt manifeste au troisième moyen qui, s'il est déclaré sérieux, emportera l'illégalité de l'acte attaqué ainsi que l'obligation pour la partie adverse de procéder à une nouvelle évaluation des offres, donnant en conséquence aux parties requérantes une nouvelle opportunité de se voir attribuer le marché ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Sur la première branche

Sur la première branche, les requérantes critiquent la cotation des sous-critères 1.6, 2.1, 2.2., 2.3, 4.1 et 4.2.

Elles font grief à la partie adverse de n'avoir indiqué, dans le cahier spécial des charges, aucune méthode d'évaluation et de cotation des offres.

Un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie qu'il appliquera afin d'évaluer les offres au regard des critères d'attribution. Il dispose donc d'une certaine liberté dans l'accomplissement de son évaluation et peut donc, sans modifier les critères d'attribution établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées.

Il y a lieu de relever que les requérantes ne formulent des critiques précises qu'en ce qui concerne la cotation des sous-critères 1.6 et 2.2.

Quant au sous-critère 1.6 « Capacité à garantir la performance », pour lequel l'offre des requérantes a obtenu 54/60, le rapport d'analyse des offres expose en quoi leur offre était très prudente sur ce point. Il résulte de l'examen du premier moyen que, contrairement à ce qu'allèguent les requérantes, si la partie adverse a

relevé un degré d'aléa sur certains points, elle n'a toutefois pas considéré comme incertains et non-crédibles les engagements de Swim Team Blocry 2.0 en énergie, en eau, en production ENR et en réduction du taux de chlore. Il ne paraît pas pouvoir être considéré qu'en attribuant à l'offre de ce groupement une cote de 45/60 et non une cote inférieure, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Quant au sous-critère 2.2 « Apprentissage de la natation et pratique sportive », les deux offres ont obtenu la même cote. Les requérantes n'indiquent pas les éléments de leur offre finale qui sont évalués plus positivement que l'offre finale de Swim Team Blocry 2.0, ni les éléments de cette dernière, présentés comme « nombreux », qui seraient moins favorables. Le tableau reproduit par les requérantes ne reflète pas, *prima facie*, d'erreur manifeste d'appréciation ou d'incohérence et il en ressort que, lorsque la moyenne des différents éléments d'appréciation est jugée excellente, la note attribuée au sous-critère en question est excellente et non bonne ou satisfaisante. La note attribuée pour le sous-critère dans son ensemble résulte d'une moyenne des appréciations plus ou moins bonnes des différents éléments pertinents. Par ailleurs, la critique relative à l'absence de corrélation entre les appréciations intermédiaires et les appréciations finales ne paraît pas pouvoir être retenue. En effet, une appréciation « excellente » donne lieu à une note élevée, et pas moyenne ou faible, une appréciation « satisfaisante » entraîne une note moyenne et non une note élevée ou faible, une appréciation « faible » implique une note faible et non élevée ou moyenne. La lecture du rapport d'analyse des offres permet aux soumissionnaires d'identifier les motifs qui ont justifié l'attribution des notes par la partie adverse. Il en ressort que cette dernière a évalué les sous-critères en fonction des éléments d'appréciation mentionnés au cahier spécial des charges, et seulement de ceux-ci, sans se fonder uniquement sur les affirmations unilatérales des soumissionnaires. Il apparaît également qu'elle a souligné les points favorables et moins favorables, qu'elle a apprécié les offres au regard des critères d'attribution et en comparant leurs mérites respectifs et qu'elle a émis des appréciations intermédiaires sur cette base pour les globaliser dans une appréciation finale. Son analyse, qui ne paraît pas incohérente, ressort par ailleurs de la motivation circonstanciée contenue dans le rapport d'analyse des offres.

En sa première branche, le moyen n'est pas sérieux.

Sur la seconde branche

Quant à la seconde branche, les requérantes critiquent la manière dont la partie adverse a procédé à l'évaluation des offres en ce qui concerne les critères qualitatifs. Elles ont reconstitué une échelle ordinale de cotation et estiment que

cette échelle serait illégale car elle ne discriminerait pas de façon suffisamment fine et proportionnée les offres en fonction des différences qualitatives, ce qui fausserait la comparaison des offres. Elles estiment que, en raison de son caractère atypique et imprévisible par rapport à une distribution équilibrée des notes, cette méthode de notation aurait dû être expressément annoncée dans le cahier spécial des charges afin de permettre aux soumissionnaires d'en tenir compte pour l'élaboration de leur offre.

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir la méthode d'évaluation des offres à l'aune des critères d'attribution retenus et si la mise en application concrète de cette méthode peut, pour partie, impliquer un jugement de valeur de la part du pouvoir adjudicateur, il est cependant requis que cette méthode ne revête pas un caractère arbitraire ou incohérent, qu'elle n'ait pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché et qu'elle soit appliquée à l'ensemble des offres, sans quoi elle ne respecterait pas le principe fondamental de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires.

Par ailleurs, si, ainsi qu'il a été relevé à propos de la première branche, un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie d'évaluation qu'il appliquera afin d'évaluer les offres au regard des critères d'attribution, cette méthode d'évaluation ne peut pour autant revêtir un caractère arbitraire ou incohérent. Non seulement, elle ne peut avoir pour effet de dénaturer les critères annoncés, ce qui les rendrait imprévisibles, mais encore doit-elle être appliquée de la même manière à l'ensemble des offres, faute de quoi elle ne respecterait pas l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. La méthode d'évaluation ainsi appliquée doit pouvoir se comprendre à la lecture de la motivation de l'acte attaqué.

En l'espèce, les requérantes ne démontrent pas concrètement en quoi l'évaluation les a préjudiciées ni dans quelle mesure elles auraient préparé leur offre différemment si la partie adverse avait mentionné dans le cahier spécial des charges la méthode d'évaluation des offres en ce qui concerne les sous-critères qualitatifs. Elles n'exposent pas non plus en quoi la comparaison des offres aurait été faussée par la méthode d'évaluation choisie par la partie adverse.

Il ressort des pièces du dossier et de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse a considéré, en ce qui concerne les sous-critères qualitatifs, que les offres des deux soumissionnaires sélectionnés étaient toutes les deux globalement satisfaisantes, certes avec, pour chacune, des aspects positifs et négatifs, ce que reflètent les appréciations formulées et les notes attribuées. D'une manière générale, rien n'indique que le choix qu'a fait la partie adverse de la méthode de notation

aurait manqué de transparence et cohérence et ne traduirait pas le souci du respect de l'égalité entre les soumissionnaires. Par ailleurs, les requérantes n'exposent pas en quoi la méthode d'évaluation utilisée par la partie adverse serait atypique ou imprévisible. Il semble, au contraire, qu'elle a permis une comparaison équitable des offres sans dénaturer les critères annoncés, ce qui les aurait rendus imprévisibles, et qu'elle a été appliquée de la même manière aux deux soumissionnaires. La partie adverse a mis en œuvre cette méthode de façon cohérente, en procédant à une analyse circonstanciée et en motivant longuement ses appréciations.

Le cahier spécial des charges, en sa prescription 24.2, mentionnait avec précision les critères et sous-critères d'attribution, leur pondération, les formules mathématiques qui allaient être appliquées en ce qui concerne les critères quantitatifs, les éléments d'appréciation et les documents sur lesquels ces appréciations seraient fondées en ce qui concerne les critères qualitatifs. Les soumissionnaires ont pu élaborer leur offre au regard de ces éléments d'appréciation, lesquels ont été mis en œuvre par la partie adverse. Ces éléments d'appréciation ont tous été mis en œuvre par la partie adverse. Les requérantes n'indiquent pas en quoi leur offre aurait été présentée différemment si elles avaient connu de manière plus précise la méthode de cotation appliquée.

En sa seconde branche, le moyen n'est pas sérieux.

VIII. Quatrième moyen

VIII.1. Thèse des requérantes

Le quatrième moyen est pris de la violation des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4, 66, 81, 82 et 83, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en particulier de ses articles 76 et 81, du principe général selon lequel tout acte doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation,

en ce que « le cahier spécial des charges prévoit que les offres des soumissionnaires sont évaluées, concernant plusieurs critères et sous-critères d'attribution, sur la seule foi d'affirmations unilatérales des soumissionnaires concernant les performances énergétiques des bâtiments, sans qu'aucune modalité adéquate de vérification de la crédibilité desdites affirmations ne soit prévue »;

alors que « les normes et principes visés au moyen imposent que seules les offres qui permettent de constater un engagement complet et certain du soumissionnaire

soient évaluées en vue de l'attribution du marché, sur la base de critères d'attribution permettant d'évaluer de manière adéquate la qualité intrinsèque des offres et d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de l'objet et des caractéristiques du marché »;

et qu'en particulier l'article 81, § 3, alinéa 2, de la Loi Marchés publics dispose que :

« Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires ».

Les requérantes font valoir ce qui suit :

« 77. Ainsi qu'il a déjà été exposé dans le cadre du développement du premier moyen, il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse a pris en compte les engagements suivants des deux soumissionnaires aux fins de la comparaison des offres finales (soit que ces engagements figuraient tels quels dans les offres finales, soit que ces engagements ont fait l'objet d'une rectification de l'offre finale par la partie adverse).

Sous-critère	Groupement non solidaire LLB DB Nouvelle Piscine		Swim Team Blocry 2.0		Performance relative de l'offre de Swim Team Blocry 2.0
1.1 Limitation de la consommation d'énergie [consommation annuelle]	4.642.000 kWh	51,81/60	4.008.000 kWh	60/60	- 13,33 %
1.2 Limitation de la consommation d'eau [consommation annuelle]	33.031 m³	42,62/60	23.465 m³	60/60	- 28,97 %
1.3 Limitation de la consommation de chlore [consommation annuelle]	0,3 mg/l	0/60	0,3 mg/l	0/60	=
1.4 Limitation des gaz à effet de serre [Emissions annuelles]	650.514 Kg	41,97/60	422.082 Kg	60/60	-33,12%
1.5 Production énergies renouvelables	23,28 %	18,65/50	62,42 %	50/50	+ 168 %
3.2 Coût des fluides (énergie et eau) sur une durée de 20 ans	16.266.848 EUR	77,28/100	12.570.682 EUR	100/100	- 22,73 %

Il ressort donc de l'acte attaqué que Swim Team Blocry 2.0 a, sur la seule foi de ses engagements en matière de performances énergétiques et environnementales (par ailleurs considérés incertains), obtenu la note de 330/390 pour l'ensemble des sous-critères repris dans le cadre ci-avant.

Ces sous-critères valent ensemble pour 390 points, alors que les offres font l'objet d'une évaluation globale sur 1000 points.

Ainsi qu'il a été amplement exposé ci-avant, les parties requérantes considèrent que la partie adverse a adopté une décision illégale :

- (i) en ne déclarant pas substantiellement irrégulière l'offre finale de Swim Team Blocry 2.0 après avoir constaté le caractère incertain de ses engagements (premier moyen); et
- (ii) en ne déclarant pas l'offre finale de Swim Team Blocry 2.0 comme affectée d'un coût anormal (concernant le coût des fluides pendant une durée de 20 ans), sans préjudice de l'absence de toute vérification effective des prix et des coûts de l'offre (deuxième moyen).

Si néanmoins, par impossible, le Conseil d'État considérait que la partie adverse a valablement adopté l'acte attaqué, dans le respect des normes applicables et en conformité avec le cahier spécial des charges, il lui incomberait alors de constater le caractère illégal du cahier spécial des charges (en raison de sa contrariété avec les normes et principes visés au moyen).

78. En effet, il apparaît que le cahier des charges prévoit que les offres des soumissionnaires sont évaluées, concernant plusieurs critères et sous-critères d'attribution valant ensemble sur 390 points, sur la seule foi d'affirmations unilatérales des soumissionnaires concernant les performances énergétiques et environnementales du bâtiment, sans qu'aucune modalité adéquate de vérification de la crédibilité desdites affirmations ne soit prévue.

Le cahier spécial des charges prévoit que la crédibilité intrinsèque des engagements des soumissionnaires et la qualité de la méthodologie de mesure et de vérification des performances énergétiques est évaluée uniquement dans le cadre du sous-critère d'attribution 1.6 (pondéré à 60/1000, et ce uniquement concernant les engagements relatifs aux performances en énergie, en eau et en chlore). Cette disposition se lit, pour rappel, comme il suit (Pièce 13, p. 40) :

24.2.1.6 Sous-critère 1.6 : Capacité à garantir la performance (60 points)

Ce sous-critère juge notamment de

- (i) La crédibilité de l'atteinte des objectifs de performance en énergie, en eau et en chlore au regard du plan de travaux proposés ;
- (ii) La qualité du dispositif de Mesure et Vérification et du suivi de performance.

Ce sous-critère est évalué en fonction des propositions et garanties fournies par le Soumissionnaire dans les documents suivants de son Offre :

- (i) La note de présentation détaillée des objectifs de performance (document A.2.2.1) et la note descriptive des dispositions mises en place pour la réduction de l'utilisation du chlore (document A.2.2.4) ;
- (ii) Les pièces graphiques techniques expliquant la démarche de conception du Projet (documents A.1.2) ;
- (iii) La note relative à la description des modalités de suivi de la performance énergétique (document C.1.2) et les exemples de Rapports de vérification (documents C.1.3)

En application du cahier spécial des charges, une offre pouvait donc obtenir le maximum des points sur les sous-critères 1.1 à 1.5 inclus, tout en annonçant sur ces sous-critères des engagements dénués de toute crédibilité (et peu ou pas valorisés sous le sous-critère 1.6). Et la même offre pouvait obtenir, comme cela a été le cas en l'espèce, le maximum des 100 points du sous-critère 3.2 (coûts des fluides pendant 20 ans) dont le résultat était directement lié aux engagements des soumissionnaires sur le premier critère. De tels critères valorisent donc des engagements exprimés par des affirmations unilatérales des soumissionnaires, sans que soit requis de leur part aucune précision qui permettrait de vérifier le sérieux et la crédibilité de leurs engagements.

Le cahier spécial des charges ne mentionnait par ailleurs :

- (i) aucune opération de vérification de la régularité des offres des soumissionnaires au regard des exigences techniques et opérationnelles du marché;
- (ii) aucune modalité visant à évaluer, dans le cadre particulier de chaque critère ou sous-critère d'attribution concerné, la crédibilité et le caractère certain des engagements mentionnés par le soumissionnaire et valorisés dans le cadre de l'évaluation des offres.

79. De tels critères d'attribution (critère 1, sous-critères 1.1 à 1.5, et sous-critère 3.2) ne sont pas "assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution" au sens de l'article 81 de la Loi Marchés publics. Ils ne prévoient pas non plus que : "en cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires" au sens de la Loi Marchés publics. Ils confèrent donc une liberté illimitée de choix à l'adjudicateur et ne permettent pas d'assurer une réelle concurrence.

Or, ces critères ont eu un poids déterminant dans l'attribution du marché puisqu'ils valaient ensemble 390 points sur 1000.

Le cahier des charges viole donc les règles et principes visés au moyen.

Cette violation suffit à établir le caractère sérieux du quatrième moyen, outre le fait (i) que les normes et principes visés au moyen distinguent nettement les opérations de vérification de la régularité des offres et d'évaluation des offres au regard des critères d'attribution (lesdites opérations étant de nature très différentes) et (ii) que l'article 76 de l'Arrêté royal Passation imposait à la partie adverse de déclarer nulle toute offre finale affectée d'une irrégularité liée à l'absence de caractère certain des engagements pris par le soumissionnaire.

80. Même si, par impossible, le Conseil d'État considérait que le cahier des charges ne viole pas *ipso facto* les normes et principes visés au moyen au motif qu'il prévoit l'examen de la crédibilité des engagements de performance énergétique des soumissionnaires uniquement dans le cadre d'un sous-critère d'attribution, il lui incomberait alors de constater que la pondération du sous-critère en cause (60/1000, étant entendu que la crédibilité des engagements du soumissionnaire n'est pas le seul élément évalué), bien trop faible par rapport au poids combiné des sous-critères d'attribution valorisant les engagements énergétiques dont la fiabilité doit être évaluée (390/1000), entraîne une autre violation des normes et principes visés au moyen.

En, effet, ainsi qu'il a déjà été exposé, conformément à l'article 81, § 3, alinéa 2, de la Loi Marchés publics (lu seul et *a fortiori* à la lumière de la directive 2014/24 et des principes généraux de la commande publique rappelés à l'article 4 de la même Loi), les critères d'attribution doivent permettre la comparaison des offres et de leurs mérites respectifs sur la base de paramètres pertinents afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de l'objet du marché, de ses caractéristiques et de son exécution. L'exigence de pertinence des

critères d'attribution au regard de l'objet du marché implique notamment que la pondération globale et relative des différents critères d'évaluation soit effectivement de nature à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Or, il est manifeste, dans le cadre du présent marché (pour lequel les performances énergétiques du bâtiment à concevoir et à construire présentent une importance centrale), qu'un système de pondération des offres qui, au surplus de ne pas évaluer le prix des offres, évalue les performances énergétiques et environnementales du bâtiment sur la base de la seule foi des déclarations unilatérales des soumissionnaires pour un total de 390/1000, tout en n'évaluant la crédibilité desdits engagements que dans le cadre d'un sous-critère pondéré à 60/1000 ne permet pas d'identifier avec certitude l'offre économiquement la plus avantageuse (c'est-à-dire le projet effectivement le plus susceptible de garantir les performances énergétiques annoncées et conformes aux exigences minimales du cahier spécial des charges).

Pareille pondération autorise au contraire la spéculation des soumissionnaires et les y invite même dans une large mesure.

Il suffit pour s'en convaincre de constater qu'en l'espèce, Swim Team Blocry 2.0 a, sur la base d'engagements quant auxquels aucune certitude même raisonnable n'existe, obtenu la note cumulée de 330/390 et n'a été pénalisé pour le caractère incertain de ses engagements que dans le cadre du sous-critère 1.6 (pour lequel il a par ailleurs reçu, de manière incompréhensible, la note de 45/60, son offre étant jugée "assez bonne" par la partie adverse).

Par contraste, les parties requérantes, qui ont remis une offre très qualitative et parfaitement conforme aux exigences du marché :

- (i) ont reçu la note de 54/60 pour le sous-critère 1.6 (soit à peine 9 points de plus sur 60 et sur 1000 que Swim Team Blocry 2.0, alors que la fiabilité de leurs engagements a été jugée excellente);
- (ii) a reçu la note cumulée de 232,33/390 pour les sous-critères liés aux performances énergétiques, ses engagements crédibles et raisonnables (tout en étant qualitatifs et conformes aux exigences minimales du cahier spécial des charges) étant nettement moins bien valorisés que les engagements incertains et intenables de Swim Team Blocry 2.0 (97,67 points de moins que Swim Team Blocry 2.0).

Cette seconde violation implique également que le quatrième moyen doit être déclaré sérieux.

81. Le quatrième moyen est sérieux.

Il suffit à justifier la suspension de l'acte attaqué.

(c) Intérêt au quatrième moyen

82. Les parties requérantes possèdent un intérêt manifeste au quatrième moyen qui, s'il est déclaré sérieux, emportera l'illégalité de l'acte attaqué et des documents du marché ainsi que, corrélativement, l'obligation pour la partie adverse d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence (à laquelle les parties requérantes pourront participer en vue de se voir attribuer le marché) ».

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Il résulte de l'examen *prima facie* des trois premiers moyens que les critères d'attribution, les sous-critères et leur pondération, étaient annoncés dans les

documents du marché, qu'ils étaient connus des soumissionnaires et que le pouvoir adjudicateur les a appliqués de manière égale à tous les soumissionnaires.

Les requérantes ne paraissent pas pouvoir être suivies en ce qu'elles soutiennent que les sous-critères d'attribution 1.1 à 1.5 et 3.2 confèreraient une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Il ne semble pas pouvoir être considéré que ces sous-critères valorisent des engagements exprimés par des affirmations unilatérales des soumissionnaires, sans qu'il soit requis de leur part d'apporter aucune précision qui permettrait de vérifier le sérieux et la crédibilité de leurs engagements.

Les offres, tant initiales que finales, ont fait l'objet d'un examen complet et approfondi, tant quant à leur régularité qu'au regard de l'ensemble des critères d'attribution. Par ailleurs, la partie adverse ne s'est pas fondée sur des engagements unilatéraux de la part des soumissionnaires, mais a vérifié la crédibilité de ceux-ci en se fondant sur les données techniques des offres et en interrogeant les soumissionnaires, ce qui ressort tant des pièces du dossier que du rapport d'analyse des offres. Elle ne s'est pas contentée de prendre pour acquis ce qui figurait dans le formulaire technique.

En ce qui concerne le sous-critère 1.6 « Capacité à garantir la performance », la partie adverse a pu, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation en la matière, décider de son importance et de sa pondération au regard des autres critères liés à la performance énergétique et environnementale qu'elle a également jugés importants dans le cadre du présent marché. Son appréciation n'est pas fondée sur de simples affirmations mais sur une analyse technique, détaillée dans le rapport d'analyse des offres. Si les requérantes ont obtenu plus de points sur ce sous-critère 1.6, la partie adverse a indiqué en quoi leur offre était très prudente, par comparaison à celle de Swim Team Blocry 2.0, jugée plus audacieuse mais également plus conforme aux exigences du marché, sans que cela ne rende pour autant les engagements de ce groupement incertains ou irréalistes.

La pondération du sous-critère 1.6 a été appliquée conformément à ce que prévoyait le cahier spécial des charges. Elle ne paraît pas, au terme d'un premier examen en référé d'extrême urgence, méconnaître le prescrit de l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il n'appartient ni aux requérantes, ni au Conseil d'État de substituer leur appréciation à celle de la partie adverse sur ce point.

Le quatrième moyen n'est pas sérieux.

IX. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que les pièces versées à leur dossier et qualifiées de confidentielles par l'inventaire demeurent confidentielles dès lors que celles-ci contiennent des informations protégées par le secret des affaires. Il s'agit des pièces A, B, C et D.

Le dossier administratif déposé par la partie adverse contient une partie confidentielle. Il s'agit des pièces 26 à 56.

La partie intervenante demande que les pièces qualifiées de confidentielles par l'inventaire demeurent confidentielles vu que sa candidature, l'offre finale et les échanges par courrier contiennent des données commerciales et des données protégées par le secret des affaires.

Ces demandes n'étant pas contestées, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Artes TWT, la SA Artes Depret, la SA Artes Roegiers, la SPRL Buro II & Archi+1, la SRL de droit néerlandais Ton Venhoeven c.s. Architecten B.V., la SRL Sweco Belgium et la SA Bureau d'études Setesco-Ingénieurs Conseils 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.

Les pièces 26 à 56 du dossier administratif, les pièces A, B, C et D annexées à la demande de suspension ainsi que les pièces 6 à 10 annexées à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 30 mars 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky