

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.446 du 13 mars 2012

G./A.203.787/VI-19.507

En cause : **la société anonyme DELTA THERMIC,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Centre Hospitalier Universitaire et Psychiatrique
de Mons-Borinage,**

ayant élu domicile chez
Mes Philippe LEVERT et
Mathieu VELGHE, avocats,
avenue Louise, n° 149/22,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme AXIMA CONTRACTING,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 24 février 2012, la société anonyme DELTA THERMIC sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise le 8 février 2012 par la Société Coopérative à Responsabilité limitée – Intercommunale «Centre Hospitalier Universitaire et Psychiatrique de Mons – Borinage» dans le cadre d'un marché public relatif aux travaux d'extension Valenciennoise - reconditionnement de l'Hôpital – Tranche 2 –

Lot 3 HVAC/Sanitaires à réaliser sur le site CHU AMBROISE PARE" et ayant pour objet :

- " - D'écarter l'offre de la société DELTA THERMIC en raison de son irrégularité technique substantielle;
- D'attribuer le lot 3 HVAC – SANITAIRES à la société AXIMA pour la somme de 9.141.112,66 € HTVA soit 11.060.746,32 € TVAC";

ainsi que la condamnation de la partie adverse au paiement d'une astreinte de 1.500.000 euros en cas de violation de l'ordonnance de suspension à intervenir.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 27 février 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 mars 2012 à 10 heures.

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

Par une requête introduite le 5 mars 2012, la société anonyme AXIMA CONTRACTING demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Mes Jean-Marie RIKKERS et Jean-Luc TEHEUX, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes Philippe LEVERT et Mathieu VELGHE, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Isabelle VAN KRUCHTEN et Patrick THIEL, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Le 24 novembre 2010, la partie adverse décide de passer, par appel d'offres général, un marché public relatif à des travaux "lot 3 HVAC – SANITAIRE" à réaliser sur le site du CHU AMBROISE PARE.

L'ouverture des offres a lieu le 13 juillet 2011.

Le 14 novembre 2011, la partie adverse décide d'écarter l'offre de la requérante ainsi que d'attribuer le marché public litigieux à la société anonyme AXIMA CONTRACTING.

Le 27 janvier 2012, la requérante sollicite la suspension de l'exécution de cette décision (G./A.203.427/VI-19.468). La partie adverse la retire le 8 février 2012.

Le 8 février 2012, la partie adverse adopte une nouvelle décision par laquelle elle écarte l'offre de la requérante et attribue le marché public litigieux à la société anonyme AXIMA CONTRACTING. Il s'agit de la décision attaquée.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 5 mars 2012, la société anonyme AXIMA CONTRACTING demande à intervenir dans la procédure en référé. En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYENS

V. 1. Premier moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de "l'erreur manifeste d'appréciation commise par la partie adverse et la violation de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics".

Elle expose que :

- " La partie adverse soutient que l'offre de la requérante serait entachée d'une irrégularité substantielle dans la mesure où elle n'a pas intégré le système de gestion des clapets coupe-feu tels qu'exigés par le Service Régional d'Incendie de la Ville de Mons.

La partie adverse estime que «le point particulier de cette offre est relatif à la régulation du matériel» et cite, à ce sujet, un extrait du rapport d'adjudication en vertu duquel :

- l'offre de DELTA THERMIC ne mentionne nulle part le recours à un matériel spécifique pour la gestion des clapets coupe-feu
- dans une réponse de la requérante à un courrier du 26 septembre 2011, la requérante resterait muette au sujet de ce matériel spécifique
- en réponse à un second courrier du 18 octobre 2011, la requérante signifierait pour la première fois le recours à un matériel spécifique et dans ces conditions, introduirait un nouvel élément à son offre de base qui ne comprenait pas ladite gestion.

1.1.2 Or :

Le matériel de régulation est distinct du matériel relatif à la gestion des clapets coupe-feu. Ainsi il convient d'entendre par «régulation» et par «gestion des clapets coupe-feu» ce qui suit :

- Installation de régulation

Il s'agit de l'ensemble des équipements nécessaires au fonctionnement et à la gestion de tous les équipements composant l'installation HVAC.

La régulation est l'ensemble des techniques qui permettent de contrôler une grandeur physique (température, vitesse, pression, ...), sans intervention humaine, pour la maintenir à une valeur donnée, appelée consigne.

- Système de gestion des clapets coupe-feu :

Il s'agit d'un système permettant la gestion des installations de ventilation en cas d'incendie.

La gestion des clapets coupe-feu se limite à gérer :

- ☐ l'ouverture et la fermeture des clapets coupe-feux
- ☐ l'arrêt et la mise en marche des groupes de ventilation
- ☐ la signalisation de la position des clapets coupe-feu et de l'état des groupes de ventilation

Le cahier spécial des charges différencie bien les deux termes :

- De manière générale, l'article B 1.6. (pièce 1.1.) décrit les installations électriques et de régulation (Pages T.103 à T.114)

L'article B 1.7. (pièce 1.2.) décrit les installations de sécurité incendie (Pages T.114 à T.120) lesquelles comprennent le système de gestion des clapets coupe-feu. Ce chapitre est en effet le seul qui fait référence au système de gestion des clapets coupe-feu.

Le métré joint au cahier des charges comprend un poste «tableau pompier» (page 46 point 19 - pièce 2)

- De manière plus spécifique, le chapitre relatif aux installations de sécurité incendie du cahier spécial des charges précise que :

- ☐ En page T 115 (chapitre relatif à l'installation de sécurité incendie) que «Les unités de traitement local sont implantés dans les tableaux HVAC.»

Cela signifie que le système de gestion fait partie du tableau électrique et doit être chiffré dans les différents postes relatifs aux tableaux électriques.

- En page T 116 (chapitre relatif à l'installation de sécurité incendie) que «Le terminal d'exploitation implanté dans chacun tableaux HVAC.»

Cela signifie que le système de gestion fait partie du tableau électrique et doit être chiffré dans les différents postes relatifs aux tableaux électriques.

- En page T 117 (chapitre relatif à l'installation de sécurité incendie) que «Les unités de traitement local sont tous du type adressables, elles sont implantés dans les tableaux électriques,.....»

Conformément aux dispositions du cahier spécial des charges, la requérante prévoit et chiffre dans les différents postes du métré relatifs aux tableaux électriques (page 114 point 15-16-17, p 162 point 5.1, page 185 point 6.1, page 209 point 6.1, page 224 point 3, page 256 point 8, page 291 point 10, page 330 et 331 point 10 – pièce 2) et au tableau pompier (page 46 point 19 - pièce 2), un système de gestion des clapets coupe-feu décrit dans le chapitre B 1.7. relatif aux installations de sécurité incendie.

1.1.3. Dans ces conditions, en estimant que :

- «le point particulier de cette offre (lire l'offre de la requérante) est relatif au matériel de régulation» lequel ne mentionnerait nulle part le recours à un matériel spécifique pour la gestion des clapets coupe-feu, la partie adverse confond manifestement la régulation et la gestion des clapets coupe-feu; cette dernière étant définie dans le chapitre B1.7 (et non B1.6);

- «dans une réponse à notre courrier du 26 septembre 2011, cet entrepreneur (lire la requérante) continue à rester muet au sujet du matériel spécifique», la requérante se méprend à nouveau sur les contours de la régulation et de la gestion des clapets coupe-feu puisque ce courrier du 26 septembre traitait explicitement de la régulation. Celui-ci disposait en effet que :

«Conformément à l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, nous sollicitons de votre part les renseignements et éclaircissements ci-après :

Matériel de régulation (....)»

La requérante a, d'ailleurs, répondu à ce courrier et expliqué la nature des équipements de régulation de marque «SIEMENS» à installer. Elle n'avait pas à préciser le système de gestion des clapets coupe-feu lesquelles ne relève pas de la régulation.

- «en réponse à notre deuxième courrier du 18 octobre 2011, cet entrepreneur signifie pour la première fois recourir à un matériel spécifique de marque Remlosys», la partie adverse omet de considérer que c'est également la première fois que la requérante est interrogée sur le système de gestion des clapets coupe-feu.

Tout comme cela est développé ci-dessous, la requérante n'avait également aucune obligation de joindre à son offre une liste des équipements relatifs au système de gestion des clapets coupe-feu.

1.2. La gestion des clapets coupe-feu est contenue dans l'offre

1.2.1. La partie adverse soutient que la requérante signifie, pour la première fois, dans son courrier du 20 octobre 2011 (pièce 7), qu'elle aura recours à un matériel

Remlosys et introduit, dans ces conditions un nouvel élément à son offre de base qui ne comprenait pas la gestion des clapets coupe-feu.

1.2.2. Or :

- Tant la lecture du mail de la requérante du 20 octobre 2011 que de son courrier recommandé ne font nullement état de l'introduction d'un nouvel élément. En effet, à la question de GEI TECHNIQUES SPECIALES, la requérante répond ce qui suit :

«La gestion des clapets coupe-feu est bien prévue dans notre proposition du 13 juillet dernier. Celle-ci sera réalisée via un système compatible avec SIEMENS. Le prix de ce système est réparti dans les différents postes relatifs au tableau électrique» (mail du 20 octobre 2011).

«La gestion des CLAPETS COUPE FEU est prévue par un système tiers. Le système REMLOSYS envisagé est une solution permettant la gestion des installations de ventilation en cas d'incendie. Celui-ci est composé de différents modules, à savoir :

- les modules de terrain pour la gestion de clapets coupe-feu
- les modules de tableau assurant l'interface avec la commande de puissance et la reprise d'informations
- les modules d'affichage et de commande permettant la visualisation à la commande des équipements
- les modules passerelles permettant la liaison avec les systèmes externes.

Le système proposé est compatible avec le système SIEMENS existant.

L'intégration des états des CLAPETS COUPE FEU vers le système SIEMENS sera réalisée en software grâce aux passerelles de liaison» (courrier du 20 octobre 2011).

Conformément à l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la requérante précise le système de gestion des clapets coupe-feu dont le prix est, conformément aux dispositions du cahier spécial des charges, réparti sur les postes du métré relatifs aux tableaux électriques. La lecture et la compréhension par la partie adverse des courriers en réponse adressés par la requérante sont donc parfaitement erronées. La requérante n'introduit aucun élément nouveau.

La requérante souligne également que les fonctionnalités du matériel proposé correspondent aux exigences du cahier spécial des charges, ce qu'elle avait, par ailleurs, indiqué et expliqué dans son courrier 20 octobre 2011 (pièce 7) auquel était joint une documentation de 17 pages.

Ce matériel proposé a, d'ailleurs été placé et réceptionné, dans plusieurs chantiers (dont certains en province du Hainaut) :

- ☐ Maison de repos du Gai séjour à Thuin
- ☐ Maison de repos de Couillet

De manière générale, ce matériel a été placé et réceptionné sur les chantiers suivants (dont 4 hôpitaux – pièce 10) :

- ☐ Usine biométhanol Biowanze.
- ☐ Clinique Notre Dame Hermalle.
- ☐ Bâtiment Forum Phase I, Bruxelles,
- ☐ Clinique du Dr. Derscheld, Wavre,
- ☐ Bâtiment Mobistar, Bruxelles,
- ☐ Home Schweitzer, Bruxelles,

- ☐ Maison de repos de l'ISOSL, Ans,
- ☐ Bâtiment AXA / JECL (Joyeuse Entrée – Cortenbergh – Loi)
- ☐ Clinique Notre-Dame des Bruyères.
- ☐ Centre commerciale Médiacité, Liège
- ☐ Bâtiment STIB Royal Atrium, Bruxelles
- ☐ Hôpitaux IRIS Sud, Etterbeek
- ☐ Rénovation Tour du WTC3 Bruxelles
- ☐ Bâtiment CSC, Bouge.
- ☐ Bâtiment bureaux avenue Marnix, Bruxelles,
- ☐ Nouveau Bâtiment Pertercam (place Saint Gudule, Bruxelles),
- ☐ Bâtiment Square de Meus, Bruxelles,
- ☐ Bâtiment «Access» - «Bridge», Berchem Sainte Agathe.
- ☐ Bâtiment de la Croix Rouge Luxembourgeoise Colpach – Bas.

- En fait, la motivation de la décision d'attribution relative à l'article 115 précité et à la prétendue introduction par la requérante d'un élément nouveau trouve certainement son origine dans la confusion manifeste par la partie adverse entre le matériel régulation et le matériel relatif à la gestion des clapets coupe-feu.

Ainsi :

En date du 28 juin 2011 (pièce 3), GEI TECHNIQUES SPECIALES demande «afin de limiter l'ampleur de la documentation technique et de clarifier deux autres points», que les soumissionnaires communiquent pour les points repris ci-dessous une liste des équipements à mettre en œuvre :

«1. Liste des équipements permettant de juger de la qualité technique de l'offre Pour le lot 3.1.

- Centrales de traitement de l'air et ventilateurs de prise et de rejet,
- régulations, comptage thermique et GTC,
- groupes frigorifiques et aéro-réfrigérant,
- systèmes de stockage frigorifique,
- bardage acoustique et dispositifs acoustiques CTA,
- générateurs de vapeur,
- système d'humidification vapeur (rampes),
- système de diffusion de l'air dans les salles opération et locaux de soins,
- unités terminales,
- plafonds actifs,
- unités de diffusion aéraulique (boite débit constant ou variable diffuseurs),
- pompes,
- conditionnement eaux,
- robinetterie vapeur,
- robinetterie eau,
- corps de chauffe statique,
- chauffage par le sol,
- conduites synthétiques,
- échangeurs,
- isolation.»

Est compris dans cette liste le matériel de régulation (décrit au chapitre B1.6 du cahier des charges). Ce courrier ne fait cependant pas référence aux équipements relatifs au système de gestion des clapets coupe-feu (décrit sous le chapitre B1.7 du cahier des charges).

La requérante ne joint donc pas de liste relative aux matériels afférents au système de gestion de clapets coupe-feu Elle n'avait, conformément aux exigences de la partie adverse qui voulait limiter l'ampleur de la documentation technique, cependant pas à le faire. Elle joint, par contre, une liste des équipements relatifs à la régulation.

Fort de sa confusion entre la régulation et le système de gestion des clapets coupe-feu, la partie adverse a, très certainement, estimé que la requérante avait complété la liste du matériel de régulation jointe à son offre lorsque, interrogée par GEI TECHNIQUES SPECIALES en date du 18 octobre 2011, elle répond que la gestion des clapets coupe-feu est prévue dans l'offre et réalisée par un système tiers de marque Remlosys.

Or, il a déjà été démontré que la requérante précisait uniquement le système de gestion des clapets coupe-feu dont :

- ☐ D'une part, le prix est, conformément aux dispositions du cahier spécial des charges, réparti sur les postes du métré relatifs aux tableaux électriques et non sur le poste régulation.
- ☐ D'autre part, il n'avait pas été demandé aux soumissionnaires de joindre, pour ce poste, la liste du matériel à mettre en œuvre.

1.3. Le revirement étonnant de position dans le chef de la partie adverse et la motivation contradictoire

La motivation de la décision attaquée est pour le moins étonnante. Alors que dans le cadre de sa première décision, la partie adverse a considéré que l'offre de la requérante n'intègre pas le système de gestion de scénarii tel qu'exigé par le Service Régional d'Incendie de la Ville de Mons, elle estime désormais que ce système de gestion fait, en fait, totalement défaut dans l'offre de la requérante.

Or, si le système de gestion des clapets coupe-feu prévu dans l'offre de la requérante ne répondait pas, en novembre 2011, à des scénarii pompiers, comment et sur quel base peut-on, 3 mois plus tard soit en février 2012, considérer que ce système de gestion prétendument défaillant n'existe plus ?

Les contradictions dans la motivation des deux décisions d'attribution démontrent que DELTA THERMIC avait prévu dans son offre un système de gestion des clapets coupe-feu. La partie adverse a, ce faisant et à nouveau, commis une erreur manifeste d'appréciation !".

La partie adverse répond que :

- " 2.1. L'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services dispose qu'en appel d'offre, «le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, en tenant compte des critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou, le cas échéant, dans l'avis de marché».

L'appréciation de la régularité de l'offre et l'appréciation de la qualité de l'offre au regard des critères d'attribution constituent donc deux phases distinctes et spécifiques de la procédure de passation d'un marché public par appel d'offre.

L'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, indique, pour la régularité des offres, ce qui suit :

«Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité».

Cette disposition est interprétée de manière constante comme établissant une nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges :

«(...) le seul fait que certaines dispositions d'une offre soient contraires à certaines prescriptions essentielles du cahier des charges suffit à établir la non-conformité technique de cette offre et, partant, son irrégularité technique. En effet, l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 frappe de nullité absolue "toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89". Parmi celles-ci figurent les clauses techniques d'un marché public. A leur égard, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune latitude et ne peut qu'écarter une offre qui y déroge (...)».

Cet article 89, auquel se réfère l'article 110, assimile donc – outre les prescriptions qualifiées comme telles par le cahier spécial des charges – à des prescriptions essentielles les prix, les délais et les conditions techniques du marché.

Qui plus est ce même article 110 «prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. En effet, le pouvoir adjudicateur est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur».

[...]

Pour fonder son moyen, la requérante soutient que le matériel de régulation est distinct du matériel relatif à la gestion des clapets coupe feu.

Pareille affirmation est erronée. En effet, le dossier d'adjudication a été établi dans le sens où ces deux notions ne forment qu'un tout. Il ne pourrait en être autrement.

On en veut pour preuve, tout d'abord, la requête en suspension.

[...]

Il est [...] clair, à la lumière du moyen, que la gestion des clapets coupe feu intervient dans la gestion de la ventilation et donc dans la régulation des installations HVAC.

Ensuite, il est impossible d'assurer une régulation correcte du réseau aéraulique sans gérer les clapets qui se trouvent sur le parcours des gaines et notamment les clapets coupe-feu.

Le réseau aéraulique permet de réguler soit une température, soit un débit dans un ou plusieurs locaux.

Il est impératif dès lors de maîtriser les débits d'air circulant dans les gaines et donc de connaître l'état des clapets dont les clapets coupe-feu. Il en est ainsi dans toutes les installations HVAC (chauffage, ventilation et conditionnement d'air) objet du marché.

Les autres soumissionnaires l'ont bien compris. Sur les 6 offres reçues, 4 ont remis spontanément une documentation sur le matériel SIEMENS et sur le matériel complémentaire relatif à la gestion des clapets coupe-feu. Les 2 offres n'ayant pas

remis une documentation relative à ce dernier matériel sont celles de DELTA-THERMIC et SPIE, ce dernier n'ayant remis aucune documentation sur tout le matériel de régulation.

L'analyse du cahier des charges le confirme :

a) La régulation des équipements est décrite dans l'article C21; dans cet article C21 (concernant la régulation), on trouve à plusieurs endroits des éléments liés à la «gestion des clapets coupe-feu», ce qui démontre que cette dernière est bien décrite comme une partie intégrante de la régulation.

b) La page T.551 du cahier spécial des charges faisant partie du paragraphe «Principes généraux de système de REGULATION AUTOMATIQUE» est illustrative de l'imbrication de la maîtrise des clapets coupe feu dans la régulation :

[...]

c) Dans l'article C24, toujours du cahier spécial des charges, concernant la «protection contre l'incendie», on trouve également une description démontrant la liaison intime entre la «gestion des clapets coupe-feu» et la régulation. Il est ainsi précisé au § C24.1.6.3. que les clapets coupe-feu «sont équipés de deux connecteurs à fiches pour assurer le connexion sur les bus de signalisations et de commande. Ces connecteurs sont protégés contre l'incendie».

Ce bus de signalisation et de commande constitue «la ligne TGV» pour le transport de toutes les informations relatives à la régulation.

d) Dans l'article B.1.7., il est précisé : «les fonctions reprises au niveau de digitalisée via des interfaces graphiques interactives». Le chapitre «équipement électrique et de régulation» du métré reprend pour chaque poste : ..., les interfaces, ...Aucun autre poste dédié à la «gestion des clapets coupe-feu» n'est prévu. Les interfaces de gestion des clapets coupe-feu sont donc bien reprises dans le chapitre «régulation» du métré.

Par ailleurs, le «schéma général de régulation» intègre le séquençage du fonctionnement des clapets coupe-feu (voir plan n° 92-370 PRCVX02), comme cela ressort des plans reproduits ci-après :

[...]

Enfin, lorsque la requérante précise au point 1.2.2 de sa requête que :

- «celle-ci (la gestion des clapets coupe-feu) sera réalisée via un système compatible avec SIEMENS.
- l'intégration des états des clapets coupe-feu vers le système SIEMENS sera réalisé en software grâce aux passerelles de liaison»,

La requérante reconnaît elle-même que la gestion des clapets coupe-feu fait partie de la régulation. En effet, dans une installation HVAC, aucune autre partie que la régulation n'a un support informatique.

Prétendre que «l'intégration des clapets coupe-feu vers le système SIEMENS sera réalisée en software» revient bien à reconnaître que la gestion des clapets coupe-feu fait partie de la régulation.

2.2.2. Par ailleurs contrairement à ce que la requérante insinue, il est inexact de soutenir que la documentation relative à la partie «incendie» ne devait pas être fournie à la partie adverse à l'appui de la documentation technique. En effet, dans la «liste des équipements permettant de juger de la qualité technique du lot 3.1.»

contenue dans le courrier de la partie adverse du 28 juin 2011 était visée la «régulation».

[...]

Or, la gestion des clapets coupe-feu fait partie de la régulation, comme démontré ci-dessus, ce qui signifie donc bien que les informations relatives à la gestion des clapets coupe-feu devaient être transmises. Les autres soumissionnaires l'ont bien compris.

C'est donc à tort que la requérante a soutenu dans son courrier du 11 octobre 2011, en réponse au courrier de la partie adverse du 26 septembre 2011 que la proposition de la requérante est «conforme au cahier spécial des charges».

[...]

Il est symptomatique de constater qu'interpellée sur la gestion des clapets coupe-feu dans le courrier du 17 octobre 2011 du Bureau d'études GEI, la requérante débute son courrier en réponse du 20 octobre 2011 en invitant le Bureau d'études à trouver «les renseignements et éclaircissements demandés à propos du matériel de régulation proposé dans notre soumission du 13 juillet dernier», tout en prétendant aujourd'hui et dans sa requête, que la gestion des clapets coupe-feu est étrangère à la régulation.

[...]

Ce qui confirme bien que – contrairement à ce que tente de faire croire la requérante, la gestion des clapets coupe-feu est bien relative à la régulation et l'une ne peut pas être dissociée de l'autre.

[...]

L'argumentation de la requérante ne peut donc pas être suivie, sauf à isoler artificiellement gestion des clapets coupe feu et régulation.

2.3. Enfin quant au revirement d'attitude entre la décision d'attribution du 14 novembre 2011 et la décision du 8 février 2012, il est justifié par le fait que les motifs contenus dans la délibération du 14 novembre 2011 étaient erronés, comme l'a démontré à juste titre le premier recours.

Toutefois, le motif d'éviction retenu dans l'acte attaqué figurait déjà dans le rapport du Bureau d'études.

La lecture du dossier administratif permet de comprendre dès lors le «revirement d'attitude» qui n'en est pas un.

Aucune contradiction n'existe entre les motifs de ces délibérations.

Et l'on observera que le moyen n'est pas pris de la violation des articles 65/8 et 65/8 la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en telle sorte que votre contrôle n'est pas limité aux seuls motifs indiqués dans l'acte attaqué.

Le moyen n'est donc pas sérieux".

La partie intervenante fait valoir que :

- " 11. L'offre de la requérante a été écartée au motif que son offre n'intégrait pas le système de gestion des clapets coupe-feu.

a) Le pouvoir adjudicateur n'opère pas de confusion entre le matériel de régulation et le système de gestion des clapets coupe-feu

12. La requérante tente de démontrer à votre Conseil que le «matériel de régulation» serait une notion autonome et distincte de celle du «système de gestion des clapets coupe-feu».

En d'autres termes, elle soutient que le matériel de «régulation» ne doit pas, en soi, intégrer «un système de gestion des clapets coupe-feu».

Or, une telle argumentation ne saurait être suivie.

13. Le matériel de régulation ne saurait adéquatement fonctionner sans un système de gestion des clapets coupe-feu.

Entre chaque local séparé par des murs coupe-feu, l'attributaire doit installer des clapets coupe-feu. Un clapet coupe-feu est un dispositif automatique de fermeture permettant d'empêcher la propagation d'un incendie par les conduits de ventilation, en stoppant la circulation des fumées et des gaz chauds.

Pour ce faire, les gaines de ventilation doivent donc être équipées de clapets coupe-feu. Ainsi, les clapets coupe-feu sont incorporés au même système, et dans les mêmes conduits que ceux permettant de contrôler la température, la vitesse, la pression, etc.

Les clapets coupe-feu doivent également être reliés à un système de gestion (panneau de signalisation). Ils sont, en principe, ouverts. Lorsque la température dans le conduit est anormale ou lorsque le système détecte de la fumée, le clapet se ferme. Ce faisant, il envoie un signal d'alarme qui apparaît sur le panneau de signalisation.

Le système de gestion comprend des milliers de points. Chaque point gère un aspect de la régulation : température, vitesse, coupe-feu, etc. Chaque point de mesures (température, humidité, etc.) constitue un point.

Lorsque des clapets coupe-feu sont fermés, des points apparaissent sur le système de gestion, afin d'identifier le compartiment du réseau touché.

Par conséquent, le matériel de régulation ne saurait pas fonctionner adéquatement s'il n'intègre pas un système de gestion des clapets coupe-feu. En d'autres termes, la régulation doit nécessairement permettre, outre le contrôle de la température, vitesse et pression – citées par la requérante elle-même –, de contrôler le système de protection et, partant les clapets coupe-feu via un système de gestion.

Il serait en effet impossible d'assurer une régulation sans gérer les clapets qui se trouvent dans les gaines, en ce compris les clapets coupe-feu.

La requérante, elle-même, ne dit pas autre chose lorsqu'elle indique que le système de gestion est «un système permettant la gestion des installations de ventilation en cas d'incendie (...)» qui gère «l'arrêt et la mise en marche des groupes de ventilation».

14. Il résulte de ce qui précède que, par définition, une installation de régulation ne peut donc s'entendre autrement que comme intégrant le système de gestion des clapets coupe-feu.

15. Le système de gestion des clapets coupe-feu étant absolument nécessaire pour assurer la régulation, la partie intervenante a joint à son offre une explication et de la documentation sur le matériel qu'elle compte mettre en œuvre.

Ce faisant, elle a satisfait aux exigences du conseiller technique du pouvoir adjudicateur qui, dans son courrier du 28 juin 2011, a exigé la «liste des équipements (...) régulations, comptage thermique et GTC.»

En indiquant dans ce courrier la notion «régulation», les soumissionnaires, en tant que professionnels diligents, devaient nécessairement comprendre cette notion comme englobant la gestion des clapets coupe-feu, la régulation ne pouvant se concevoir sans un tel système de gestion (voyez ci devant). C'est d'ailleurs pourquoi l'offre d'Axima se lit comme suit :

[...]

16. C'est donc également à juste titre que le pouvoir adjudicateur a indiqué, dans l'acte attaqué, que «le point particulier de [l'offre de la requérante] est relatif au matériel de régulation».

17. Au surplus, la partie intervenante souhaite attirer l'attention de votre Conseil sur le fait que le cahier spécial des charges n'opère pas de distinction entre ces deux notions, contrairement à ce que tente de faire croire la requérante.

A titre d'exemple, l'article C21 du cahier général des charges a trait à la «régulation automatique». A cet égard, l'article C.21.1.2. «fonctions» dispose que :

«Les fonctions principales suivantes doivent pouvoir être réalisées par les unités terminales locales, les unités d'exploitation et les postes de supervision :

(...)

- Boucles de contrôle et de régulation ouvertes et fermées;
- Commandes d'équipements et sélection de points de consigne en rapport avec un programme;
- Affichage immédiat et horodaté des alarmes sur un terminal local;
- Gestion de l'énergie;
- Gestion de la maintenance;
- Gestion des commandes pompiers.

(...)

Le système doit permettre au minimum de :

- Recevoir les signalisations :
 - o Des états machines (marche/arrêt),
 - o De mise en sécurité des équipements;
 - o De comptage d'impulsions.
 - Prendre des mesures :
 - o Température d'eau,
 - o De débit d'eau,
 - o De comptage d'électricité,
 - o De comptage d'énergie,
 - o De pression de distribution de vapeur,
- (...)
- Donner les commandes pour :
 - o La mise en service et l'arrêt des équipements;
 - o La modulation des vannes de régulation.
- (...)

C.21.2.4. Alarmes

Les alarmes seront immédiatement envoyées vers les portes-opérateurs. L'application permet les fonctionnalités suivantes :

- La génération d'un signal sonore avertissant l'utilisateur de l'arrivée d'une alarme;
- La filtration des alarmes selon l'utilisateur;
- Le type d'événement;
- La valeur du point au moment du déclenchement;

- La description du point et de sa localisation par bloc de texte libre;
- (...)
- La gestion des alarmes systèmes (redémarrage, erreurs de scripts, ...);
- La gestion des alarmes de communication».

La page T.555 du cahier spécial des charges est également explicite lorsqu'elle indique à propos de la régulation que :

«La mise en marche ou l'arrêt du groupe de pulsion entraîne automatiquement la mise en marche ou l'arrêt du ventilateur d'extraction.

Un pressostat différentiel équipe les groupes : il doit permettre de vérifier que la circulation d'air s'effectue.

En cas de manque de débit, le ventilateur doit être mis à l'arrêt, une alarme doit être générée sur le poste central GTC et une signalisation sonore et lumineuse doit être prévue au tableau de commande.

a. Régime de fonctionnement du groupe.

Le groupe de ventilation doit pouvoir être mis :

- en fonctionnement en régime normal,
- à l'arrêt normal,
- à l'arrêt "détection incendie"
- en fonctionnement "pompier".

Les commandes «protection incendie» ont priorité sur les différents régimes de fonctionnement.»

Cette description est accompagnée d'un tableau clair, qui intègre à la fois le groupe de ventilation et le système de gestion des clapets coupe-feu.

[...]

Ce tableau est à nouveau repris en page T.597 et en page T.611 du cahier spécial des charges, toujours sous le chapitre C.21 «Régulation automatique».

En outre, l'article C.24, invoqué par la requérante en note infrapaginale n° 6, démontre également le lien évident entre le matériel de régulation et le système de gestion des clapets.

Cet article dispose en effet que :

«Tous les clapets sont équipés d'une commande de type B à détection thermique et fermeture à distance au moyen d'un système à sécurité positive tel que défini dans l'A.R. du 19.12.1997. (...)

C.24.1.6.3. Raccordement électrique

Les raccordements électriques entre le servomoteur, les contacts de fin de course et la ou les boîtes de dérivation sont réalisés en câbles ignifuges FR2-C1 ou C2 (RF 1h ½).

Leur fixation, leur pose et leur raccordement sont conformes à l'article C24 du présent cahier spécial des charges.

Ils sont équipés de deux connecteurs à fiches pour assurer la connexion sur les bus de signalisation et de commande.

Ces connecteurs sont protégés contre l'incendie.»

Le cahier spécial des charges intègre donc intrinsèquement les clapets coupe-feu au système de régulation, qui n'en sont qu'un des éléments constitutifs.

La critique selon laquelle le système de gestion des clapets coupe-feu d'une part, et la régulation du système d'autre part seraient deux notions distinctes dans le cahier spécial des charges n'est donc pas sérieuse.

b) L'offre de la requérante

18. La partie intervenante ne dispose pas de l'offre de la requérante. Elle renvoie dès lors aux développements du pouvoir adjudicateur sur ce point.

19. Elle souhaite toutefois attirer l'attention de votre Conseil, d'une part, sur le fait que, conformément à l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics et à la jurisprudence, bien établie, de votre Conseil, un soumissionnaire ne peut pas compléter son offre. En d'autres termes, les contacts qui sont pris avec un soumissionnaire ne peuvent pas avoir pour effet de modifier son offre.

D'autre part, le courrier du conseiller technique du pouvoir adjudicateur, en visant les «régulations, comptage thermique et GTC», a clairement indiqué que le soumissionnaire devait joindre les documents relatifs à la gestion des clapets coupe-feu (voyez les développements ci-devant).

20. Enfin, la partie intervenante n'aperçoit pas la pertinence des références à d'autres chantiers sur lesquels le matériel aurait été proposé. La problématique demeure celle de l'absence de ce système de gestion de clapets coupe-feu dans son offre initiale relative au présent marché.

c) La décision attaquée est une décision autonome

21. La partie intervenante s'étonne de cette argumentation dans le cadre du premier moyen, dès lors que le moyen n'a pas été pris de la violation des articles 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics.

22. En toutes hypothèses, lorsqu'une décision est retirée, c'est parce que le pouvoir adjudicateur reconnaît que celle-ci était entachée d'une irrégularité. De par le retrait de l'acte, celui-ci disparaît avec effet rétroactif et est donc présumé ne jamais avoir existé.

«La décision de retrait a, comme un arrêt d'annulation, pour effet d'anéantir ab initio l'acte administratif qui en est l'objet de sorte que celui-ci est censé n'avoir jamais existé».

Les décisions des 14 novembre 2011 et 8 février 2012 doivent donc être appréciées de manière autonome.

23. Enfin, la partie intervenante renvoie aux développements de la partie adverse, lorsqu'elle explique que les motifs de l'acte attaqué préexistaient à la première décision : ceux-ci étaient en effet déjà indiqués dans le rapport d'attribution, qui n'a pas changé en suite du retrait de la première décision.

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

B. Décision du Conseil d'Etat

Il apparaît, *prima facie*, que, comme l'a considéré la partie adverse, l'offre de la requérante ne mentionne pas la gestion des clapets coupe-feu.

Il n'est donc nullement manifeste que la partie adverse se serait trompée en considérant que la requérante n'a pas prévu cette gestion des clapets coupe-feu dans son offre. Certes, la requérante soutient le contraire dans un courrier qu'elle a adressé à la partie adverse le 20 octobre 2011 ainsi que dans sa requête.

Cependant, la requérante ne présente aucun élément probant de nature à établir le bien-fondé de son affirmation.

La partie adverse a dès lors pu décider légalement que l'offre de la requérante était irrégulière et qu'au regard de l'importance de la gestion des clapets coupe-feu pour la sécurité, cette irrégularité justifiait que son offre fût écartée.

Enfin, la requérante ne peut se prévaloir d'un revirement d'attitude de la partie adverse entre la position qu'elle a adoptée dans l'acte attaqué et celle qu'elle avait retenue dans sa décision du 14 novembre 2011 dès lors que cette dernière a été retirée.

Cette décision du 14 novembre 2011 ainsi que ses effets ont disparu de l'ordonnancement juridique de telle sorte que la partie adverse n'a adopté qu'une seule attitude, à savoir celle prise dans l'acte attaqué.

Le premier moyen n'est donc pas sérieux.

V. 2. Deuxième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un deuxième moyen pris de la violation "des articles 1^{er} et suivants de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs".

Elle fait valoir que :

- " La requérante n'est pas en possession du rapport d'adjudication des offres auquel fait référence la décision d'attribution contestée. La requérante ne dispose d'aucun élément lui permettant de comprendre la raison pour laquelle son offre n'intégrerait pas le système de gestion des clapets coupe-feu exigé par le Service Régional d'Incendie de la Ville de Mons.

A ce sujet, le Conseil d'Etat a jugé que :

«Considérant que la motivation prévue par l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 doit permettre de connaître les raisons qui ont déterminé l'autorité à considérer l'offre retenue comme la plus intéressante; qu'elle peut se référer à cet égard à un autre document, pourvu que celui-ci soit connu de la personne à la connaissance de laquelle la motivation doit être portée;» (CE, n° 79.071, 3 mars 1999)".

La partie adverse répond que :

- " 3.2.1. Le moyen manque en droit. En effet, en matière de marchés publics, l'obligation de motivation découle, non pas de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, mais de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services.

[...]

A cet égard, il est clair que l'article 65/5 précité est plus contraignant, sinon équivalent aux obligations de la loi du 29 juillet 1991.

Seul l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 s'imposait donc à la partie adverse.

Le moyen manque donc bien en droit en tant qu'il est pris de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

3.2.2. Ensuite, force est de constater que l'acte attaqué est motivé sur les raisons de l'éviction de la requérante, en ce qu'il reprend les motifs reproduits à la page 43 du rapport du Bureau d'études;

[...]

Force est dès lors de considérer que l'acte attaqué est motivé à suffisance de droit au regard de l'article 65/5, 6° de la loi du 24 décembre 1993 [...].

Et l'on ne saurait exiger plus de la partie adverse, sauf à exiger les motifs de ses motifs, ce qui ne peut être admis.

3.2.3. Quant à l'argument de la requérante selon lequel elle ne dispose d'aucun élément lui permettant de comprendre la raison pour laquelle son offre n'intégrerait pas le système de gestion des clapets coupe-feu exigé par le Service Régional d'Incendie de la Ville de Mons, on observera, d'une part, que ce motif est clairement exprimé dans l'acte attaqué :

[...]

D'autre part, et quant au rapport d'adjudication, cette critique pose la question de savoir quelles informations ou documents devaient être communiqués à la requérante. L'article 65/8, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 indique, sur ce point, ce qui suit :

«Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er} ;

2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;

3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée».

Il en résulte, tout d'abord, que la décision motivée, établie en vertu de l'article 65/4, 5° de la loi du 24 décembre 1993 ne doit donc pas être communiquée, en son intégralité, à tous les soumissionnaires.

Ensuite, l'autorité adjudicatrice ne doit communiquer, au soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, que les seuls «motifs de son éviction, extraits de la décision motivée» et rien d'autre.

Dès lors le fait de ne pas avoir communiqué à la requérante le rapport d'adjudication auquel se réfère l'acte attaqué ne constitue évidemment pas une violation de l'article 65/8, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993, qui n'est d'ailleurs pas visé au moyen.

Enfin, rien n'empêchait la requérante de solliciter la communication du rapport d'adjudication, comme d'autres soumissionnaires l'ont fait.

A cet égard votre arrêt, SA Energys, n° 217.772 du 7 février 2012, ne pourrait nullement être rapproché de la présente espèce. [...]

En l'occurrence, la motivation de l'acte attaqué ne peut, au contraire de l'espèce de cet arrêt, être qualifiée de lacunaire.

Le moyen n'est donc pas sérieux."

La partie intervenante fait valoir que :

" 2) A titre principal : Irrecevabilité du moyen

26. Depuis l'entrée en vigueur de son livre IIbis, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics organise un régime spécifique de motivation formelle applicable à toutes les catégories d'autorités adjudicatrices, qu'il s'agisse d'autorités administratives ou non, dans le cadre de la passation des marchés publics.

27. Le Législateur a donc organisé un régime de motivation formelle spécifique aux marchés publics, qui prévoit un champ d'application et des exigences différentes de celles prévues dans la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle. En l'espèce, les obligations sont plus spécifiques et contraignantes, en

vertu des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics.

Par conséquent, la loi du 29 juillet 1991 ne trouve plus à s'appliquer dès lors que l'exigence de motivation organisée par les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics est plus contraignante que celle exigée sur la base de la loi du 29 juillet 1991 précitée.

Le deuxième moyen doit donc être déclaré irrecevable en ce qu'il vise uniquement la loi du 29 juillet 1991.

28. Cette question de savoir si la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs s'applique toujours nonobstant le régime spécifique prévu en matière d'attribution de marchés publics n'a, à la connaissance de la partie intervenante, pas encore été tranchée par Votre Conseil en extrême urgence.

En l'espèce, il est cependant nécessaire de trancher la question vu que les articles 65/5 et 65/8 ne sont pas invoqués par la partie requérante. Seule la loi de 1991 est invoquée.

Que, partant, si Votre Conseil décidait d'examiner néanmoins ce deuxième moyen en ce qu'il vise la motivation formelle, c'est qu'il considérerait expressément que la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs s'appliquerait toujours d'une manière générale en matière d'attribution de marchés publics, nonobstant le régime particulier visé par la loi du 24 décembre 1993 – quod non –.

3) À titre subsidiaire : Réfutation du moyen

29. C'est l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics qui règle désormais l'étendue de la motivation.

S'agissant des motifs à communiquer à un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, l'article 65/8 précité dispose que :

«Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée.»

En l'espèce, la requérante a eu connaissance des motifs de son éviction et a pu introduire en toute connaissance de cause le présent recours.

De même, les motifs repris dans l'acte attaqué en ce qui concerne l'irrégularité de l'offre de DELTA THERMIC sont identiques à ceux repris dans le rapport d'adjudication, de sorte que l'omission du rapport d'attribution n'a pas porté préjudice à la partie requérante.

A cet égard, il a déjà été jugé que, lorsque la décision se réfère «aux conclusions du rapport des auteurs joint en annexe et que le [pouvoir adjudicateur] fait siennes», le soumissionnaire évincé n'est pas fondé «à se plaindre d'une communication partielle de ce rapport d'auteur, dès lors que cette communication, toute partielle qu'elle ait été, a suffi à lui donner connaissance des éléments d'information qu'il pouvait exiger, et qu'il n'indique pas quel autre élément essentiel lui aurait ainsi été celé ; le moyen n'est pas fondé». Cette jurisprudence est transposable en l'espèce par analogie, dès lors que tous les éléments de la motivation qui doivent lui être communiqués en vertu de l'article 65/8 de la loi lui ont été transmis par le biais de la décision communiquée :

- Le renvoi à la page 43 du rapport d'adjudication : la décision communiquée reprend quasi mot à mot le rapport d'attribution, de sorte que la partie requérante n'a pas intérêt au moyen;
- Le renvoi à la page 16 du rapport d'attribution : est exprimé comme suit dans la décision motivée :

«Dans la mesure où l'art. 115 de l'A.R. du 08 janvier 1996 n'autorise pas la modification de l'offre en procédure d'appel d'offres, le rapport d'adjudication conclut que ce manquement technique de l'offre introduite par DEL TA-THERMIC constitue une non conformité majeure, devant conduire à son écartement (voy également Rapport d'adjudication, p.16)».

Pour le surplus, la page 16 du rapport d'attribution se contente de relater un échange de courrier entre le pouvoir adjudicateur et – en l'espèce – le requérant, qu'il n'ignore évidemment pas, et dont l'absence de mention formelle dans la décision attaquée ne peut lui porter préjudice dès lors qu'il en a eu, évidemment, connaissance.

Les autres mentions reprises aux pages 16 et 43 concernent d'autres soumissionnaires et ne doivent donc pas être communiquées en vertu de l'article 65/8, en manière telle qu'une prétendue méconnaissance du caractère formel de la motivation du fait de la référence à ces pages dans la décision d'attribution n'est pas sérieux.

30. Quant à la jurisprudence citée par la partie requérante pour étayer son deuxième moyen, celle-ci n'est pas pertinente, dès lors qu'elle vise l'arrêté royal du 22 avril 1977 s'agissant de la motivation. Or, désormais, c'est l'article 65/8 précité qui s'applique.

31. Ce constat est en outre justifié par la requête particulièrement étayée déposée par la partie requérante.

Le but de la motivation formelle est en effet de permettre au soumissionnaire de connaître les motifs pour lesquels son offre n'a pas été retenue, et d'apprécier s'il est opportun ou non de contester la décision du pouvoir adjudicateur devant une juridiction.

En l'espèce, la requérante a pu introduire le présent recours en toute connaissance de cause. Les raisons pour lesquelles son offre a été considérée comme irrégulière ont en effet été développées et étayées dans l'acte attaqué et sont expressément contestées par la requérante dans son recours.

En d'autres termes, la critique des motifs de la décision par la partie requérante est la preuve de la motivation formelle de l'acte attaqué, en telle sorte que le moyen pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 ne présente pas d'intérêt.

32. Au surplus, la partie intervenante renvoie aux développements de la partie adverse, lorsqu'elle explique que les motifs de l'acte attaqué préexistaient à la première décision : ceux-ci étaient en effet déjà indiqués dans le rapport d'attribution, qui n'a pas changé en suite du retrait de la première décision.

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

B. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin de déterminer si le moyen est recevable, il suffit de constater que la partie adverse a reproduit dans la décision attaquée la partie du

rapport d'adjudication dans laquelle sont exposés les motifs pour lesquels elle a écarté l'offre de la requérante.

Cette motivation apparaît suffisante. Il n'était pas requis que la partie adverse annexât ce rapport à l'acte attaqué.

Le moyen n'est pas sérieux.

V. 3. Troisième moyen

A. Arguments des parties

La requérante soulève un troisième moyen pris de la violation "du principe de motivation matérielle des actes administratifs" et "de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics".

Elle soutient que :

" Sur la base de l'article 110 précité et 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la jurisprudence du Conseil d'Etat a distingué deux régimes de traitement d'irrégularités des offres :

* D'une part, les irrégularités substantielles qui affectent les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges. Face à une telle irrégularité, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et doit écarter l'offre.

* D'autre part, les irrégularités non substantielles qui n'affectent pas les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges. Face à une telle irrégularité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation et peut, le cas échéant, écarter l'offre.

Cette jurisprudence dispose que :

«L'article 110 § 2 précité distingue donc deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre; qu'il établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges; qu'en dehors de cette prescription essentielle, il prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière; qu'il s'en suit qu'une offre non signée ou non valablement signée est affectée d'une irrégularité substantielle, dès lors qu'elle contrevient à l'article 89 ou qu'elle se réfère à l'article 110 § 2 et dès lors qu'elle génère l'incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire; qu'une telle offre doit dès lors être écartée par le pouvoir adjudicateur qui ne dispose, à cet égard, d'aucun pouvoir d'appréciation» (CE, n° 201.744, 9 mars 2010).

En l'espèce, dans son courrier du 28 juin 2011 (pièce 3), le Bureau d'Etude GEI attire l'attention des soumissionnaires sur les éléments techniques dont il y a lieu

de tenir compte dans l'offre et ce afin de limiter l'ampleur de la documentation à joindre. Ces éléments techniques ne reprennent pas la gestion des clapets coupe-feu.

Dans ces conditions, comment et sur quelle base la partie adverse a-t-elle pu juger que les dispositions prétendument violées par la requérante étaient essentielles de telle sorte que son offre était entachée d'une irrégularité substantielle «majeure» ?

Par ailleurs, il s'agirait même d'une irrégularité – ce qui est contesté par la requérante - que celle-ci ne pourrait constituer qu'une irrégularité non substantielle (relative) de son offre.

Or, le Conseil d'Etat a jugé, à ce sujet, que :

«Si l'offre ne contient que des irrégularités relatives, le pouvoir adjudicateur est libre de la rejeter ou non pour ce motif à condition que ce pouvoir d'appréciation soit toujours exercé à la lumière des éléments concrets disponibles. Dans l'un et l'autre cas, l'obligation de motivation matérielle implique en outre que cette appréciation soit basée sur des motifs admissibles qui doivent à tout le moins ressortir du dossier administratif».

A l'heure actuelle, aucun motif admissible à l'appui de la décision d'attribuer le marché à AXIMA ne ressort des documents en possession de la requérante."

La partie adverse répond que :

- " 4.2. Dès lors que ce moyen se confond avec le premier moyen de la requête, la partie adverse renvoie aux observations sous ce moyen.

Le moyen n'est donc pas sérieux."

La partie intervenante fait valoir que :

- " 35. La partie intervenante constate d'emblée que la partie requérante fonde essentiellement son troisième moyen sur le contenu du courrier du conseiller technique du 28 juin 2011.

Or, contrairement à ce que soutient la requérante, le courrier du conseiller technique de la partie adverse du 28 juin 2011 exigeait que soit joint à l'offre les documents relatifs au système de gestion des clapets coupe-feu, étant donné que celui-ci était repris sous la mention «régulations, comptage thermique et GTC» (voyez les développements ci-devant).

Dès lors que le raisonnement de la partie requérante part d'un postulat erroné, son moyen doit être déclaré non fondé.

36. Au surplus, la partie intervenante rappellera utilement que l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics prévoit deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre :

- Il établit un régime de nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 de l'arrêté;
- Il établit un régime de nullité relative pour les autres irrégularités.

Dans la seconde hypothèse, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. Il n'appartient pas à votre Conseil de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges. Seule une erreur manifeste d'appréciation peut être sanctionnée.

A cet égard, votre Conseil a déjà jugé que :

«Il y a lieu de rappeler, par ailleurs, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur, et à lui seul, d'interpréter les exigences techniques du C.S.C. C'est en effet lui qui définit ses besoins».

En l'espèce, eu égard à l'importance du système de gestion des clapets coupe-feu dans un système de régulation (voyez les développements repris au premier moyen) et d'un point de vue de la sécurité, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

37. Par conséquent, le troisième moyen n'est pas sérieux. "

B. Décision du Conseil d'Etat

Pour les motifs qui ont été exposés lors de l'examen du premier moyen, la partie adverse paraît avoir décidé légalement que l'offre de la requérante était irrégulière.

Par ailleurs, la partie adverse a indiqué dans l'acte attaqué les raisons, liées aux exigences de sécurité, pour lesquelles elle a estimé que cette irrégularité était importante et qu'il était nécessaire en conséquence d'écarter son offre.

Cette motivation apparaît licite.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. DEMANDE D'ASTREINTE

Dès lors qu'aucun moyen n'apparaît sérieux et que la demande de suspension doit être rejetée, la demande d'astreinte doit également être rejetée.

VII. CONFIDENTIALITE

VII. 1. Arguments de la partie intervenante

La partie intervenante expose que :

" 38. La partie intervenante dépose son offre à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément à

- l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics

- l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et à
- l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, auquel se réfère l'arrêté royal du 5 décembre 1991, applicable par analogie en suspension d'extrême urgence.

L'offre de la partie intervenante est couverte par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1996) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993).

En effet à ce stade de la procédure, si – par impossible – votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Or, si les offres de ceux-ci sont déposées et accessibles à tous, chacun des soumissionnaires aura connaissance des offres des autres compétiteurs, ce qui altérera irrémédiablement la concurrence dans le cadre de ce marché.

Par conséquent, la partie intervenante souhaite légitimement que son offre – relevant du secret d'affaires – ne soit pas mise en possession de la requérante."

Les autres parties ne contestent pas cette demande formulée par l'intervenante.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter l'offre de l'intervenante à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de la soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires. Pour le même motif, il y lieu de soustraire, à ce stade, à la consultation des autres parties, comme le sollicite la partie adverse, les offres de la société anonyme DELTA THERMIC et de la société anonyme CLOSE.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme AXIMA CONTRACTING dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Les offres des sociétés AXIMA CONTRACTING, CLOSE et DELTA THERMIC sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

La demande d'astreinte est rejetée.

Article 5.

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

Article 6.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le treize mars deux mille douze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.