

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.605 du 2 juin 2014

G./A.205.925/VI-19.658

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 :

le centre public d'action sociale de Malmedy,
en abrégé C.P.A.S. de Malmedy,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

Partie intervenante :

la société anonyme ENERGYS,

ayant élu domicile chez
Me Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories, n° 2,
4020 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 6 août 2012, la société anonyme DELTA THERMIC demande l'annulation de "la décision prise par la partie adverse le 23 février 2012, et portée à sa connaissance par courrier du 6 juin 2012, d'attribuer à la S.A. ENERGYS le marché public portant sur la transformation et l'extension de la résidence Grand Fa, lot 3 chauffage".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme ENERGYS a, par une requête introduite le 19 septembre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

Une ordonnance du 23 octobre 2012 a accueilli provisoirement cette intervention.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

Un mémoire en intervention a été déposé.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 1^{er} avril 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 30 avril 2014.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Denis CRICKX, loco Mes Jean-Marie RIKKERS et Jean-Luc TEHEUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Au cours de sa séance du 1^{er} décembre 2008, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a décidé de passer un marché public en vue de l'extension et de la rénovation du home "Résidence do Grand Fa". Cette délibération précise que le marché sera passé par adjudication publique et qu'il porte sur sept lots :

- Lot 1 : gros œuvre fermé parachevé
- Lot 2 : mobilier + tentures + signalétique
- Lot 3 : chauffage + ventilation
- Lot 4 : sanitaires
- Lot 5 : électricité
- Lot 6 : ascenseurs
- Lot 7 : équipement cuisine.

III.2. Six sociétés, parmi lesquelles la société ENERGYS, la société DELTA THERMIC et la société HENRI DETHIER FILS ont déposé une offre pour le lot 3. Le rapport d'analyse des soumissions de ce lot 3 conclut que l'offre régulière la plus intéressante est celle de la société ENERGYS pour un montant définitif recalculé de 1.068.265,99 euros HTVA. Il ressort également de ce rapport que l'estimation initiale des travaux effectuée par la partie adverse était de 810.000 euros HTVA. L'avis publié au Bulletin des adjudications indiquait, pour sa part, un montant de 1.000.000 euros HTVA pour le lot 3.

III.3. Au cours de sa séance du 4 mai 2009, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a décidé de ne pas adjuger les lots 3, 4 et 5 au motif que le rapport d'analyse des offres "montre que les soumissions relatives aux techniques spéciales (lots 3 (chauffage, ventilation), 4 (sanitaires) et 5 (électricité)) sont en moyenne 40% plus élevées par rapport aux estimations". Il s'agit du premier acte attaqué par le recours G./A.196.302/VI-18.631.

III.4. Les soumissionnaires ont été informés de cette décision par un courrier daté du 13 mai 2009 auquel n'était pas jointe une copie de la décision. Cette délibération ne sera communiquée à la société ENERGYS que par un courrier daté du 22 décembre 2009.

III.5. Le 12 mai 2009, le conseil de l'action sociale de Malmedy a approuvé un nouveau cahier spécial des charges et décidé de passer un marché public par adjudication publique pour quatre lots :

- Lot 3 : chauffage + ventilation
- Lot 4 : sanitaires
- Lot 5 : électricité
- Lot 6 : ascenseurs.

III.6. Cinq sociétés, parmi lesquelles la société ENERGYS, la société DELTA THERMIC et la société HENRI DETHIER FILS, ont déposé une offre pour le lot 3. Trois sociétés, dont la société DELTA THERMIC et la société HENRI DETHIER FILS, ont déposé une offre pour le lot 4.

III.7. Le rapport d'analyse des offres pour le lot 3 conclut que l'offre régulière la plus intéressante est celle de la société HENRI DETHIER FILS pour un montant de 777.077,65 euros HTVA. Le rapport d'analyse des offres pour le lot 4 conclut que l'offre régulière la plus intéressante est celle de la société HENRI DETHIER FILS pour un montant de 1.059.885,57 euros HTVA.

III.8. Le 19 octobre 2009, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a décidé d'attribuer les lots 3 et 4 à la société HENRI DETHIER FILS. Le deuxième objet du recours G./A.196.302/VI-18.631 est l'attribution de ce lot 3. Le recours G./A.196.328/VI-18.633 est dirigé contre l'attribution des lots 3 et 4.

III.9. Les soumissionnaires évincés ont été informés de cette décision par un courrier daté du 25 février 2010.

III.10. Par un arrêt du 4 mai 2011 dans une affaire commencée originellement par la société DELTA THERMIC, la Cour d'appel de Liège a ordonné à la partie adverse de ne poser aucun acte qui pourrait conduire soit à l'attribution du marché portant sur la transformation et l'extension de la Résidence "Do grand Fa", lot 3 chauffage, soit à la conclusion du contrat résultant de l'attribution de ce marché en application de la décision du 19 octobre 2009. En ce qui concerne le lot 4, la Cour d'appel de Liège a, par contre, estimé que la société DELTA THERMIC ne justifiait pas d'un intérêt propre à ce chef de sa demande, car elle ne prétendait pas que l'application correcte des dispositions légales régissant les marchés publics conduiraient à lui attribuer le lot 4.

III.11. Le 20 juin 2011, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a décidé de retirer sa décision du 19 octobre 2009 en tant qu'elle concerne les lots 3 et 4 et d'attribuer le lot 3 du marché à la société ENERGYS et le lot 4 à la société HENRI DETHIER FILS. La société DELTA THERMIC a introduit un recours en annulation

contre cette décision d'attribuer le lot 3 à la société ENERGYS (G./A.201.886/VI-19.265) ainsi qu'une procédure judiciaire.

III.12. A la suite de la décision rendue le 15 décembre 2011 par le Tribunal de première instance de Verviers, siégeant en référé, le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmedy a, le 23 février 2012, décidé de retirer sa décision du 20 juin 2011 en ce qu'elle concerne le lot 3 (chauffage) et de réattribuer le lot 3 à la société ENERGYS. Le présent recours est dirigé contre cette décision, en tant qu'elle a pour objet l'attribution du lot 3 à la société ENERGYS. Par ailleurs, la société DELTA THERMIC, qui avait été informée de cette décision par un courrier recommandé daté du 6 juin 2012, a introduit une nouvelle procédure judiciaire. Celle-ci a abouti à une ordonnance de rejet en date du 6 décembre 2012.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 19 septembre 2012, la société ENERGYS demande à être reçue en qualité de partie intervenante. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE "RATIONE TEMPORIS" DU RECOURS

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité "ratione temporis" de la requête au motif que la décision a été notifiée par recommandé et par fax le 6 juin 2012 de telle sorte que le recours qui porte cachet du 7 août 2012 est tardif.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée a été communiquée à la requérante par un courrier recommandé déposé à la poste le 6 juin 2012, ainsi que par télécopie le même jour.

Le délai dont la requérante disposait pour introduire le recours expirait le lundi 6 août 2012, date à laquelle le pli contenant la requête a bien été déposé à la poste. Le cachet apposé sur la requête indique quant à lui la date de réception de celle-ci au Conseil d'Etat. Le recours n'est donc pas tardif.

VI. PREMIER ET DEUXIEME MOYENS

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation du principe de bonne administration et de l'obligation de transparence ainsi que de la commission d'une erreur manifeste d'appréciation. Elle y constate que la décision attaquée attribue le marché à l'intervenante selon son offre de base, soit celle concernant la réalisation d'une installation fonctionnant au mazout alors que la volonté de la partie adverse a toujours été de réaliser une installation fonctionnant au gaz et non au mazout. Elle souligne que cette volonté est à l'origine d'ambiguïtés importantes dans la description technique des travaux dans le cahier spécial des charges et qu'on constate des erreurs manifestes dans la rédaction des clauses techniques, erreurs qui trouvent notamment leur origine dans la volonté de la partie adverse d'utiliser comme combustible du gaz et non du mazout. Elle fait état des éléments desquels elle s'autorise à déduire cette volonté de la partie adverse. Elle soutient ensuite que la partie adverse a commis des erreurs dans la rédaction des clauses du cahier spécial des charges, car elle a, en fait et en droit, défini maladroitement les conditions d'exécution du marché violant ce faisant le principe de bonne administration et l'obligation de transparence applicables dans les marchés publics. Elle expose les éléments qui, à son estime, l'autorisent à soutenir cette thèse et révèlent, par ailleurs, un défaut de transparence manifeste dans les clauses du cahier spécial des charges sur la base duquel les soumissionnaires remettent prix.

La requérante prend un deuxième moyen de la "commission d'une deuxième erreur manifeste d'appréciation" et de la violation du principe de motivation matérielle des actes administratifs. Elle explique que ce moyen, certes lié au premier moyen, permet à nouveau de constater, d'une part, la volonté de la partie adverse de réaliser une installation fonctionnant au gaz et, d'autre part, la méconnaissance des règles applicables en la matière. Elle observe que la partie adverse soutient qu'elle est obligée, de par la réglementation, de choisir l'offre de base au mazout et que les options ne peuvent être commandées et comprend très difficilement cette motivation, car la partie adverse pouvait, tout comme l'a relevé le Président dans l'ordonnance du 15 décembre 2011, parfaitement renoncer à la procédure et la recommencer sur la base d'un descriptif technique cohérent et, si elle le souhaitait, afférent à une installation au gaz. Elle en déduit que la motivation de la décision apparaît contraire aux éléments de fait précisés ci-dessus et révèle une erreur manifeste d'appréciation.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse estime que le premier moyen de la requérante entre dans le procès d'intention et s'écarte de la seule question qui peut aujourd'hui se poser qui est celle de la légalité "prima facie" de la décision d'attribution du 23 février 2012. Elle expose que la décision du 23 février 2012 est la résultante de deux procédures en référé diligentées par la requérante qui l'ont conduite à prendre une décision dans l'intérêt de la continuité du service public, le chantier étant paralysé depuis plusieurs mois par les procédures en référé. Elle explique que si au départ, elle souhaitait se réserver la possibilité de passer d'une installation au mazout à une installation au gaz, les procédures en référé ont rendu ce schéma impossible au stade de l'attribution du marché. Elle considère que sa décision du 23 février 2012 l'indique sans ambiguïté, ne contient aucune contradiction entre ses motifs et son dispositif et est parfaitement claire sur la motivation en droit et en fait de ce dernier. Elle estime, dès lors, que le procès d'intention émanant de la requérante est tout simplement inopportun et fautif, ce qui sera sans doute jugé au fond dans le cadre d'une autre procédure. A titre subsidiaire, elle remarque que la notification de la décision d'attribution du marché impliquera, juridiquement, la commande de la solution au mazout et la réalisation de l'installation au mazout et qu'en conséquence sa bonne foi pourra être aisément contrôlée lors de l'exécution du marché.

En ce qui concerne le deuxième moyen, la partie adverse rappelle que la réglementation applicable à la passation du marché ne définit ni les notions de variantes, ni les notions d'options et explique que la prétendue confusion invoquée par la requérante résulte, non pas de la rédaction du cahier spécial des charges, mais plutôt de sa propre méconnaissance du traitement des options et des variantes dans le cadre de la réglementation applicable au marché, car si elle avait mieux mesuré la portée de la réglementation, elle aurait dû savoir qu'elle n'aurait jamais pu être désignée adjudicataire du marché en raison de la circonstance que son offre de base (solution mazout) n'était pas la plus basse, donnée objective dont elle a connaissance depuis le début des procédures qu'elle a intentées. Elle considère, dès lors, que sa seconde critique est, comme la première, un procès d'intention censé entretenir le doute sur ses réelles intentions. Elle soutient également que l'argumentaire pseudo-technique développé ne peut relever de la notion d'erreur manifeste.

C. Mémoire en réplique

La requérante observe, en ce qui concerne le premier moyen, que si la motivation de la décision est contraire aux faits, la réglementation en matière de

marché public n'a, en toute hypothèse, très certainement pas pour objectif de déterminer les besoins des pouvoirs adjudicateurs et de leur imposer des solutions techniques. Elle constate que la partie adverse peut parfaitement renoncer à la procédure et la recommencer sur la base d'un descriptif technique cohérent et, si elle le souhaitait, afférent à une installation au gaz. Elle note que c'est d'ailleurs comme cela que la partie adverse a agi dans le marché du 7 février 2006 phase 1B et demande pourquoi elle n'a pas agi de la sorte dans le présent marché. Elle en déduit que la motivation de la décision apparaît donc contraire aux éléments de fait et révèle une erreur manifeste d'appréciation.

La requérante développe son deuxième moyen initial en invoquant la violation du principe de bonne administration et de l'obligation de transparence applicables dans les marchés publics ainsi que la commission d'une erreur manifeste d'appréciation dans la rédaction des clauses du cahier spécial des charges. Elle expose les éléments qui l'incitent à soutenir que la partie adverse a, en fait et en droit, défini maladroitement les conditions d'exécution du marché. Elle souligne que suite au recommencement du marché de 2006 en vue de reformuler le cahier des charges en fonction d'une chaudière à condensation au gaz, la partie adverse pourrait parfaitement décider de soustraire du marché de 2009, au moment de l'exécution du marché, la partie afférente à la chaudière au mazout et faire en sorte que ce soit une installation au gaz qui soit installée dans le cadre de l'exécution du marché de 2006. Elle considère donc que le descriptif technique du marché de 2009 est, à nouveau, peu cohérent puisqu'il est certain que certains travaux ne seront pas exécutés et estime que ces éléments démontrent dans le chef de la partie adverse la commission d'une erreur manifeste d'appréciation, mais également un défaut de transparence manifeste dans les clauses du cahier spécial des charges sur la base duquel les soumissionnaires remettent prix.

D. Mémoire en intervention

En ce qui concerne le premier moyen, l'intervenante considère, d'une part, qu'en ce qu'il invoque la violation du principe de bonne administration, non autrement défini, le moyen n'est pas recevable, à défaut d'identifier la règle de droit dont la violation est alléguée et, d'autre part, qu'en tant qu'il repose sur le contenu des décisions de la partie adverse du 19 octobre 2009 et du 20 juin 2011, le moyen est mal fondé puisqu'à la suite du retrait de ces décisions par la partie adverse, celles-ci ont disparu de l'ordonnancement juridique et sont censées n'avoir jamais existé. Elle explique ensuite qu'ainsi que l'a relevé la partie adverse dans l'acte attaqué, celui-ci repose sur les principes dégagés par le Président du Tribunal de première instance de Verviers dans sa décision du 15 décembre 2011, qui imposaient de distinguer l'offre

de base (chauffage au mazout), la variante au gaz au sens strict (soit les postes qui permettent de remplacer le chauffage au mazout par un chauffage au gaz) et les options (soit les postes supplémentaires qui permettent, dans la solution au gaz, de réaliser des économies d'énergie). Elle soutient que la requérante est mal fondée de soutenir que le fait, pour la partie adverse, de se conformer à l'enseignement d'une décision de justice constituerait une erreur manifeste d'appréciation et souligne que, dans son ordonnance du 6 décembre 2012, le Président du Tribunal de première instance de Verviers a considéré que "les erreurs ou confusions qui figuraient dans le cahier spécial des charges n'apparaissent nullement établies ...". Elle en déduit que le cahier spécial des charges n'est donc pas entaché de l'illégalité dénoncée par la requérante.

L'intervenante observe, en ce qui concerne le deuxième moyen, que si la partie adverse dispose de la faculté de ne pas mener à son terme une procédure d'attribution du marché et peut toujours recommencer une procédure, l'absence d'usage d'une faculté ne constitue jamais, en tant que telle, un acte administratif attaquant. Elle constate que la motivation de l'acte attaqué se fonde sur l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui impose un classement unique des soumissionnaires et que cette motivation révèle que ce classement a été opéré, son offre étant la plus basse. Elle en conclut que la requérante peut donc trouver, dans l'acte attaqué, les motifs pour lesquels la partie adverse s'est déterminée dans le sens qui fut le sien.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les moyens reposent sur une conception que défend la requérante, selon laquelle la volonté de la partie adverse a toujours été de réaliser une installation fonctionnant au gaz. Cette volonté serait à l'origine d'erreurs dans la rédaction de clauses du cahier spécial des charges.

Outre que les éléments invoqués par la requérante au soutien de cette allégation ne permettent pas d'établir à suffisance une telle volonté, celle-ci est contredite par la description des ouvrages contenue au cahier spécial des charges, de laquelle il ressort notamment que l'offre de base devait porter sur le démontage, le déplacement et la réinstallation de deux chaudières et de leur brûleur pour mazout.

Prenant ainsi appui sur une prémisse erronée, les moyens qui dénoncent des erreurs dans la rédaction de clauses du cahier spécial des charges, sans du reste faire apparaître en quoi elles sont manifestes, manquent en fait.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un troisième moyen, pris de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation du principe de motivation formelle des actes administratifs tel que contenu dans les articles 1^{er} et suivants de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs ainsi que dans l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Elle y expose que si tout pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation dans l'analyse et le classement des offres, ce pouvoir ne peut être arbitraire et estime qu'en l'espèce, compte tenu du descriptif technique insuffisant et des qualifications erronées "variantes — options" dans le cahier spécial des charges, les soumissionnaires n'ont pas remis un prix global quant à l'exécution des travaux d'une installation fonctionnant au gaz, mais ont uniquement remis un prix "isolé" pour chaque poste. Elle considère qu'une telle présentation des offres, qui est la conséquence des erreurs commises par la partie adverse, a contraint cette dernière, afin d'effectuer le classement unique des offres de base et des variantes, à déduire certains postes de l'offre de base des soumissionnaires pour calculer le montant des variantes, mais que la décision ne permet pas de déterminer les postes qui ont été supprimés puisque la partie adverse a, en fait, choisi, de manière totalement arbitraire, les postes à supprimer. Elle soutient que cette façon de procéder, outre son opacité contraire au principe de motivation formelle des actes administratifs, permet évidemment à la partie adverse, en fonction des postes qu'elle a choisi de supprimer, d'établir le classement qu'elle souhaite. Elle explique qu'il lui appartenait, face à des variantes (qualifiées erronément d'options) dont les montants, une fois ajoutés au montant de l'offre de base, donnaient lieu à un prix incertain de recommencer la procédure, car conformément à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le prix est une condition essentielle du marché de telle sorte que son incertitude affecte, conformément à l'article 110 § 2 de l'arrêté royal précité, la régularité des offres. Elle en déduit que chaque offre était substantiellement irrégulière ce qui justifiait le recommencement de la procédure de telle sorte qu'en attribuant le marché à la société ENERGYS, la partie adverse a, de nouveau, commis une erreur manifeste d'appréciation.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse soutient que la critique manque en fait, car la transformation d'une installation au mazout en installation au gaz ne demande que la modification de modules secondaires de telle sorte que le cahier spécial des charges et la décision d'attribution du marché sont parfaitement logiques du point de vue technique. Elle observe que la décision indique clairement la méthode de comparaison des offres qui résulte notamment du souci de respecter les ordonnances rendues par le Tribunal de première instance de Verviers. Elle rappelle que l'obligation de motivation formelle n'implique pas de communiquer les motifs des motifs d'autant plus que dans le cas d'espèce, il est évident que l'offre de base est nettement plus basse que les variantes. Elle estime que le raisonnement tenu par la requérante ne peut être suivi et, après un rappel du calcul opéré par les auteurs de projet, note que le montant de l'offre de la requérante avec la variante s'élève à $827.521,18 + 23.061,41 - 15.235,24 = 835.347,35$ euros. Elle constate que, dans son argumentation du moyen, la requérante considère que le poste 1 (Application des principes généraux de prévention) doit être revu à la baisse vu la variante gaz, qu'elle a joint dans son offre le détail du calcul du volet sécurité de ce chantier, pour un montant total de 16.661 euros, mais qu'elle entend donc de manière tout à fait arbitraire passer d'un montant de 16.660,77 euros à un montant de 7.347,12 euros. Elle souligne que d'après le document joint en soumission, le détail du calcul du volet sécurité est directement dépendant du montant de la soumission et qu'avec la variante gaz, le montant total est quasiment inchangé, voire un peu plus élevé que l'offre de base. Elle en déduit que le montant du volet sécurité devrait donc être quasiment inchangé, voire un peu plus élevé mais certainement pas 56% moins cher. Elle explique que les auteurs de projet ont donc considéré que le montant concernant le poste 1 était inchangé, ce qui signifie que le montant calculé par la requérante de 817.382,59 euros est incorrect et qu'il devrait être de $817.382,59 + (16.660,77 - 7.347,12) = 826.696,24$ euros HTVA, soit, au mieux, la troisième place du classement unique (si on considère que les autres arguments sont valables, quod non). Elle en déduit que la troisième critique est non fondée et ne peut remettre en cause le résultat final et le nom de l'attributaire final du marché.

C. Mémoire en réplique

La requérante expose que, conformément à l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse d'après un classement unique des offres de base et des variantes et qu'en d'autres mots, lorsqu'une variante constitue l'offre régulière la plus basse, le pouvoir adjudicateur doit attribuer le marché au soumissionnaire ayant présenté

celle-ci. En l'espèce et dans la mesure où les soumissionnaires n'avaient pas remis de prix global pour la variante gaz, elle observe que la partie adverse a décidé, afin de calculer le montant des variantes, de supprimer des postes de l'offre de base qui étaient considérés comme redondants : ainsi et à titre exemplatif, le poste de l'offre de base relatif à l'alimentation de fuel n'est, en effet, plus nécessaire si l'installation fonctionne au gaz alors que les options (afférentes au système fonctionnant au gaz tel la cogénération, la récupération de chaleur...) ne peuvent pas être prises en compte dans le calcul du montant de la variante. Elle soutient, toutefois, que tant la décision que les pièces du dossier administratif ne permettent pas de déterminer les postes qui ont été supprimés, car la partie adverse a, en fait, choisi, de manière totalement arbitraire, les postes à supprimer. Elle considère que cette façon de procéder, outre son opacité contraire à l'obligation de transparence et au principe de motivation matérielle des actes administratifs, permet évidemment à la partie adverse, en fonction des postes qu'elle a choisi de supprimer, d'établir le classement qu'elle souhaite. Elle explique qu'elle a calculé le montant de son offre — variante gaz en supprimant et modifiant les postes de l'offre de base mazout qui, dans l'hypothèse d'une installation au gaz sont soit redondants soit inutiles et que le montant de celle-ci s'élève à 817.382,59 euros (et non 835.347 euros tel que calculé par le C.P.A.S.) et est donc inférieur à celui de l'offre de base d'ENERGYS (818.265,99 euros HTVA) de telle sorte qu'elle devait donc être désignée adjudicataire puisqu'elle avait déposée l'offre la plus basse. Subsidiairement, elle estime qu'il appartenait, à tous le moins, à la partie adverse face à des variantes (qualifiées erronément d'options) dont les montants, une fois ajoutés au montant de l'offre de base, donnaient lieu à un prix incertain de recommencer la procédure et non de modifier les offres, car, conformément à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le prix est une condition essentielle du marché et son incertitude affecte, conformément à l'article 110 § 2 de l'arrêté royal précité, la régularité des offres, ce qui implique que chaque offre était substantiellement irrégulière et justifiait le recommencement de la procédure. En ce qui concerne le calcul de la variante effectué dans le mémoire en réponse, la requérante constate que la partie adverse répond à ce moyen alors qu'il n'a pas été soulevé en terme de requête et qu'elle fait principalement référence aux pages des conclusions déposées dans le cadre de la procédure judiciaire. Elle observe ensuite que les postes 2.1.1.1 et 2.1.1.2 (Récupérateur pour chaudière) sont considérés aussi bien par la requérante que par les auteurs du projet comme étant une option (relative à l'installation fonctionnant au gaz) qu'ils ne peuvent donc être pris en compte dans le classement des variantes, car ces échangeurs sont placés dans le flux des fumées et permettent de récupérer une partie de la chaleur. Elle souligne que le poste 2.1.1.1 (Récupérateur sur la chaudière de 700 Kw) n'est pas dissociable du poste 2.1.2.1 (Raccordement à la cheminée) et que le poste 2.1.1.2 (Récupérateur sur la chaudière de 450 Kw) n'est pas dissociable du poste 2.1.2.2 (Raccordement à la cheminée) et en déduit que l'auteur du projet mélange les

notions d'option et de variante à tort puisqu'il calcule le montant des variantes en prenant en compte les raccordements aux cheminées. Elle expose que tout le système de récupération de chaleur constitue une option et ne peut donc être retenu dans le calcul du montant de la variante et que les auteurs de projet en sont parfaitement conscients puisqu'ils ne prennent pas en compte le coût de la machine de récupération alors, par contre, qu'ils omettent, dans leur calcul, de ne pas prendre en compte le système de raccordement aux cheminées. Elle constate ensuite qu'en ce qui concerne la détection gaz, la variante reprend les postes qui sont indispensables pour passer de l'installation mazout telle qu'elle est décrite dans la base à une installation identique mais fonctionnant au gaz et que les points repris dans la variante gaz chiffrent une installation de production de chaleur fonctionnant au gaz tandis que le volet option reprend quant à lui une série d'alternatives facultatives permettant tantôt de réduire la consommation énergétique ou d'accroître la sécurité. Elle souligne que ce volet ne figure pas dans la base mais nécessite la présence de gaz et que la détection gaz n'est pas un élément indispensable pour passer d'une installation mazout à une installation gaz puisqu'une chaufferie gaz peut ne pas être équipée de détection gaz et que seul le service régional d'incendie peut éventuellement en imposer la présence. Elle en déduit que ce poste doit être repris en option puisqu'il n'est pas strictement nécessaire au bon fonctionnement de l'installation. Elle en conclut que le total de sa variante gaz est de : $23.061,41 - (1.455,14 + 1.654,18) - 2.100,65 = 17.851,44$ euros tandis que le total des options est de 78.140,59 euros.

S'agissant des postes à supprimer du marché de base, elle explique qu'en plus de ceux qui ont été relevés par l'auteur de projet, il faut comptabiliser dans ce volet le poste relatif à la commande et régulation pour la production de chaleur, car ce poste est également repris dans le volet variante gaz et ne peut être compté deux fois. En ce qui concerne le calcul du volet sécurité d'un chantier, elle souligne que la détermination du coût du volet sécurité d'un chantier se calcule en appliquant un coefficient sur le montant total du chantier et explique que le coût relatif à la sécurité varie en fonction du type de chantier rencontré. Elle souligne que, dans sa proposition de base, elle a considéré le chantier comme étant un chantier de type installation existante car les brûleurs mazout des chaudières étaient conservés (organe principal de l'installation) alors que, dans la version gaz, elle a considéré le chantier comme étant du type nouvelle installation car les brûleurs sont neufs. Elle note que, pour réaliser son calcul du volet sécurité, elle a sélectionné le type de chantier et obtenu pour un montant de soumission de 817.382 euros un coût du volet sécurité de 7.347 euros. Elle observe que cette différence se justifie par les précautions particulières qui doivent être prises lors de la mise en service des brûleurs existants, lesquels doivent faire l'objet d'une révision avant mise en service afin de garantir la sécurité des travailleurs et estime étonnant de constater qu'ENERGY a chiffré le volet sécurité et

santé à 775,23 euros soit 3 à 4 fois moins que le montant retenu par les autres soumissionnaires. Elle explique enfin, d'une part, que le poste 21.1 relatif aux essais et réglages doit être revu, car les essais et les réglages à réaliser sur une installation mazout ne sont pas les mêmes que ceux à réaliser sur une installation gaz et qu'une partie du chiffrage correspondante aux essais et réglages de la cogénération doit apparaître dans l'option gaz et non dans la base de telle sorte que le montant du poste 21.1 passe donc de 1.843,26 euros à 614,42 euros tandis que le poste 22.1 relatif au contrat d'entretien pour la production de chaleur doit également être revu, car l'entretien d'ancien brûleurs mazout n'est pas le même que l'entretien de nouveaux brûleurs gaz de telle sorte que la différence de prix entre les deux contrats est de l'ordre de 3.120 euros.

Elle en conclut que le montant à prendre en considération pour le classement des offres est donc : Offre de base + Variante Gaz - Postes redondants + Moins value due au passage gaz, soit 827.521,18 euros + 17.851,44 euros – 15.327,54 euros – 12.662,49 euros = 817.382,59 euros.

D. Mémoire en intervention

L'intervenante observe qu'aucune critique n'est élevée par la requérante à propos du classement sur l'offre de base alors que le marché attribué ne porte que sur cette offre. Elle en déduit que la partie requérante est dépourvue d'intérêt au moyen. Elle souligne également que, dans son ordonnance du 6 décembre 2012, le Président du Tribunal de première instance de Verviers a relevé que "les différents soumissionnaires ont pu remettre des prix pour chacun des postes et qu'une comparaison objective a été réalisée en tenant compte de l'offre de base, de la variante et des options relatives à cette dernière" et soutient que la comparaison qui a pu être faite n'est donc pas entachée des illégalités dénoncées par la partie requérante.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse fait notamment valoir qu'il ne peut lui être reproché d'avoir manqué à son obligation de motivation formelle au motif que les tableaux indiqués en annexe du rapport de comparaison des offres n'auraient pas été communiqués. En ce sens, elle estime notamment qu'il s'agirait tout au plus d'un vice de notification de l'acte attaqué, et non de motivation. Elle ajoute que la communication des tableaux s'apparente, en l'espèce, à la communication des motifs des motifs, alors qu'il est démontré, par ailleurs, que la requérante a eu une

connaissance suffisante des motifs de la décision. Elle dénonce enfin un acharnement procédural dans le chef de la requérante.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Suivant l'article 21, alinéa 3, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, "lorsque la partie défenderesse ne transmet pas le dossier administratif [...] les faits cités par la partie requérante sont réputés prouvés, à moins que ces faits soient manifestement inexacts".

En l'espèce, malgré les demandes de l'auditeur en charge du dossier, la partie adverse n'a pas fourni le tableau comparatif des offres présenté comme figurant en annexe au rapport d'analyse qui eût permis d'examiner utilement les griefs formulés par la requérante dans son moyen d'annulation. Il s'ensuit que le Conseil d'Etat est dans l'impossibilité d'exercer son contrôle de légalité de l'acte attaqué, particulièrement en ce qui concerne la motivation matérielle de celui-ci.

La requérante soutient que la décision attaquée ne permet pas de déterminer les postes qui ont été supprimés par la partie adverse en vue du classement des offres et allègue que ces postes ont été choisis de manière arbitraire. A défaut pour la partie adverse d'avoir déposé les documents pertinents permettant de contredire cette affirmation, les dires de la requérante doivent être considérés comme étant établis, ce qui impose de déclarer le moyen fondé, particulièrement en tant qu'il est pris de l'erreur manifeste d'appréciation.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ENERGYS est accueillie.

Article 2.

Est annulée la décision prise le 23 février 2012 par le conseil de l'action sociale du C.P.A.S. de Malmédy en tant qu'elle attribue à la société ENERGYS le lot

3 "chauffage" du marché public portant sur la transformation et l'extension de la résidence "Do Grand Fa".

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie adverse, à concurrence de 175 euros, et à la charge de la partie intervenante, à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le deux juin deux mille quatorze par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Imre KOVALOVZSKY,
David DE ROY,
Vincent DURIEUX,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.