CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.475 du 14 juillet 2016

G./A.219.618/VI-20.810

En cause : **la société anonyme ENERGYS**,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Marc SECRETIN, avocat,
rue des Augustins, n° 32,
4000 Liège,

contre :

l'Association hospitalière d'Anderlecht, d'Etterbeek, d'Ixelles, de Saint-Gilles - Hôpitaux Iris-Sud,
en abrégé H.I.S.,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et Charles-Henri
de LA VALLEE POUSSIN, 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 REQUETE

Par une requête introduite le 1er juillet 2016, la société anonyme ENERGYS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 27 mai 2016 du conseil d'administration de la partie adverse, de déclarer nulle l'offre de la requérante en raison de prix anormalement bas et d'attribuer à la société CLOSE le lot 3 relatif aux équipements et installations HVAC dans le cadre du marché de travaux relatif au site Etterbeek-Ixelles visant le projet de construction d'un nouveau bâtiment médico-technique, pour violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 1er juillet 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 12 juillet 2016 à 11 heures.

Le droit visé à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a été acquitté dans le délai prescrit.

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

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

Me Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Virginie DOR et Charles-Henri de LA VALLEE POUSSIN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, 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. Le 17 janvier 2016, la partie adverse publie un avis de marché relatif à un marché de travaux ayant pour objet la construction d'un nouveau bâtiment médico-technique sur le site Etterbeek-Ixelles.

Le marché est divisé en différents lots, le lot 3 étant consacré aux équipements et installations H.V.A.C. Ce lot est attribué sur base d'une adjudication ouverte.

Les documents du marché relatifs à ce lot se composent notamment du cahier spécial des charges – clauses administratives communes à tous les lots et du cahier spécial des charges – clauses particulières pour le lot 3, lequel comprend des clauses administratives particulières (8 pages), un descriptif technique (63 pages), des prescriptions techniques (147 pages), des annexes (24 pages) et le métré récapitulatif (77 pages).

III.2. Huit offres sont déposées, dont celle de la requérante qui, à la date d'ouverture des offres, est classée première, son montant étant le plus bas.

III.3. Le 7 avril 2016, la partie adverse adresse un courrier à la requérante afin de l'inviter à justifier les prix unitaires et sous-totaux des postes 13 (équipements électriques), 17 (calorifuge) et 21 (travaux divers).

III.4. Le 14 avril 2016, la requérante répond à la partie adverse, en lui soumettant les justifications relatives aux prix unitaires pour lesquels elle avait été interrogée.

III.5. Le 27 mai 2016, le conseil d'administration de la partie adverse décide :

" - d'attribuer le lot 3 «Equipements et installations HVAC» du projet de construction d'un nouveau bâtiment médico-technique sur le site Etterbeek-Ixelles à CLOSE pour un montant de 3.915.873,38 EUR HTVT soit 4.738.206,79 EUR TVAC;

- d'informer le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été sélectionnée (DELTA THERMIC);

- d'informer le soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière (ENERGYS);

- d'informer les soumissionnaires dont les offres ne sont pas retenues (SPIE, CEGELEC, D-FI, DRUART et COFELY AXIMA);

- de poursuivre les démarches auprès des autorités compétentes pour le financement des travaux;

- de transmettre copie de la présente décision à :
o Mr HAUBRECHTS, Directeur du service Travaux, Maintenance et Gestion du patrimoine immobilier de HIS,
o A l'association faîtière IRIS pour approbation,
o Aux commissaires visés par l'article 135*decies* de la loi du 8 juillet 1976".

Il s'agit de l'acte attaqué.

La requérante sera informée de ce que son offre est déclarée irrégulière par un courrier daté du 16 juin 2016.

S'agissant de la déclaration d'irrégularité de l'offre de la requérante, la décision est motivée comme suit:

" Considérant, conformément au rapport d'analyse des offres, toutes les offres comme régulières à l'exception de l'offre de l'entreprise ENERGYS qui est déclarée nulle en raison du prix anormalement bas".

Les développements du rapport d'analyse relatifs à l'irrégularité de l'offre de la requérante sont les suivants:

" A l'analyse des justificatifs de prix adressés par ENERGYS, il apparaît que le caractère anormalement bas des prix unitaires des postes ou articles suivants résultent de non conformités essentielles aux spécifications du cahier des charges et/ou d'erreurs de calcul :

o Article 13 (équipements électriques) :

Les détails des tableaux électriques HVAC communiqués par ENERGYS présentent les divergences suivantes par rapport aux spécifications du cahier des charges :
§ Selon le cahier spécial des charges, tout l'appareillage doit provenir d'un même fournisseur -> Non pris en compte dans les détails des justificatifs d'ENERGYS.
§ Selon le cahier spécial des charges, la régulation doit être sur UPS prévu par le lot HVAC -> Non pris en compte dans les détails des justificatifs d'ENERGYS.
§ Selon le cahier spécial des charges, le tableau pompier doit être sur UPS prévu par le lot HVAC -> Non pris en compte dans les détails des justificatifs d'ENERGYS.
§ Sur la plupart des tableaux HVAC, il n'est pas clair selon les justificatifs d'ENERGYS qu'ils disposent bien d'une tranche Normal et d'une tranche Normal-Secours.

o Postes 17.2 & 17.3 (blindage) :

Au niveau blindage des gaines et tuyauteries passant par les salles d'opération, le cahier des charges stipule de blinder tous les équipements. Dans son justificatif, ENERGYS prévoit de n'en blinder qu'une partie.

o Poste 17.6 (calorifuge) :

Une partie importante des tuyauteries d'eau de chauffage est située à l'extérieur du volume protégé. Les épaisseurs mentionnées dans le justificatif d'ENERGYS sont insuffisantes par rapport aux spécifications du cahier des charges.
Aussi, les tuyauteries situées en locaux techniques doivent être recouvertes d'une tôle alu. Les quantités correspondantes reprises dans le justificatif d'ENERGYS sont insuffisantes.

o Postes 17.9 & 17.10 (calorifuge) :

Les quantités mentionnées dans le justificatif d'ENERGYS pour calculer les prix forfaitaires de ces postes sont largement insuffisantes.

o Poste 17.14 (calorifuge robinetterie et accessoires) :

Les diamètres des robinets (DN15) mentionnés dans le justificatif d'ENERGYS pour calculer le prix forfaitaire de ce poste sont largement insuffisants par [rapport] aux diamètres à mettre [en] œuvre suivant le cahier des charges et les plans d'adjudication.

o Poste 21.13 (ensemble des obligations de l'adjudicataire) :

Dans le détail de ce poste, ENERGYS mentionne un besoin de 227 heures de dessinateur – ingénieur mais ne budgétise que 120 heures pour le calcul de son prix.

Le caractère anormalement bas de ces prix unitaires est donc avéré.

L'offre du soumissionnaire ENERGYS est donc matériellement irrégulière et déclarée nulle".

Ces motifs sont reproduits dans le courrier du 16 juin 2016 adressé à la requérante.

IV. PREMIER MOYEN

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, "pris de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation adéquate, de l'absence et/ou de l'inexactitude des motifs de droit et de fait, de la contradiction des motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que du principe de bonne administration". Elle le formule comme suit :

" La décision du 27 mai 2016 du conseil d'administration de la partie adverse, acte attaqué, se lit notamment comme suit :

«Vu le classement modifié pour les positions 2 à 5 par rapport au tableau précédent;

Vu le mode de passation en adjudication publique, la proposition retenue est l'offre régulière la plus basse;

Considérant, conformément au rapport d'analyse des offres, toutes les offres comme régulières à l'exception de l'offre de l'entreprise ENERGYS qui est déclarée nulle en raison de prix anormalement bas.

DECIDE
à l'unanimité des voix

- d'informer le soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière (ERNERGYS)».

Ainsi, l'acte attaqué ne comporte aucune motivation qui permettrait à la requérante de comprendre en quoi ses prix seraient anormalement bas, la «motivation» de l'acte attaqué étant une pure clause de style sans aucun contenu concret.

Le 16 juin 2016, la partie adverse notifie cette décision du 27 mai 2016 et rien que cette décision. Le rapport d'analyse des offres n'est pas joint, en sorte que la requérante n'est pas plus en mesure de savoir pourquoi les justifications qu'elle a fournies n'ont pas convaincu la partie adverse quant au caractère normal de ses prix.

C'est en réalité le courrier de notification du 16 juin 2016 qui fournit les réponses aux questions de la requérante.

Cependant, Votre Conseil a déjà décidé à plusieurs reprises qu'une motivation dans le courrier de notification qui ne se trouve pas dans la décision à proprement parler, ne permet pas de rencontrer les exigences des dispositions reprises au moyen et emporte l'illégalité de la décision qui devait être motivée par elle-même :
- «La notification ne peut suppléer au défaut de motivation de la décision elle-même» (C.E., Donjean, n° 74.213, 10 juin 1998);
- «Les explications fournies *a posteriori* par l'association intercommunale dans la notification de l'acte attaqué ainsi que dans son mémoire en réponse ne peuvent pallier l'insuffisance des motifs de l'acte attaqué» (C.E., Lacave, n° 75.790, 16 septembre 1998);

- «C'est l'acte juridique lui-même et non sa notification qui doit répondre aux conditions de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs» (C.E., Clément, n° 124.000, 8 octobre 2003);
- «Quelle qu'en soit la pertinence, des précisions figurant dans la lettre de notification de la décision attaquée ainsi que dans les pièces de la procédure ne paraissent pas, *prima facie*, de nature à remédier à l'inadéquation de la motivation excessivement laconique d'une décision attaquée» (C.E., ASBL Maison des jeunes André Vermeulen, n° 148.877, 14 septembre 2005);
- «Un motif dans la lettre de notification ne peut être considéré comme l'un des motifs de l'acte administratif concerné» (C.E., Masset, n° 211.130, 8 février 2011);
- «Pour satisfaire à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la motivation d'un acte doit, en principe, être exprimée dans l'acte lui-même. Elle peut l'être par référence à un autre document pour autant, soit que la substance de ce document soit rapportée précisément dans l'acte, soit que le destinataire ait eu connaissance de ce document au plus tard au moment où l'acte lui est notifié. En outre, une motivation formelle par référence n'est admissible que pour autant que ce à quoi il est référé dans l'acte administratif soit connu de son destinataire, que ce soit préalablement ou simultanément à la notification de l'acte mais non postérieurement à celle-ci. À cet égard même, s'il y a lieu de distinguer la motivation formelle, qui existe au moment de la prise de décision et figure dans l'acte, de la motivation matérielle qui peut ressortir du dossier, les motifs de droit et de fait donnés à toute décision administrative doivent néanmoins la précéder ou lui être concomitants. Il importe également que l'indication des motifs de fait soit précise et permette au destinataire de la décision de comprendre pourquoi l'auteur de l'acte a statué comme il l'indique, et ce afin que ce destinataire puisse introduire le cas échéant, et en toute connaissance de cause, un recours juridictionnel contre la décision qui lui fait grief» (C.E., Kallo, n° 230.769, 2 avril 2015).

Partant, l'acte attaqué viole manifestement les dispositions reprises au moyen en sorte que celui-ci est sérieux et fondé".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Premièrement, l'extrait des motifs de l'acte attaqué, reproduit par le moyen et lu en combinaison avec d'autres motifs de cet acte, ne peut qu'imposer à la requérante l'évidence que, s'agissant de la décision par laquelle son offre a été écartée pour cause d'irrégularité, la partie adverse a opté pour le mode de motivation formelle dit de "motivation par référence". Ceci n'est d'ailleurs pas mis en cause par la requérante, qui se borne, pour fonder sa critique, à disserter sur les modalités de communication des motifs de cette éviction.

Deuxièmement, la requérante ne peut sérieusement être suivie, lorsqu'elle soutient, faisant alors abstraction de la référence au rapport d'analyse des offres, que l'acte attaqué ne comporte aucune motivation qui lui permettrait de comprendre en quoi ses prix seraient anormalement bas. Cette allégation est manifestement contredite par le troisième moyen soulevé à l'appui de la présente demande, qui critique systématiquement, et en parfaite connaissance de cause, les réponses ainsi apportées par la partie adverse aux justifications de prix qu'avait soumises la requérante.

Troisièmement, la jurisprudence citée par la requérante est dénuée de pertinence pour l'examen de la présente cause, dès lors qu'elle porte sur l'appréciation du respect, par une autorité administrative, de l'obligation qui lui incombe en matière de motivation formelle des actes administratifs unilatéraux, dans l'hypothèse où cette autorité est amenée à notifier de tels actes. En l'espèce, il n'a jamais été question de notifier à la requérante la décision attaquée par le présent recours, mais bien de lui communiquer, conformément à l'article 8, § 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, les seuls motifs de son éviction, extraits de la décision d'attribution motivée. Les arguments déduits des circonstances dans lesquelles la requérante a été informée de son éviction sont donc vains.

Il résulte de l'ensemble de ces motifs, que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. DEUXIÈME MOYEN

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, "pris de la violation de l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation adéquate, de l'absence et/ou de l'inexactitude des motifs de droit et de fait, de la contradiction des motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que du principe de bonne administration". Elle le formule comme suit :

" A supposer qu'il puisse être admis que la motivation de l'acte attaqué puisse se retrouver dans le courrier de notification de celle-ci, encore convient-il de constater que c'est en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère que l'offre de la requérante présenterait des prix anormalement bas en sorte qu'elle devrait être déclarée nulle.

Le 7 avril 2016, la partie adverse a sollicité de la requérante qu'elle justifie certains de ses prix unitaires, à savoir ceux relatifs aux postes 13 (équipements électriques), 17 (calorifuge) et 21 (travaux divers).

Ce courrier du 7 avril 2016 n'indique pas expressément la base sur laquelle cette demande de justification de prix est fondée.

Cependant, à la lecture de ce courrier, il apparaît que cette demande repose sur le fait que les prix remis par la requérante pour ces trois postes présentent des écarts de plus de 15 % par rapport à la moyenne des prix remis par les autres soumissionnaires. En effet, pour chacun des trois postes, un calcul est réalisé pour justifier ces écarts.

Il s'en déduit donc que la demande de justification est fondée sur l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Or, suivant cette disposition :

«Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total».

Dès lors que c'est de manière expresse que le texte limite l'obligation de solliciter une justification de prix au montant total de l'offre (hypothèse qui n'est en tout état de cause pas rencontrée en l'espèce dès lors que l'offre de la requérante s'écarte de 10,82 % en dessous de la moyenne des offres déposées), c'est en violation de cette disposition que la partie adverse a sollicité de la requérante qu'elle justifie les prix de certains postes sur base de l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Cette illégalité de la demande de justification de prix du 7 avril 2016 emporte l'illégalité de l'acte attaqué dès lors que la partie adverse n'aurait jamais dû solliciter de la requérante qu'elle justifie les prix de certains postes et qu'elle n'aurait jamais donc pu déclarer son offre irrégulière en raison de prix anormalement bas (de certains éléments de ces postes).

Le deuxième moyen est manifestement sérieux et fondé".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Contrairement à ce que laisse entendre le moyen, la circonstance que l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques institue une présomption d'anormalité du montant total d'une offre qui s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées, calculée conformément à cette disposition, n'exclut pas la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de considérer comme apparemment anormal et appelant, pour cette raison, une justification de la part du soumissionnaire concerné, un prix unitaire s'écartant de plus de quinze pour cent en dessous de la moyenne des prix unitaires proposés pour le même poste.

Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle la demande de justification adressée à la requérante serait fondée sur l'article 99 précité paraît, *prima facie*, contredite par le fait qu'indépendamment de cette demande de justification, la partie adverse a procédé à la vérification qu'appelle cette disposition et qu'aucun montant total n'est apparu anormal au sens de celle-ci.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. TROISIÈME MOYEN

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, "pris de la violation du cahier spécial des charges contenant les prescriptions particulières et techniques du lot 3, de l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation adéquate, de l'absence et/ou de l'inexactitude des motifs de droit et de fait, de la contradiction des motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que du principe de bonne administration". Elle le formule comme suit:

" A supposer qu'il puisse être admis que la motivation de l'acte attaqué puisse se retrouver dans le courrier de notification de celle-ci et que la demande de justification de prix du 7 avril 2016 ait été fondée sur l'article 21 et non sur l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, encore convient-il de constater que c'est en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué (devant alors s'entendre comme formant un tout avec son courrier de notification) considère que l'offre de la requérante présenterait des prix anormalement bas en sorte qu'elle devrait être déclarée nulle.

1) Eléments communs à toutes les branches

1.- L'acte attaqué considère tout d'abord, de manière générale, que :
«A l'analyse des justificatifs de prix adressés par ENERGYS, il apparaît que le caractère anormalement bas des prix unitaires des postes ou articles suivants résultent de non conformités essentielles aux spécifications du cahier des charges et/ou d'erreurs de calcul».
Il comporte par la suite une explication particulière pour chacun des postes ou sous-postes pour lesquels il considère que les explications de la requérante ne seraient pas suffisantes pour justifier le caractère normal de ses prix.

2.- Il y a cependant lieu de rappeler que, suivant l'article 21, § 3, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :
«Les justifications concernent notamment :
1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement».
Les justifications, et c'est d'ailleurs l'essence même du mécanisme mis en place par l'article 21, portent donc uniquement sur les éléments constitutifs du prix et rien que du prix.
Compte tenu du nombre important de prescriptions techniques applicables, on ne peut évidemment pas requérir d'un soumissionnaire qu'il justifie par ailleurs, d'un point de vue purement technique, que toutes les prescriptions du cahier spécial des charges seront respectées. Il s'agit là d'un élément qui doit nécessairement être présumé : le

soumissionnaire a remis son offre en tenant compte de toutes les prescriptions techniques. La question de l'effectivité de ce respect des prescriptions techniques est reportée au stade de l'exécution du marché.
Ce n'est donc que si des éléments repris dans la justification des prix permettent au pouvoir adjudicateur de renverser cette présomption suivant laquelle l'offre est nécessairement remise en conformité avec les prescriptions techniques du marché, que le pouvoir adjudicateur pourrait considérer que l'offre présente des prix anormaux liés à une méconnaissance de ces prescriptions techniques.
Il y a également lieu de rappeler que suivant l'article 21, § 3, alinéa 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :
«Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire».
Si le pouvoir adjudicateur estime ne pas être suffisamment documenté suite à l'analyse des justifications de prix, il lui appartient de solliciter du soumissionnaire qu'il complète les informations communiquées. Il s'agit d'une application particulière du principe de bonne administration.

2) Première branche

1.- S'agissant du poste 13, l'acte attaqué énonce :
«Les détails des tableaux électriques HVAC communiqués par ENERGYS présentent les divergences suivantes par rapport aux spécifications du cahier des charges :
§ Selon le cahier spécial des charges, tout l'appareillage doit provenir d'un même fournisseur -> Non pris en compte dans les détails des justificatifs d'ENERGYS.
§ Selon le cahier spécial des charges, la régulation doit être sur UPS prévu par le lot HVAC -> Non pris en compte dans les détails des justificatifs d'ENERGYS.
§ Selon le cahier spécial des charges, le tableau pompier doit être sur UPS prévu par le lot HVAC -> Non pris en compte dans les détails des justificatifs d'ENERGYS.
§ Sur la plupart des tableaux HVAC, il n'est pas clair selon les justificatifs d'ENERGYS qu'ils disposent bien d'une tranche Normal et d'une tranche Normal-Secours».

2.a.- Ainsi, c'est en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère tout d'abord que les détails des justificatifs de la requérante ne prendraient pas en compte l'obligation de se fournir auprès d'un même fournisseur pour l'appareillage des tableaux électriques.
Cette obligation est reprise à la page 125/147 des prescriptions techniques du lot 3, et vise le «fournisseur».
Rien dans les justifications de prix remises par la requérante ne permet à la partie adverse de considérer que l'appareillage des tableaux électrique ne proviendrait pas d'un seul et même fournisseur.
Il s'agit donc là d'une affirmation non autrement étayée par l'acte attaqué qui constitue par ailleurs une erreur de fait et de droit.
En effet, à défaut de plus amples explications dans l'acte attaqué, la requérante suppose que cette affirmation repose sur une lecture des annexes au courrier du 14 avril 2016 de la requérante qui comprennent, notamment, le calcul des prix d'achat des tableaux électriques.
Ces annexes reprennent en effet chaque fois la référence des différents composants de chaque tableau.
Or, si ces annexes indiquent que ces composants proviennent de fabricants différents, elles ne permettent pas cependant d'affirmer qu'ils proviendraient de fournisseurs différents. Il s'agit là évidemment de deux notions parfaitement distinctes.
Dès lors que le cahier spécial des charges vise le fournisseur et non le fabricant, c'est en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué croit pouvoir trouver dans les justifications de la requérante une quelconque preuve de ce qu'elle ne respecterait pas l'obligation de se fournir auprès d'un seul et même fournisseur, *quod non*.
Pour le surplus, la requérante a fourni le détail de ses prix dont l'écart par rapport aux autres offres s'explique principalement par le fait que la requérante réalise elle-même, avec son personnel, l'entièreté de l'installation électrique relative à ses installations

(elle n'a pas besoin de sous-traiter ces postes à un électricien), y compris la conception de schéma électrique et la fabrication de tableau.

2.b.- De la même manière, c'est sans aucun fondement que l'acte attaqué considère que la régulation et le tableau pompier ne seraient pas sur UPS comme prévu par le cahier spécial des charges.
Rien dans les justifications de la requérante ne permet d'établir que tel ne serait pas le cas et l'acte attaqué ne le précise d'ailleurs pas.

2.c.- Enfin, c'est également de manière illégale que l'acte attaqué considère que «il n'est pas clair selon les justificatifs d'ENERGYS qu'ils disposent bien d'une tranche Normal et d'une tranche Normal-Secours».
Outre qu'aucun élément en possession de la partie adverse ne lui permet d'affirmer que la requérante ne respecterait pas l'imposition d'une tranche Normal et d'une tranche Normal-Secours, et pour cause, force est de constater que la partie adverse ne semblait pas disposer de toutes les informations nécessaires pour se faire une idée précise de la situation («il n'est pas clair»). Dans ces conditions, il appartenait évidemment à la partie adverse de solliciter de la requérante un complément d'information, ce qu'elle n'a pas fait. C'est donc, de son propre aveu, en méconnaissance de cause, qu'elle retient cet élément pour considérer que les prix remis par la requérante seraient anormalement bas.

Le troisième moyen, en sa première branche, est sérieux et fondé.

3) Deuxième branche

1.- S'agissant des postes 17.2 et 17.3, l'acte attaqué énonce :
«Au niveau blindage des gaines et tuyauteries passant par les salles d'opération, le cahier des charges stipule de blinder tous les équipements. Dans son justificatif, ENERGYS prévoit de n'en blinder qu'une partie».

2.- Cette critique est relative aux prescriptions techniques reprises en page 5/63 du descriptif technique et qui se lisent comme suit :
«1.7 Radioprotection
- Au rez-de-chaussée : Les équipements (conduits d'air, tuyauteries…) traversant les salles d'opération 4 et 5 sont habillés d'un blindage en feuilles de plomb d'épaisseur totale de 3 mm.
- A l'étage +2 : Les équipements (conduits d'air, tuyauteries…) traversant les salles d'opération 1 à 5 sont habillés d'un blindage en feuilles de plomb d'épaisseur total de 3 mm.
La présente entreprise prévoit également, au moyen d'accessoires appropriés, la continuité électrique entre les blindages qu'elle installe et les cloisons plombées constituant la cage de Faraday de chaque local blindé»
Le cahier spécial des charges fait donc référence aux équipements qui traversent les salles d'opération, sans aucune autre précision.

3.- A défaut de mention expresse dans le cahier spécial des charges, c'est à tort que la partie adverse estime que le blindage des gaines et tuyauteries devrait être réalisé sur toute la longueur de ces gaines et tuyauteries.
La requérante s'en réfère sur ce point à la norme NCRP 147 qui est la plus stricte s'agissant de la protection des locaux dans lesquels sont réalisés des rayons X.
Pour de tels locaux, il s'impose tout d'abord de plomber le local en lui-même, ce qui est effectivement prévu ici.
Par ailleurs, il y a lieu de s'assurer qu'aucun rayon ne pourra passer au niveau des points les plus faibles de la structure, ce qui est le cas au niveau des traversées de gaines et de tuyauteries à travers les murs. Il faut en effet percer un trou dans la structure pour permettre à ces gaines et tuyaux de la traverser. Si ces trous sont rebouchés, ils n'apportent cependant pas la même protection qu'un mur dans lequel aucun percement n'a été réalisé.

C'est donc pour pallier ces faiblesses que les règles de l'art prévoient de blinder les gaines et tuyauteries au niveau des traversées, sur une distance conforme à celle reprise dans les justifications de la requérante.
Pour le surplus, ce sont les cloisons plombées qui assureront la protection des salles d'opération.
C'est donc en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère que le cahier des charges impose le blindage des gaines et tuyauteries dans toute leur longueur et que la solution préconisée par la requérante ne serait pas conforme aux dispositions du cahier spécial des charges, induisant par ailleurs un prix anormalement bas.

Le troisième moyen, en sa deuxième branche, est sérieux et fondé.

4) Troisième branche

1.- S'agissant du poste 17.6, l'acte attaqué énonce :
«Une partie importante des tuyauteries d'eau de chauffage est située à l'extérieur du volume protégé. Les épaisseurs mentionnées dans le justificatif d'ENERGYS sont insuffisantes par rapport aux spécifications du cahier des charges.
Ainsi, les tuyauteries situées en locaux techniques doivent être recouvertes d'une tôle alu. Les quantités correspondantes reprises dans le justificatif d'ENERGYS sont insuffisantes».

2.- Cette critique est relative aux prescriptions techniques reprises en page 143/147 des prescriptions techniques et qui se lisent comme suit :
«64.3 Caractéristiques dimensionnelles
Les tableaux ci-dessous reprennent les épaisseurs minimales de calorifuge à mettre en œuvre.
64.3.1. EAU CHAUDE (≤ 90°C), EAU GLYCOLEE (RECUPERATON GROUPES VENTILATION), tuyauteries situées à l'intérieur du volume protégé (voir annexe 3), pour un coefficient de conductibilité de 0,040 m²K/W (à 40°C), les épaisseurs minimales suivantes doivent être mises en œuvre :

diamètre de la tuyauterie DN	épaisseur du calorifuge mm
15 à 25	30
32 à 65	40
80 à 200	50
> 200	60

64.3.2. EAU CHAUDE (≤ 90°C), EAU GLYCOLEE (RECUPERATON GROUPES VENTILATION), tuyauteries situées en dehors du volume protégé (voir annexe 3), pour un coefficient de conductibilité de 0,040 m²K/W (à 40°C), les épaisseurs minimales suivantes doivent être mises en œuvre :

diamètre de la tuyauterie DN	épaisseur du calorifuge mm
15 à 25	30
32 à 65	50
65 à 100	60
125 à 300	70
>300	80

»

3.- L'acte attaqué procède manifestement d'une mauvaise lecture des justifications de la requérante.
La décomposition du prix réalisée par la requérante se lit en effet en deux parties, comme le cahier spécial des charges.
Ainsi, dans une première partie, la requérante envisage les tuyauteries situées à l'intérieur du volume protégé et pour lesquelles du papier aluminium est suffisant. Un

prix est par ailleurs remis pour chaque diamètre de tuyauterie et à chaque diamètre est associée l'épaisseur de papier telle que définie dans le cahier des charges.
Dans une seconde partie, la requérante envisage les tuyauteries situées en dehors du volume protégé et pour lesquelles de la tôle en aluminium est nécessaire. Un prix est par ailleurs remis pour chaque diamètre de tuyauterie et à chaque diamètre est associée l'épaisseur de papier telle que définie dans le cahier des charges.
C'est donc en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère que «Les épaisseurs mentionnées dans le justificatif d'ENERGYS sont insuffisantes par rapport aux spécifications du cahier des charges».
La requérante ajoute que les calorifuges de l'ensemble des tuyauteries dans les locaux techniques et à l'extérieur sont pourvus d'une tôle en aluminium. Ces tuyauteries ont donc été ventilées dans plusieurs postes, soit les postes 17.6, 17.7 et 17.8. Les quantités totales de tuyauterie prises en compte sont celles reprises en bordereau de prix (cf. postes 9.1 à 9.27).
Par ailleurs, le calorifuge avec tôle en aluminium des 82 mètres de tuyauterie d'eau chaude DN 100 (tuyauterie prévue au poste 9.9) a été comptabilisé au poste 17.7.
Manifestement, l'acte attaqué n'a envisagé que le poste 17.6 alors qu'il y avait évidemment lieu de lire ce poste avec d'autres, comme dans tout métré. Il est en effet impossible de tout cloisonner pour que chaque poste soit indépendant des autres.

Le troisième moyen, en sa troisième branche, est sérieux et fondé.

5) Quatrième branche

1.- S'agissant des postes 17.9 et 17.10, l'acte attaqué énonce :
«Les quantités mentionnées dans le justificatif d'ENERGYS pour calculer les prix forfaitaires de ces postes sont largement insuffisantes».

2.- Ce faisant, l'acte attaqué procède à nouveau d'une lecture pour le moins restrictive de l'offre de la requérante au regard des justifications apportées aux postes pour lesquels elle a été invitée à s'expliquer.
En effet, le bordereau de prix (postes 9.1 à 9.27) comprend 7.670 mètres de tuyauterie.
Or, les justifications apportées par la requérante pour les postes 17.6 à 17.10 inclus reprennent exactement la même quantité. Il n'y a donc pas un seul mètre de calorifuge qui aurait été omis, pour autant qu'on lise le métré dans son intégralité.
La requérante ajoute par ailleurs que le calorifuge des tuyauteries est également repris dans certains postes à forfait, comme le poste 7.8.
C'est donc en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère que les quantités mentionnées par la requérante pour calculer les prix forfaitaires des postes 17.9 et 17.10 sont largement insuffisantes.

Le troisième moyen, en sa quatrième branche, est sérieux et fondé.

6) Cinquième branche

1.- S'agissant du poste 17.14, l'acte attaqué énonce :
«Les diamètres des robinets (DN15) mentionnés dans le justificatif d'ENERGYS pour calculer le prix forfaitaire de ce poste sont largement insuffisants par [rapport] aux diamètres à mettre en œuvre suivant le cahier des charges et les plans d'adjudication».

2.- Ici aussi, l'acte attaqué procède d'une lecture pour le moins restrictive de l'offre de la requérante au regard des justifications apportées aux postes pour lesquels elle a été invitée à s'expliquer.
Les calorifuges de robinetterie sont repris aux postes 17.11 à 17.15 de l'offre de la requérante. L'ensemble de ces postes reprend le calorifuge de l'ensemble des robinetteries visées aux postes 10.1 à 10.78, soit 600 pièces.
Les justifications de la requérante reprennent par ailleurs 619 calorifuges de vannes dont les diamètres sont renseignés aux postes 10.1 à 10.78.
Il n'y a donc aucun calorifuge omis, mais une répartition réalisée au sein des différents postes à forfait.

A cet égard, il faut encore noter que le calorifuge des robinetteries est également repris dans d'autres postes à forfait, comme les postes 7.3 à 7.7 et les postes 7.10 à 7.14.
C'est donc en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère que les diamètres des robinets mentionnés dans le justificatif de la requérante sont insuffisants par rapport au diamètre à mettre en œuvre.

Le troisième moyen, en sa cinquième branche, est sérieux et fondé.

7) Sixième branche

1.- S'agissant du poste 21.13, l'acte attaqué énonce :
«Dans le détail de ce poste, ENERGYS mentionne un besoin de 227 heures de dessinateur-ingénieur mais ne budgétise que 120 heures pour le calcul de son prix».

2.- Une fois encore, l'acte attaqué procède d'une lecture incorrecte de l'offre de la requérante au regard des justifications apportées aux postes pour lesquels elle a été invitée à s'expliquer.
Il y a lieu de rappeler que ce poste est prévu de manière forfaitaire, comme un grand nombre d'autres postes du métré. Or, il est de la nature du forfait de ne pas comprendre uniquement le prix de la fourniture, mais également le coût de la conception, le coût de la main-d'œuvre… Chaque prix forfaitaire comporte donc différents éléments identiques (comme le coût de la conception et celui de la main-d'œuvre) mais répartis entre les différents postes du métré.
Ainsi, sont également repris dans les prix forfaitaires de la requérante les frais généraux de chantier qui sont prévus dans la marge appliquée sur chaque poste.
Cela implique que sur les 227 heures de dessin nécessaires pour la réalisation complète des travaux, seules 120 heures seront facturées comme telles et n'ont pas déjà été réparties sur les autres postes du forfait. Autrement dit, sur les 227 heures nécessaires pour tout le chantier, 107 heures ont déjà fait l'objet d'une prise en compte dans les postes auxquelles elles se rattachent plus spécifiquement.
Il n'y a donc là rien d'anormal. Compte tenu de l'écart important entre les chiffres (227 et 120), il est par contre anormal que la partie adverse ait décidé de conclure abruptement que la requérante ne justifierait pas son prix sans demander une explication complémentaire.
C'est donc en violation des dispositions reprises au moyen que l'acte attaqué considère anormal le prix repris pour le poste 21.13 dès lors que, selon l'acte attaqué, seules 120 heures de dessins auraient été budgétisées là où 227 heures ont été annoncées au total.

Le troisième moyen, en sa sixième branche, est sérieux et fondé".

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la deuxième branche

Le cahier spécial des charges imposait le blindage des équipements "traversant les salles d'opération", ce qui supposait que ces équipements fussent blindés sur toute leur longueur, et non sur des portions calculées conformément aux modalités que précise la requérante dans son courrier du 14 avril 2016.

Tentant de justifier, en termes de requête, le procédé qu'elle avait choisi de mettre en œuvre et sur lequel était basé le prix unitaire proposé, la requérante reconnaît implicitement, mais certainement, ne pas avoir rencontré l'exigence d'un

blindage protégeant toute la longueur des gaines et tuyauteries traversant les salles d'opération concernées.

Il ne peut donc être reproché à la partie adverse de ne pas avoir admis une justification de prix faisant apparaître une méconnaissance des prescriptions du cahier spécial des charges relatives au blindage.

B. Quant à la cinquième branche

S'agissant de la justification du prix proposé par la requérante pour le poste 17.14 (calorifuge robinetterie et accessoires), le rapport d'analyse des offres motive comme suit le refus de cette justification:

" Les diamètres des robinets (DN15) mentionnés dans le justificatif d'ENERGYS pour calculer le prix forfaitaire de ce poste sont largement insuffisants par [rapport] aux diamètres à mettre [en] œuvre suivant le cahier des charges et les plans d'adjudication".

Dès lors qu'est ainsi reprochée l'insuffisance des diamètres mentionnés, c'est vainement que la requérante tente de critiquer ce motif en y opposant le nombre de pièces prises en considération.

C. Quant à la sixième branche

La rubrique 21.13 de l'article 21 ("travaux divers") pour lequel la requérante était invitée à justifier ses prix est libellée comme suit:

" Ensemble des obligations de l'adjudicataire telles que plans et schéma d'exécution, notes de calcul, fiches de documents à remettre, essais, contrôles et réception, etc…suivant les indications du cahier spécial des charges".

A propos de la justification apportée par la requérante pour cette rubrique, le rapport d'analyse des offres mentionne ce qui suit :

" o Poste 21.13 (ensemble des obligations de l'adjudicataire) :

Dans le détail de ce poste, ENERGYS mentionne un besoin de 227 heures de dessinateur – ingénieur mais ne budgétise que 120 heures pour le calcul de son prix".

Dès lors que la requérante était invitée à justifier un prix proposé pour l'ensemble des obligations de l'adjudicataire, il ne peut être sérieusement reproché à la partie adverse de n'avoir pas admis la justification d'un prix qui ne prend en considération qu'une partie du volume horaire retenu par la requérante.

Pour les raisons ainsi exposées, le moyen ne peut être déclaré sérieux en ses deuxième, cinquième et sixième branches.

Dès lors que les motifs vainement critiqués par les deuxième, cinquième et sixième branches suffisent, *prima facie*, à justifier la décision d'écarter l'offre de la requérante, il n'y a pas lieu d'examiner les première, troisième et quatrième branches du moyen, la requérante étant sans intérêt à critiquer les motifs contre lesquels sont dirigées ces trois branches.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des pièces 1 à 8 et 17 à 23, versées au dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

Pour la même raison, il y a lieu de déclarer d'office comme confidentiels les courriers des 7 et 14 avril 2016 échangés entre la partie adverse et la partie requérante que cette dernière dépose en pièces 3 et 4 de son dossier de pièces.

VIII. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 12 juillet 2016, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 1 à 8 et 17 à 23, versées au dossier administratif, ainsi que les pièces 3 et 4 du dossier de pièces de la partie requérante, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 à la partie n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le quatorze juillet deux mille seize par :

MM. David DE ROY, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. David DE ROY.