

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.640 du 24 août 2016

G./A.219.788/VI-20.821

En cause : **la société anonyme COFELY SERVICES,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Sophie JACQUES, avocats,
place Flagey, n° 18,
1050 Bruxelles,

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire de Liège

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX
et Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe 60,
1200 Bruxelles.

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme TDGI,
2. la société anonyme de droit portugais TDGI-
TECNOLOGIA DE IMOVEIS,**

ayant élu domicile chez
Mes Gauthier ERVYN et Edwige SPAMPINATO, avocats,
avenue de la Toison d'Or,
1060 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat le 22 juillet 2016, la société anonyme COFELY SERVICES sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision adoptée par le Centre Hospitalier Universitaire de Liège, vraisemblablement adoptée le 29 juin 2016 [...], déclarant [son] offre [...] irrégulière et attribuant à un concurrent le marché public de services ayant pour objet «Contrat de maintenance et de garantie totale des

installations techniques du Centre Hospitalier Universitaire de Liège - site N.-D. des Bruyères»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme TDGI et la société anonyme de droit portugais TDGI-TECNOLOGIA DE IMOVEIS ont, par une requête introduite le 8 août 2016, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 25 juillet 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 11 août 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés 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 ont été acquittés.

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

M^r le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Sarah BEN MESSAOUD, *loco* Mes Patrick THIEL et Sophie JACQUES, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Martin CHABOT, *loco* Mes André DELVAUX et Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Edwige SPAMPINATO, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier 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. Il ressort de la requête enrôlée sous le numéro G./A. 215.931/ VI-20.458 qu'en date du 29 avril 2015, la partie adverse avait, une première fois, sur la base d'un cahier spécial des charges référencé CHULG/14.15, attribué à la partie requérante dans le cadre de la présente procédure un marché portant sur "la maintenance et la garantie totale des installations techniques du CHU-NDB".

A la suite de l'introduction d'une requête unique introduite par les parties intervenantes dans le cadre de la présente procédure, , cette décision du 29 avril 2015 a été retirée par la partie adverse et le caractère définitif de ce retrait a été constaté par l'arrêt n° 234.071 du 8 mars 2016.

III. 2. 1. Le 28 octobre 2015, la partie adverse décide de lancer à nouveau un marché public de services régi par le cahier spécial des charges "CHUST/15.121" et toujours intitulé "Contrat de maintenance et de garantie totale des installations techniques du Centre Hospitalier Universitaire de Liège – Site N.-D. des Bruyères".

Le mode de passation est l'appel d'offres ouvert.

Le marché prend effet le 1^{er} septembre 2016 et se termine le 31 août 2026.

III. 2. 2. Un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications le 3 novembre 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne le 5 novembre 2015. Des avis rectificatifs ont été publiés les 6 et 12 novembre 2015.

III. 3. L'objet du marché est défini à l'article I.1. du cahier spécial des charges :

" Le présent marché à lot unique a pour objet la maintenance et la garantie totale des installations du Centre Hospitalier Universitaire de Liège sur le site de N.-D des Bruyères. La mission comprend:

La Conduite

Le Pilotage (supervision)

L'Entretien

Le Dépannage

La Garantie totale

La Gestion du combustible

Le Nettoyage (ventilation, éclairage)

La Veille juridique et réglementaire

Les interventions exécutées en régie sur tous les sites du CHU.

- Sart Tilman

- Ourthe Amblève

- CDT Chaudfontaine

- Polyclinique Lucien Brull

- Aywaille

- Valensart

- Plateforme Logistique Chênée

- Grivegnée

[...] Installations concernées (titres)

Les installations électriques (15.000 Volts - 400 Volts)

Distribution haute tension (cellules et transfo)

TGBT

TD

Canalisations

Groupe électrogènes et UPS

Eclairage (intérieur et extérieur)

Courant faible (Communication, Détection incendie, Distribution horaire, Stores vitrage, Centrale d'alerte technique)
 Les installations HVAC
 Chauffage
 Ventilation
 Air conditionné (Eau glacée, Détente directe)
 Les installations sanitaires
 Eau sanitaire
 Eau incendie
 Eau adoucie
 Eau osmosée
 Eaux usées et pluviales
 Vases
 Fluides médicaux (Oxygène, Protoxyde d'Azote, Vide, Air Comprimé)
 Les Portes (portes, volets et stores motorisés)
 Divers (chambres froides, télévisions, frigo (table de nuit), vestiaire automatique, lessiveuse et séchoir...)"

III. 4. 1. Le cahier spécial des charges fixe comme suit les critères de sélection:

" I.5.2.1. Capacité économique et financière du soumissionnaire :

- c) Les bilans et comptes de résultats tels que déposés au greffe du tribunal de commerce et concernant les trois dernières années précédant celle de l'ouverture des offres; l'analyse réalisée par le pouvoir adjudicateur de ces bilans et comptes de résultats aboutira à la détermination de ratios, calculés en moyenne sur la base des trois derniers exercices transmis et les soumissionnaires ne seront sélectionnés que si :
- ratios de liquidité :
 - + le ratio de liquidité est supérieur ou égal à 1 (arrondi à la 2^e décimale);
 - + le fonds de roulement net est positif;
 - ratios de rentabilité :
 - + la capacité d'autofinancement est positive;
 - + la valeur ajoutée brute est positive;
 - ratios de solvabilité :
 - + le degré d'endettement global est inférieur à 95 % (arrondi à la 2^e décimale);
 - + le pourcentage de couverture des fonds de tiers par le cash flow est positif.
- Néanmoins, la société présentant un ou plusieurs ratios inférieurs à la demande pourra être sélectionnée si elle est couverte :
- soit par ses associés (en cas d'association momentanée),
 - soit par sa maison mère,
- à la condition que le soumissionnaire joigne à son offre le document démontrant la solidarité financière des "garants".

I.5.2.2. Capacité technique du soumissionnaire.

L'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait qu'il doit fournir :

- d) Les trois références les plus pertinentes au cours des 3 dernières années où le soumissionnaire démontre qu'il a l'expérience dans la gestion d'installations similaires (c'est-à-dire : service 24H/24 365 jours par an et gestion des installations énumérées au point III.3 (p.ex. : électriques, HVAC, Fluides Médicaux...) dont au moins un hôpital généraliste de minimum 200 lits agréés comprenant :
- un service d'Urgences,
 - un service des Soins Intensifs,
 - des salles d'opérations,
- le tout fonctionnant 24H/24 365 jours par an.

Cette référence hospitalière ne sera considérée comme établie que si le soumissionnaire y gère toutes les techniques principales décrites dans ce marché (énumérées au point III.3).

Il fournit les coordonnées et la fonction de la personne de contact chez chacun de ses clients.

Pour chaque référence, le soumissionnaire joint une attestation de bonne exécution rédigée et signée par la Direction Technique de son client. Cette attestation précise quelles techniques sont gérées par le soumissionnaire.

Pour la référence hospitalière, l'attestation de bonne exécution doit préciser le nombre de lits agréés et parmi eux les lits dédiés aux soins intensifs et aux urgences. L'attestation précise également le nombre de salles d'opération que compte l'établissement. Cette attestation précise quelles techniques sont gérées par le soumissionnaire.

- e) L'organigramme fonctionnel de sa société au jour de l'ouverture des offres avec une description détaillée des capacités et compétences techniques qui y sont présentes. Pour être sélectionné, le soumissionnaire doit, d'une part, [disposer]:
- d'un bureau d'études techniques composé de trois ingénieurs (courants faibles, courants forts et HVAC),
 - des ingénieurs gestionnaires de contrats,
 - des ingénieurs responsables de secteurs,
 - de cinq chefs d'équipes,
 - de trente techniciens qualifiés dans les différents domaines concernés par ce cahier des charges.

Le soumissionnaire réunit les informations demandées dans le présent point de manière concise sur un document de maximum 3 pages.

- f) la méthodologie mise en œuvre actuellement pour assurer des missions similaires à celles objet du contrat 24 heures sur 24. Cette méthodologie montre comment réceptionner, enregistrer et traiter les appels reçus durant les heures ouvrées et en dehors des heures ouvrées. Le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il dispose d'un call center francophone. Le soumissionnaire renseigne la composition de son service de garde en effectif et qualification.

- g) En cas de recours à la sous-traitance, le soumissionnaire doit indiquer clairement dans son offre la part du marché qu'il entend sous-traiter (en % par rapport au prix total du marché et en % par rapport aux heures de prestations annuelles) et l'identité des sous-traitants (et les domaines du marché) avec qui il a l'intention de sous-traiter.

Les missions de pilotage et de conduite ne peuvent en aucun cas être sous-traitées. Le soumissionnaire ne peut recourir à la sous-traitance que pour un maximum de 15% par rapport aux heures de prestations.

L'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait qu'avant la conclusion du marché, le CHU se réserve la faculté de l'inviter à produire (via l'email mentionné dans son offre) et dans un délai de maximum 12 jours de calendrier, d'autres documents et preuves nécessaires à sa sélection qualitative".

III. 4. 2. Le cahier spécial des charges précise encore que plusieurs annexes doivent être jointes à l'offre.

Parmi ces annexes, figurent notamment les annexes B et C.

L'annexe B est l'inventaire récapitulatif. Il doit comprendre les données suivantes :

"

N° de poste inven.	N° article CC	Description	Unité	Total euros par an HTVA	Total euros par an TVAC
1	III.2.1	Redevance annuelle conduite	Forfait annuel		
2	III.2.2	Redevance annuelle pilotage	Forfait annuel		
3	III.2.3	Redevance annuelle entretien	Forfait annuel		
4	III.2.4	Redevance annuelle dépannage	Forfait annuel		
5	III.2.5	Redevance annuelle nettoyage	Forfait annuel		
6	III.2.6	Redevance annuelle Garantie totale	Forfait annuel		
7	III.2.7	Redevance annuelle pour la veille juridique et réglementaire	Forfait annuel		
	N° de poste inven	N° article CC	Description	Quota annuel proposé (en litres)	
	8	III.2.8	Combustible		

N° de poste inven.	N° article CC	Description Prestations en régie	Quantités annuelles présumées (en heures)	euros / heure HTVA
9	I.1.5	Taux horaire ingénieur industriel	20	— , —
10	I.1.5	Taux horaire chef d'équipe	40	— , —
11	I.1.5	Taux horaire technicien spécialisé	200	— , —
12	I.1.5	Taux horaire ouvrier non spécialisé	200	— , —

".

L'annexe C reprend une ventilation des redevances par postes du cahier spécial des charges et précise que "Chaque cellule doit mentionner la valeur réelle du poste". Différents postes du métré sont repris et leur prix est ventilé selon trois catégories spécifiques : Redevance annuelle conduite + pilotage + entretien + dépannage ; Redevance annuelle nettoyage ; Redevance annuelle garantie totale.

A propos de la redevance annuelle nettoyage, il est permis de constater qu'elle est régulièrement déjà incluse dans la redevance précédente : entretien. Ainsi, on lit par exemple que :

"	Redevance annuelle Conduite +	Redevance annuelle Nettoyage	Redevance annuelle Garantie totale
Catégorie d'installations (numérotation extraite du cahier des charges)	Pilotage + Entretien + Dépannage		
I.1.1.2.5 Eclairage		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
I.1.1.2.6 Courant faible		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
I.1.1.2.6.1 Communication		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
I.1.1.2.6.2 Détection incendie,		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
I.1.1.2.6.3 Distribution Horaire		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
I.1.1.2.6.4 Sores fenêtres		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
I.1.1.2.6.5 Centrale d'alerte technique		incluse à la redevance annuelle "entretien"	

".

A propos de la troisième catégorie, relative à la redevance annuelle "garantie totale", elle est mentionnée régulièrement comme "sans objet" :

"	Redevance annuelle Conduite +	Redevance annuelle Nettoyage	Redevance annuelle Garantie totale
Catégorie d'installations (numérotation extraite du cahier des charges)	Pilotage + Entretien + Dépannage		↓
Régulation et détentes		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
Réseau de distribution		Sans objet	Sans objet
Equipements terminaux (en bandeaux, goulottes ou apparents)		incluse à la redevance annuelle "entretien"	

1.1.4.2	Protoxydes		
d'Azote			
Collecteurs (C-106 et C 502 et vannes		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
Régulation et détentes		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
Réseau de distribution		Sans objet	Sans objet
Equipements terminaux (en bandeaux, goulottes ou apparents)		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
1.1.4.3	Vide		
Pompes, commande et régulation ()		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
Collecteurs (C-106 et C 502) et vannes		incluse à la redevance annuelle "entretien"	
Réseau de distribution		Sans objet	Sans objet
Equipements terminaux (en bandeaux, goulottes ou apparents)			

III. 4. 3. En ce qui concerne d'éventuelles prestations en régie, l'article I.1.4. du cahier spécial des charges précise encore ce qui suit:

" Pour des prestations en régie qui s'avéreraient éventuellement nécessaires [...], le soumissionnaire indique dans son offre (ANNEXE B: INVENTAIRE RECAPITULATIF) le prix horaire TVAC de la main-d'œuvre selon sa capacité et sa spécialité. Ces prix sont des prix nets de travail effectif sur chantier en vue de la facturation éventuelle de prestations à réaliser en régie, à l'exclusion de tout autre supplément pour temps et frais de déplacement et moyens d'exécution. A ces prix s'ajoutent éventuellement celui des matières et matériaux utilisés".

III. 5. Des modifications ont été apportées au cahier spécial des charges par deux *addenda* des 16 et 26 novembre 2015.

III. 6. Les offres devaient être déposées au plus tard le 22 décembre 2015. À cette date, deux soumissionnaires ont déposé une offre: la première offre émane de la partie requérante; la seconde offre émane de la société SM TDGI SA (société de droit belge) et de la SA TGDI Tecnologica de Gestao de Imovels (société de droit portugais).

III. 7. 1. Par un courriel du 10 février 2016, le pouvoir adjudicateur interroge la requérante sur les points suivants : prix annuel TVAC, moyens humains mis à disposition pour répondre aux objectifs du marché, nombre annuel d'heures, renfort incident, délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail.

III. 7. 2. Le 11 février 2016, le pouvoir adjudicateur apporte une correction à sa demande de précision du 10 février 2016, en adressant le courriel suivant à la requérante :

" Faisant suite à mon courriel d'hier, relatif à la demande de précisions complémentaires, je vous informe d'une correction à apporter au document afférant. En page 3/4, à la question relative à l'article I.10.2.1, à la place de lire : «Pourriez-vous confirmer que le pointage des effectifs n'est en vigueur que pour le personnel du prestataire affecté à temps plein ainsi que le chef de secteur?». Veuillez lire : «pourriez-vous nous confirmer que l'ensemble des moyens humains mis à disposition retranché uniquement des heures administratives prestera sur site et sera soumis aux pointages ?".

III. 7. 3. Par courriel du 15 février 2016, le pouvoir adjudicateur sollicite d'autres informations complémentaires, à savoir le plan de maintenance détaillé et la ronde d'inspection (annexe F) ainsi que la procédure d'application pour la gestion d'appels du call center.

III. 7. 4. Par un courrier du 16 février 2016, la requérante répond à cette demande d'information. Elle y fait notamment valoir les éléments suivants :

" B. PRECISIONS – CONTENU DE L'OFFRE
Article I.10.1.1 – Prix annuel TVAC

1 – Conduite

Après vérification, nous trouvons le même montant dans l'annexe C que dans l'annexe A.

Nous avons ventilé la veille juridique dans les postes «conduite», «pilotage», «entretien» et «dépannage».

Il faut également ajouter les omissions précisées dans notre offre à la page 44.

Dans la ventilation de l'annexe C, nous avons des chiffres après les centimes, ce qui entraîne une légère différence lors de l'addition finale.

3 – Entretien

Dans votre annexe C, vous avez demandé d'inclure certains postes de la redevance annuelle «nettoyage» à la redevance annuelle «entretien».

Nous avons donc ajouté le poste «nettoyage» à la redevance «entretien». Par contre, dans les annexes A et B, nous avons laissé ces postes séparés comme demandé dans votre Cahier des Charges.

Nous avons également ventilé la veille juridique dans l'annexe C.

5 – Nettoyage

Dans votre annexe C, vous avez demandé d'inclure certains postes de la redevance annuelle «nettoyage» à la redevance annuelle «entretien».

Nous avons noté ces informations à la page 44 de notre offre et expliqué les différences de prix entre les 2 annexes. Les annexes A et B sont correctes.

Nous avons compris l'annexe C comme étant une annexe qui servirait de base à réaliser des avenants de suppression de certaines techniques, tâches dans l'avenir.

6 – Garantie Totale

Une erreur de frappe de 3,00 euros s'est glissée dans le poste I.1.1.2.6.2 GT de l'annexe C. Le montant est de 4.166,60 euros comme indiqué.

Ce qui diminue le prix de la Garantie Totale de 3,00 euros et le ramène à 119.826,91 euros HTVA soit, 144.990,56 euros TVAC.

Cette erreur se retrouve également en toute logique dans les annexes A et B.
Notre prix total TVAC est donc de 3,63 euros en moins, soit une erreur de $\pm 0,0005$ %. La redevance GT est donc de 24,99999995300 %, soit 25 % du montant du reste.

[...]

Article I.10.2.7 – Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail

Notre explication se trouve à la page 117 de notre offre ainsi que le plan descriptif à la page suivante.

Notre technicien peut démarrer dans les 2 minutes de l'appel d'intervention. Nous avons des techniciens habitant proches du site, dans un rayon inférieur de 5 km. En dehors des heures, le trafic est moindre et cela nous permet d'être là rapidement. Pendant les heures ouvrables, nous sommes présents sur site.

Soyez rassurés : en cas de problème «urgent» et chaque fois que cela sera nécessaire (coupure de courant en salle d'opération, rupture d'une canalisation...), nous serons présents dans le délai avancé".

III. 7. 5. Par un courrier du 9 mars 2016, la requérante apporte une précision à ses réponses du 16 février 2016. Ce courrier est libellé comme suit :

" Suite à la relecture, par notre chef de secteur Didier BELOT, de notre lettre du 16 février en réaction à votre demande de précision du 10 février, il y a une erreur dans la réponse à votre question 6.

Il n'y a pas d'erreur dans le poste I.1.1.2.6.2 GT de l'annexe C.

L'erreur de frappe se retrouve dans le poste I.1.1.2.6.2 «redevance conduite, pilotage, entretien, dépannage».

Le montant correct est de 24.415,60 euros et non 24.417,60 euros.

Le prix la redevance annuelle d'entretien est donc de 150.568,00 euros HTVA.

Nous vous présentons toutes nos excuses pour cette erreur et espérons que vous voudrez bien tenir compte de la correction reprise dans le présent courrier".

III. 8. Le rapport d'analyse des offres, daté du 20 juin 2016, propose d'attribuer le marché à la SM TDGI - pour un montant de 610.794,58 euros TVAC - soit le seul soumissionnaire à avoir remis une offre régulière. L'auteur de projet considère en effet que l'offre remise par la SA COFELY SERVICES est "matériellement irrégulière et partant nulle".

III. 9. En séance du 29 juin 2016, le conseil d'administration de la partie adverse décide :

- " 1. de sélectionner les soumissionnaires Cofely Services et l'association momentanée entre TDGI SA (Belgique) et TDGI Tecnologia de Gestao de Imoveis S.A. (Portugal) pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative;
2. de déclarer l'offre de Cofely Services matériellement irrégulière en application de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et partant nulle;
3. d'approuver la proposition d'attribution telle que précisée dans le rapport d'examen des offres du 20 juin 2016 pour le marché «maintenance et la garantie totale des installations techniques du Centre Hospitalier Universitaire de Liège – Site de N.-D. des Bruyères» et de considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération;

4. d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit à l'association momentanée TDGI SA (Belgique) et TDGI Tecnologia de Gestao de Imoveis S.A. (Portugal) pour un montant annuel estimé à 610.794,58 euros TVAC".

III. 10. Par un courrier daté du 7 juillet 2016, envoyé par recommandé le 8 juillet 2016, la partie adverse informe la requérante que son offre n'a pas été retenue en raison de son caractère irrégulier.

Les motifs qui fondent l'irrégularité de l'offre de la requérante figurent dans le courrier d'information, et sont les suivants :

" 5.2. EXAMEN DE LA REGULARITE MATERIELLE DES OFFRES

En application de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur a jugé nécessaire d'inviter les soumissionnaires à préciser la teneur de leur offre afin de vérifier qu'elles satisfont aux exigences sur le plan de la régularité matérielle.

Le 10 février 2016, le pouvoir adjudicateur a invité les soumissionnaires à préciser et compléter la teneur de leurs offres sur différents points.

Les soumissionnaires ont répondu dans le délai prévu.

- Cofely

La première précision demandée concerne une discordance apparente entre l'inventaire (annexe B de l'offre) et la ventilation des redevances (annexe C de l'offre).

Remarque préalable à l'analyse des annexes B et C :

Les annexes B (Inventaire) et C (Ventilation des redevances) devaient être complétées et jointes à l'offre du soumissionnaire. L'inventaire devait permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer les offres sur base des critères d'attribution relatifs à l'aspect financier. Il était donc demandé aux soumissionnaires d'y compléter les montants totaux des différentes redevances faisant l'objet du marché sur base du descriptif des missions, conformément aux prescriptions du cahier des charges.

Il était également demandé aux soumissionnaires de compléter l'annexe C reprenant le détail des postes relatifs à chacune des redevances afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier la ventilation des coûts relatifs aux différentes missions faisant l'objet des redevances, et de servir de base pour des modifications éventuelles en cours de marché au cas où une mission devait être ajoutée ou retirée en cours d'exécution du marché.

Constat de discordance entre les annexes :

Ces annexes ont toutes deux été complétées et jointes à l'offre de la société Cofely. Cependant, leur analyse a mis en évidence des discordances entre les montants.

En effet, l'addition des montants totaux des redevances conduites, pilotage, entretien et dépannage (postes 1-4 de l'inventaire), donne un montant de 406.009,84 euros TVAC. Or, l'addition de chacun des postes constitutifs de ces redevances, et dont le détail figure à l'annexe C, donne un montant de 469.556,65 euros TVAC, soit un montant nettement supérieur à celui correspondant à l'inventaire.

Il est à noter que l'ensemble des postes repris à l'annexe B est conforme à la description des missions reprises au cahier spécial des charges, et que l'annexe C ne fait que reprendre le détail de ces missions, à l'exception d'un poste que le pouvoir adjudicateur a omis de reprendre à l'annexe C. L'omission de ce poste avait néanmoins été remarquée par la société Cofely qui avait joint à son offre une remarque à ce sujet tout en indiquant le prix de ce poste. Cette omission ne permet donc pas d'expliquer la différence entre les deux annexes, au contraire, elle ne fait que l'accentuer.

Par ailleurs, si cette différence de prix entre les deux annexes a interpellé le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où ces deux annexes sont censées reprendre les mêmes missions, l'une de manière synthétisée et l'autre de manière plus détaillée, leur analyse a également mis en lumière une autre anomalie.

En effet, la ventilation des coûts liés aux différentes redevances, qui apparaît de manière détaillée à l'annexe C, ne correspond pas aux montants globaux de certaines redevances tels que repris à l'annexe B.

Finalement, le 9 mars 2016, la société Cofely a fait parvenir un courrier de manière spontanée, indiquant : «une erreur de frappe se trouve [dans] le poste I.1.1.2.6.2 GT de l'annexe C» et demandant «de bien vouloir tenir compte de la correction reprise dans le présent courrier». Cette erreur est toutefois négligeable puisqu'elle concerne un poste dont la société Cofely indique qu'il aurait dû être de 2 euros plus élevé que le montant remis pour ce poste dans l'offre initiale, ce qui n'explique nullement les discordances entre les deux annexes.

Les explications données par la société Cofely sur ces différents points ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de déceler avec certitude l'intention du soumissionnaire.

D'autant plus que cette discordance apparaît essentielle aux yeux du pouvoir adjudicateur étant donné que la ventilation telle que reprise à l'annexe B sert de base à l'appréciation du critère prix spécifié dans les critères d'attribution. La discordance entre la ventilation des postes entre les deux annexes affecte la comparaison effective des offres. En ventilant les postes de manière différente, le soumissionnaire a pu spéculer sur le résultat du critère d'attribution prix.

Dès lors que cette discordance est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière.

Un deuxième examen de la régularité de l'offre porte sur le montant de la redevance garantie totale.

Conformément au § III.2.7 du cahier spécial des charges «le montant de la redevance garantie totale doit être au minimum de 25 % du montant de l'offre à l'exclusion des prestations en régie et de la GT.»

Le montant de la redevance garantie totale indiqué par Cofely dans son offre (cf. Annexe B) s'élève à 119.829,91euros HTVA.

En additionnant le montant des postes de l'inventaire de l'offre de Cofely à l'exclusion des postes relatifs aux prestations en régie et à la garantie totale, on obtient 479.320,97 euros HTVA.

Le pourcentage de la garantie totale par rapport au montant de l'offre, calculé conformément aux indications du cahier spécial des charges atteint donc

24,99993 % (en arrondissant à 10^{-5} après la virgule), soit un montant inférieur au minimum 25 % requis.

Le pouvoir adjudicateur a invité la société Cofely à préciser la teneur de son offre afin de vérifier qu'il ne s'agissait pas d'une erreur d'interprétation du pouvoir adjudicateur. Dans un premier temps, la société Cofely a alors répondu «une erreur de frappe s'est glissée dans le poste I.1.1.2.6.GT de l'annexe C. Le montant est de 4.166,6 et non pas de 4.169,60 euros comme indiqué».

Selon cette explication, le prix relatif à la redevance garantie totale de l'offre de Cofely aurait dû être de 119.826,91 euros HTVA et le montant d'offre, à l'exclusion des prestations en régie et de la garantie totale de 479.317,97 euros HTVA. Ce qui aurait donné un pourcentage de garantie totale par rapport au total de l'offre de 24,99946 % (en arrondissant à 10^{-5} après la virgule), soit un montant encore plus éloigné du minimum de 25% requis.

Dans un second temps, dans son courrier spontané du 9 mars, dont il a déjà été fait référence dans le point précédent, la société Cofely indique «il n'y a pas d'erreur de frappe dans le poste I.1.1.2.6.2.GT de l'annexe C. L'erreur se trouve dans le poste I.1.1.2.6.2. « redevance, conduite, pilotage, dépannage». Le montant correct est de 24.415,60 euros et non 24.417,60 euros. Le prix de la redevance annuelle d'entretien est donc de 150.568,00 euros HTVA».

Il ne ressort pas des éléments invoqués par la société Cofely qu'il existe effectivement une erreur purement matérielle qui permette au pouvoir adjudicateur d'en prendre en compte et de rectifier l'offre.

Les erreurs successives relevées par la société Cofely ne permettent pas au pouvoir adjudicateur d'identifier avec certitude l'intention réelle du soumissionnaire ni le caractère purement matériel des erreurs invoquées.

Au regard de ces éléments, il est considéré par le pouvoir adjudicateur que l'offre de la société Cofely est entachée d'une irrégularité substantielle.

Troisième point d'analyse : délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail.

Le soumissionnaire devait indiquer le délai d'intervention maximum qu'il s'engage à tenir. Conformément au § I.10.2.7, «Ce délai débute au moment du premier contact téléphonique avec le représentant du CHU de Liège et prend fin à l'arrivée sur site du technicien prenant en charge le dépannage ou la réparation. Il indique la méthode mise en œuvre pour y arriver».

Dans son offre, la société Cofely s'engage «sur un délai d'intervention de maximum 9 minutes». Ce délai est apparu excessivement court, voire intenable aux yeux du pouvoir adjudicateur qui a invité la société Cofely à expliquer ce délai.

En réponse, la société Cofely a indiqué «...Notre technicien peut démarrer dans les 2 minutes de l'appel d'intervention. Nous avons des techniciens habitants proches du site, dans un rayon inférieur à 5 km. En dehors des heures, le trafic est moindre et cela permet d'être là rapidement. Pendant les heures ouvrables, nous sommes présents sur site...».

Les arguments avancés par le soumissionnaire ne sont pas de nature à convaincre le pouvoir adjudicateur sur le caractère réaliste du délai annoncé.

Ce délai nous semble irréaliste à tenir dans tous les cas. Par ailleurs, ce délai étant un critère d'attribution, en tenir compte aurait comme conséquence de valoriser au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution.

Dès lors que le caractère réaliste des engagements pris par ce délai d'exécution est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires,

d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière.

Conclusions :

Au vu des éléments repris ci-dessus qualifiés d'irrégularités substantielles, en application de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'offre de la société COFELY est déclarée matériellement irrégulière et partant nulle".

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme TDGI et la société anonyme de droit portugais TDGI-TECNOLOGIA DE IMOVEIS ont, par une requête introduite le 8 août 2016, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En leur qualité de bénéficiaires du marché public dont l'attribution est contestée, elles ont intérêt à intervenir dès la procédure en référé, de sorte qu'il y a lieu d'accueillir cette intervention.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

V. 1. 1. Thèse de la requérante

Le premier moyen est pris de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de son article 74, et de l'arrêté royal n° 542 du 31 mars 1987 portant l'organisation, le fonctionnement et la gestion des hôpitaux universitaires de l'État à Gand et à Liège, notamment de son article 6, ainsi que de la compétence de l'auteur de l'acte, en ce que l'acte attaqué n'a pas été adopté par l'organe légalement compétent pour ce faire et composé de manière valable.

Elle développe ce moyen comme suit:

" A. Intérêt à la critique

[...] Rappelons d'emblée que la compétence de l'auteur de l'acte est d'ordre public^[...]. Aucun intérêt particulier n'est par conséquent requis.

Ceci a encore été récemment rappelé par votre Conseil :

« La dévolution des compétences au sein d'une personne morale de droit public touche à la compétence de l'auteur d'un acte administratif et est ainsi d'ordre public, en telle sorte qu'il ne suffit pas que la partie requérante annonce ne plus maintenir un moyen pour qu'il ne soit pas examiné » (C.E.,

n°230.651 du 25 mars 2015).

Ou encore :

« Le moyen a trait à la compétence de l'auteur de la décision entreprise. Il revêt un caractère d'ordre public. En conséquence, la requérante ne doit pas se prévaloir d'un intérêt à le soulever. Le moyen est donc recevable. La partie requérante n'a donc pas à justifier de l'intérêt au moyen d'ordre public » (C.E., n° 222.711 du 4 mars 2013).

B. Apparence de droit

[...] En vertu de l'article 74 de la loi du 15 juin 2006, la décision doit être adoptée par l'organe légalement compétent. Le moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte est d'ordre public, conformément à une jurisprudence constante de votre Conseil (Voy. not. C.E., n° 223.237 du 22 avril 2013).

En vertu de l'article 6, § 1^{er}, 10°, de l'arrêté royal n° 542 du 31 mars 1987 portant l'organisation, le fonctionnement et la gestion des hôpitaux universitaires de l'État à Gand et à Liège, tel que modifié par le décret du 5 juillet 1993, par l'arrêté du Gouvernement du 8 novembre 2001 et par les décrets du 19 décembre 2002 et du 20 octobre 2011, le Conseil d'administration est chargé de la gestion de l'hôpital universitaire et notamment de la passation et l'exécution des marchés dont les montants sont supérieurs à :

- 2.700.000 EUR pour les marchés passés par adjudication publique ou sur appel d'offres général;
- 1.350.000 EUR pour les marchés passés par adjudication restreinte ou sur appel d'offres restreint;
- 680.000 EUR pour les marchés passés de gré à gré.

[...] En l'espèce, le marché litigieux est passé par appel d'offres ouvert et le montant annuel du marché estimé, au regard de l'offre de la partie requérante (l'estimation du marché n'a en effet pas été communiquée dans les documents du marché), est de 599.150,88 euros HTVA. La durée du marché étant de 10 ans, le montant total peut être estimé à 5.991.508,80 euros HTVA.

Il ressort de ce qui précède que l'organe compétent pour adopter l'acte attaqué est le Conseil d'administration du CHU de Liège.

[...] Or, on constate que l'acte attaqué, tel que communiqué à la partie requérante, ne mentionne pas :

- s'il a été adopté par le conseil d'administration ;
- si le conseil d'administration a régulièrement été convoqué ;
- si le conseil d'administration est régulièrement composé ;
- si les quorums de présence et de vote sont remplis.

Par ailleurs, ni la décision du 29 juin 2016 ni le procès-verbal du conseil d'administration n'étaient joints à la notification de la décision querellée.

[...] Dans ces circonstances, il n'est donc pas possible de constater que l'acte attaqué aurait été adopté par l'organe légalement compétent au regard des dispositions précitées pour ce faire, valablement constitué et convoqué.

A défaut de verser l'ensemble des pièces permettant de constater que les obligations précitées ont été satisfaites, le premier moyen, d'ordre public, est sérieux.

Il y a lieu, par conséquent, de suspendre l'acte attaqué".

V. 1. 2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse dénie le caractère sérieux du premier moyen ainsi qu'il suit :

"[...] La décision d'attribution du 29 juin 2016 a été adoptée valablement par le conseil d'administration du CHU de LIEGE ; un extrait conforme du procès-verbal de la séance du 29 juin 2016 est produit afin de le démontrer.

Le conseil d'administration du CHU de LIEGE est compétent pour ce faire, en vertu de l'article 6 de l'arrêté royal n° 542 du 31 mars 1987 portant l'organisation, le fonctionnement et la gestion des hôpitaux universitaires de l'Etat à Gand et à Liège.

En effet, l'article 6 énonce :

« (...) le conseil d'administration est chargé de la gestion de l'hôpital universitaire et notamment :

(...)

10° la passation et l'exécution des marchés dont les montants sont supérieurs à :

- 2.700.000 EUR pour les marchés passés par adjudication publique ou sur appel d'offres général ».

[...] En l'espèce, le montant du marché litigieux est supérieur à 2.700.000 EUR.

Partant, le conseil d'administration était l'organe compétent pour adopter la décision d'attribution du 29 juin 2016, ce que reconnaît du reste la SA COFELY SERVICES (page 17 de sa requête).

Au vu de ce qui précède, le premier moyen n'est pas sérieux".

V. 1. 3. Thèse des parties intervenantes

Les parties intervenantes se réfèrent à la note d'observations déposée par la partie adverse.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort de l'extrait conforme du procès-verbal de la séance du conseil d'administration de la partie adverse du 29 juin 2016, produit au dossier administratif, que la décision d'attribution du 29 juin 2016 a bien été adoptée par le conseil d'administration du CHU de LIEGE, compétent pour ce faire, en vertu de l'article 6 de

l'arrêté royal n° 542 du 31 mars 1987 portant l'organisation, le fonctionnement et la gestion des hôpitaux universitaires de l'Etat à Gand et à Liège, et que ce conseil a été régulièrement convoqué, a été régulièrement composé le jour de la séance et a régulièrement délibéré et adopté la décision attaquée.

Le premier moyen n'est en conséquence pas sérieux.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

VI. 1. 1. Thèse de la requérante

Dans son deuxième moyen, pris de la "violation la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 5 et 25, alinéa 1^{er}, 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, notamment de ses articles 4 et 5, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif aux marchés publics, notamment de son article 95, du cahier spécial des charges du marché, notamment des annexes B et C, des principes généraux du droit, dont les principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence, de motivation ainsi que du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de bonne administration et du principe de légitime confiance, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation", la requérante considère que les trois griefs, qu'a retenus la partie adverse pour considérer son offre comme étant irrégulière, sont tous fondés sur une appréciation erronée et sur des motifs qui ne sont pas exacts.

Elle développe ce moyen en trois branches qu'elle expose comme suit:

" [...] Première branche : Annexes B et C du cahier

[...] La motivation de l'acte attaqué

La première irrégularité substantielle soulevée par la partie adverse concernerait une discordance entre l'inventaire (annexe B de l'offre) et la ventilation des redevances (annexe C de l'offre).

La décision précise à cet égard ce qui suit :

«Cofely

La première précision demandée concerne une discordance apparente entre l'inventaire (annexe B de l'offre) et la ventilation des redevances (annexe C de l'offre).

Remarque préalable à l'analyse des annexes B et C :

Les annexes B (Inventaire) et C (Ventilation des redevances) devaient être complétées et jointes à l'offre du soumissionnaire. L'inventaire devait permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer les offres sur base des critères d'attribution relatifs à l'aspect financier. Il était donc demandé aux soumissionnaires d'y compléter les montants totaux des différentes redevances faisant l'objet du marché sur base du descriptif des missions, conformément aux prescriptions du cahier des charges.

Il était également demandé aux soumissionnaires de compléter l'annexe C reprenant le détail des postes relatifs à chacune des redevances afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier la ventilation des coûts relatifs aux différentes missions faisant l'objet des redevances, et de servir de base pour des modifications éventuelles en cours de marché au cas où une mission devait être ajoutée ou retirée en cours d'exécution du marché.

Constat de discordance entre les annexes :

Ces annexes ont toutes deux été complétées et jointes à l'offre de la société Cofely. Cependant, leur analyse a mis en évidence des discordances entre les montants.

En effet, l'addition des montants totaux des redevances conduites, pilotage, entretien et dépannage (postes 1-4 de l'inventaire), donne un montant de 406.009,84 euros TVAC. Or, l'addition de chacun des postes constitutifs de ces redevances, et dont le détail figure à l'annexe C, donne un montant de 469.556,65 euros TVAC, soit un montant nettement supérieur à celui correspondant à l'inventaire.

Il est à noter que l'ensemble des postes repris à l'annexe B est conforme à la description des missions reprises au cahier spécial des charges, et que l'annexe C ne fait que reprendre le détail de ces missions, à l'exception d'un poste que le pouvoir adjudicateur a omis de reprendre à l'annexe C. L'omission de ce poste avait néanmoins été remarquée par la société Cofely qui avait joint à son offre une remarque à ce sujet tout en indiquant le prix de ce poste. Cette omission ne permet donc pas d'expliquer la différence entre les deux annexes, au contraire, elle ne fait que l'accentuer.

Par ailleurs, si cette différence de prix entre les deux annexes a interpellé le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où ces deux annexes sont censées reprendre les mêmes missions, l'une de manière synthétisée et l'autre de manière plus détaillée, leur analyse a également mis en lumière une autre anomalie.

En effet, la ventilation des coûts liés aux différentes redevances, qui apparaît de manière détaillée à l'annexe C, ne correspond pas aux montants globaux de certaines redevances tels que repris à l'annexe B.

Finalement, le 9 mars 2016, la société Cofely a fait parvenir un courrier de manière spontanée, indiquant : «une erreur de frappe se trouve le poste I.1.1.2.6.2 GT de l'annexe C» et demandant «de bien vouloir tenir compte de la correction reprise dans le présent courrier». Cette erreur est toutefois négligeable puisqu'elle concerne un poste dont la société Cofely indique qu'il aurait dû être de 2 euros plus élevé que le montant remis pour ce poste dans l'offre initiale, ce qui n'explique nullement les discordances entre les deux annexes.

Les explications données par la société Cofely sur ces différents points ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de déceler avec certitudes l'intention du soumissionnaire.

D'autant plus que cette discordance apparaît essentielle aux yeux du pouvoir adjudicateur étant donné que la ventilation telle que reprise à l'annexe B sert de base à l'appréciation du critère prix spécifié dans les critères d'attribution. La discordance entre la ventilation des postes entre les deux annexes affecte la comparaison effective des offres. En ventilant les postes de manière différente, le soumissionnaire a pu spéculer sur le résultat du critère d'attribution prix.

Dès lors que cette discordance est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière ».

[...] Comme le précise la partie adverse dans l'acte attaqué, les annexes ont toutes deux été complétées et jointes à l'offre de la société Cofely.

Deux prétendues anomalies sont toutefois soulevées par le pouvoir adjudicateur :

- L'addition des montants totaux des redevances conduites, pilotage, entretien et dépannage (postes 1 - 4 de l'inventaire), donne un montant différent de l'addition de chacun des postes constitutifs de ces redevances ;
- La ventilation des coûts liés aux différentes redevances (annexe C) ne correspond pas aux montants globaux de certaines redevances (repris à l'annexe B).

-

Ces deux anomalies sont liées. En effet, l'addition des montants globaux des redevances (repris à l'annexe B) ne correspond pas à l'addition de chacun des postes constitutifs de ces redevances.

[...] Erreur manifeste d'appréciation

[...] Le cahier spécial des charges crée la discordance entre l'annexe B et l'annexe C

Concernant les irrégularités, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est rédigé comme suit :

« Art. 95. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

(...).

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.
En cas d'irrégularité non substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière ».

Toute irrégularité n'entraîne pas automatiquement l'écartement de l'offre. Celle-ci doit porter sur une disposition essentielle du marché.

[...] En l'espèce, relevons d'emblée que la discordance entre l'annexe B et l'annexe C n'est pas une irrégularité parce qu'elle est prévue par le cahier spécial des charges. La partie requérante n'a fait que respecter les documents du marché.

[...] En effet, l'annexe B reprend l'inventaire récapitulatif de 7 redevances :

1. Redevance annuelle conduite
2. Redevance annuelle pilotage
3. Redevance annuelle entretien
4. Redevance annuelle dépannage
5. Redevance annuelle nettoyage
6. Redevance annuelle Garantie totale
7. Redevance annuelle pour la veille juridique et réglementaire

L'annexe C reprend la ventilation des redevances par poste du cahier spécial des charges. L'annexe C est divisée en 4 colonnes :

↴Catégorie d'installations ↴ (numérotation extraite du cahier des charges)	Redevance annuelle Conduite + Pilotage + Entretien + Dépannage	Redevance annuelle Nettoyage	Redevance annuelle Garantie totale
--	--	------------------------------------	--

La deuxième colonne reprend donc les redevances annuelles 1 à 4 (conduite, pilotage, entretien, dépannage). La troisième colonne reprend la redevance annuelle 5 (Nettoyage). La quatrième colonne reprend la redevance annuelle 6 (Garantie totale).

Il convient d'emblée de remarquer que la 7^{ème} redevance annuelle pour la veille juridique et réglementaire n'est pas reprise dans l'annexe C.

L'annexe B ne correspond donc pas à l'annexe C.

[...] Dans son courrier de notification du 7 juillet 2016, le pouvoir adjudicateur indique ce qui suit :

«Il était également demandé aux soumissionnaires de compléter l'annexe C reprenant le détail des postes relatifs à chacune des redevances afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier la ventilation des coûts relatifs aux différentes

missions faisant l'objet des redevances, et de servir de base pour des modifications éventuelles en cours de marché au cas où une mission devait être ajoutée ou retirée en cours d'exécution du marché».

La requérante a donc ventilé le montant de la redevance annuelle pour la veille juridique et réglementaire dans l'ensemble des postes repris à l'annexe C afin de permettre au pouvoir adjudicateur de connaître le coût des différentes missions.

[...] En cas de modifications éventuelles en cours de marché si une mission devait être ajoutée ou retirée, certaines tâches de certains postes seront indissociables (par exemple nettoyage et maintenance pour certains équipements).

[...] Le poste 5 « Redevance annuelle nettoyage » de l'annexe B est décrit à la page 48 du cahier spécial des charges de la manière suivante :

« III.2.6. Nettoyage

L'adjudicataire est en charge 24H/24, 365 jours par an du nettoyage des techniques faisant partie du présent marché et listées au chapitre VI et plus particulièrement des locaux et éléments terminaux listés ci-après (...).

- L'adjudicataire réalise le nettoyage, l'entretien et la peinture des locaux techniques et des installations que ceux-ci contiennent.

- L'adjudicataire réalise annuellement le nettoyage des trémies techniques partout sur le site du CHU ND des Bruyères : (...).

- L'adjudicataire réalise le nettoyage de tous les luminaires intérieurs et extérieurs du site du CHU ND des Bruyères dès que l'encrassement est perceptible et en tous cas au moins une fois par an : (...).

- L'adjudicataire procède, trimestriellement pour les installations critiques et annuellement pour les autres installations, au nettoyage des éléments terminaux de ventilation (bouches d'extraction, filtres des ventilo-convecteurs, aérothermes split units ou rideaux...). Si l'expérience le demande, ce nettoyage devient plus fréquent (...).

- L'adjudicataire réalise semestriellement le contrôle et le nettoyage des avaloirs et crépines en toitures : (...)

- L'adjudicataire réalise annuellement le curage des chambres de visite et avaloirs du réseau d'égouttage des eaux de pluies et usées situés en sous-sol ou vide-ventilés des différents bâtiments. Une liste détaillée (mais non exhaustive) et l'implantation de celles-ci sont reprises dans le répertoire " Annexes au CC\IV.3 Les installations sanitaires\IV.3.5. Eaux usées et pluviales\Avaloirs" sur clé USB dans le fichier " avaloirs.xls") (...).

- L'adjudicataire réalise annuellement la collecte des graisses contenues dans le dégraisseur du circuit d'égouttage ainsi que leur évacuation. Si l'expérience le demande, cette intervention devient plus fréquente. (...)

- L'adjudicataire réalise annuellement le contrôle et le curage des avaloirs et chambres de visite des abords (voiries et CV). Les fossés drainant relèvent de l'entretien par les équipes du Service des Abords du CHU de Liège. (...)

- L'adjudicataire réalise annuellement le démontage et le nettoyage complet des unités de production d'eau chaude sanitaire. Dans le cadre spécifique de la lutte contre la légionelle, une coordination sera établie lors de ce nettoyage afin qu'une visite des représentants du service d'Hygiène Hospitalière puisse être réalisée durant ces opérations de nettoyage.

- La redevance contractuelle annuelle «nettoyage» comprend la main-d'œuvre et les autres moyens nécessaires à l'exécution de ce qui précède [...] ».

Par conséquent, le cahier spécial des charges prévoit que le poste 5 «Redevance annuelle nettoyage » de l'annexe B comprend la main-d'œuvre et les autres moyens nécessaires à l'exécution de ce qui précède.

[...] Remarquons par ailleurs que pour 43 postes sur les 57 repris à l'annexe C, il est indiqué, en dessous de la colonne «Redevance annuelle nettoyage», «incluse à la redevance annuelle entretien».

Certains prix de la redevance annuelle nettoyage qui figure à l'annexe B doivent donc être inclus dans la colonne « Conduite + Pilotage + Entretien + dépannage » de l'annexe C (éclairage, nettoyage des avaloirs et crépine en toiture, curage des chambres de visite et avaloirs du réseau d'égouttage des eaux de pluie et usées situés en sous-sol ou vide ventilés des différents bâtiments, la collecte des graisses contenues dans le dégraisseur, démontage et nettoyage complet des unités de production d'eau chaude sanitaire, etc.).

Par conséquent, pour certains postes, le prix du nettoyage est inclus dans la « redevance annuelle conduite, pilotage, entretien et dépannage » dans l'annexe C, alors que le prix du nettoyage de l'ensemble des postes est inscrit dans le poste 5 «redevance nettoyage» dans l'annexe B.

Annexe B	Annexe C
1. Redevance annuelle conduite	Redevance annuelle Conduite
2. Redevance annuelle pilotage	+
3. Redevance annuelle entretien	Pilotage +
4. Redevance annuelle dépannage	Entretien +
5. Redevance annuelle nettoyage	Dépannage
6. Redevance annuelle Garantie totale	<ul style="list-style-type: none"> • Soit Redevance annuelle Nettoyage • Soit « incluse à la redevance annuelle entretien »
7. Redevance annuelle pour la veille juridique et réglementaire	Redevance annuelle Garantie totale
	/

[...] A titre d'exemple, dans son offre, la requérante a donc :

- inclus le prix du nettoyage des luminaires mais aussi le prix de la main-d'œuvre des luminaires dans le poste 5 «Redevance annuelle nettoyage» de l'annexe B comme cela est requis dans le cahier spécial des charges [page 48] ; alors qu'elle a inclus le prix du nettoyage de l'éclairage à la « redevance annuelle entretien » dans l'annexe C, comme exigé par le cahier spécial des charges (cf. [...]) [annexe C, p. 114, point I.1.1.2.5. Eclairage] ;
- inclus le prix du démontage et le nettoyage complet des unités de production d'eau chaude sanitaire mais aussi le prix de la main-d'œuvre dans le poste 5 «Redevance annuelle nettoyage» de l'annexe B comme cela est requis dans le cahier spécial des charges [page 51] ; alors qu'elle a inclus le prix du nettoyage des chaudières à la «redevance annuelle entretien» dans l'annexe C, comme exigé par le cahier spécial des charges [...] [annexe C, p. 114, point I.1.2.1. Chauffage – Chaudières] ;
- inclus le prix du curage des chambres de visite et avaloirs du réseau d'égouttage des eaux de pluies et usées situés en sous-sol ou vide-ventilés des différents bâtiments et le nettoyage des avaloirs et crépines en toitures dans le poste 5 « Redevance annuelle nettoyage » de l'annexe B comme cela est requis dans le cahier spécial des charges [page 49] ; alors qu'elle a inclus le prix du nettoyage du réseau de décharges internes aux bâtiments (y compris eaux pluviales) à la « redevance annuelle entretien » dans l'annexe C, comme exigé par le cahier spécial des charges [...] [annexe C, p. 116, point I.1.3.5. Eaux usées et pluviales – Réseau de décharges internes aux bâtiments (y compris eaux pluviales)] ;

La somme des éléments repris dans la colonne «nettoyage» de l'annexe C n'est donc pas la même que le montant du poste 5 «Redevance annuelle nettoyage» de l'annexe B, et il ne pourrait l'être.

Il est donc logique que l'annexe C ne corresponde pas à l'annexe B.

[...] Le cahier spécial des charges établissait donc lui-même une discordance entre l'annexe B et l'annexe C.

[...] Par ailleurs, il convient de constater que le montant total de l'annexe B correspond au montant total de l'annexe C :

- Annexe B

1. Redevance annuelle conduite : 49.361,32 euros HTVA
2. Redevance annuelle pilotage : 37.014,01 euros HTVA
3. Redevance annuelle entretien : 150.570 euros HTVA
4. Redevance annuelle dépannage : 98.600 euros HTVA(TOTAL Redevance annuelle Conduite + Pilotage + Entretien + Dépannage : 335.545,33 euros HTVA)
5. Redevance annuelle nettoyage : 131.121,64 euros HTVA
6. Redevance annuelle Garantie totale : 119.829,91 euros HTVA
7. Redevance annuelle pour la veille juridique et réglementaire : 12.654 euros HTVA

TOTAL : 599.150,88 euros HTVA.

-Annexe C

Redevance annuelle Conduite + Pilotage + Entretien + Dépannage : 388.063,35 euros HTVA

Redevance annuelle Nettoyage : 91.256,33 euros HTVA

Redevance annuelle Garantie totale : 119.829,89 euros HTVA

TOTAL : 599.149,57 euros HTVA.

La différence marginale de 1,31 euros entre les deux montants s'explique par les arrondis.

Par conséquent, le montant global de l'offre de la requérante n'est pas différent et permet au pouvoir adjudicateur de connaître avec certitude les intentions de la requérante, ainsi que ses prix.

[...] En conclusion, la partie adverse était parfaitement en mesure d'apprécier les prix et les intentions de la requérante sur la base de son offre. Les différences entre l'annexe B et l'annexe C sont induites par le cahier spécial des charges lui-même.

En d'autres termes, si les montants totaux des redevances de l'annexe B sont différents de l'addition de chacun des postes constitutifs de ces redevances inscrites à l'annexe C, cette discordance n'est toutefois pas une irrégularité et encore moins une irrégularité substantielle puisqu'elle est prévue par le cahier spécial des charges. La requérante n'a fait que respecter les exigences que la partie adverse a elle-même édictées dans les documents du marché.

L'offre de la requérante n'est par conséquent pas matériellement irrégulière. L'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 a été méconnu.

Il résulte de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur a donc commis une erreur manifeste d'appréciation.

En écartant l'offre de la requérante pour ce motif, le pouvoir adjudicateur a violé les dispositions et principes visés au moyen.

[...] L'irrégularité ne revêt pas un caractère substantiel

[...] Si, par impossible, votre Conseil considère que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité, force est toutefois de constater que celle-ci ne revêt pas un caractère substantiel.

L'article 95 précité prévoit que l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle notamment lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions des documents du marché concernant notamment les prix dans la mesure où ces dispositions sont essentielles.

Le pouvoir adjudicateur devra établir, avant d'écarter une offre pour nullité absolue, qu'elle déroge à des exigences essentielles du marché ; en d'autres termes, il faudra qu'il s'agisse d'une irrégularité matérielle substantielle [B. LOMBAERT (sous la dir. de), *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques*. Commentaire article par article de l'arrêté royal Passation du 15 juillet 2011, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 494]. Ainsi, « toute dérogation aux prix, délais et spécifications techniques qui n'est pas considérée comme une dérogation essentielle, n'est pas constitutive d'une irrégularité substantielle » [Rapport au Roi, *M.B.*, 9 août 2011, 1^{er} éd., p.44.908].

[...] En principe, une offre doit donc être déclarée irrégulière, si des dérogations ou réserves par rapport aux conditions émises par les documents du marché sont constatées, et qui ont une incidence sur l'exécution du marché, sur les obligations

du soumissionnaire ou sur l'égalité de traitement et la comparabilité des offres [C.E., n° 221.135 du 23 octobre 2012 ; C.E., n° 157.418 du 6 avril 2006 ; C.E., n° 139.885 du 27 janvier 2005].

[...] En l'espèce, la prétendue irrégularité soulevée par le pouvoir adjudicateur n'est pas exacte ni substantielle.

[...] Il y a lieu de soulever que le cahier spécial des charges ne prévoit pas que les montants inscrits à l'annexe B doivent correspondre aux montants inscrits à l'annexe C, comme démontré ci-devant. Les documents du marché sont muets sur ce point. La circonstance que les documents du marchés ne prescrivent pas cette exigence à peine de nullité peut être un indice que cette exigence n'est pas substantielle [C.E., n° 220.431 et 220.432 du 10 août 2012 ; C.E., n° 154.549 du 6 février 2006 ; C.E., n° 139.471 du 18 janvier 2005 ; C.E., n° 111.141 du 8 octobre 2002].

En tout état de cause, cette exigence ne pourrait pas être reconnue comme une irrégularité substantielle par la partie adverse parce que le cahier spécial des charges crée lui-même la discordance entre l'annexe B et l'annexe C.

[...] Concernant cette prétendue irrégularité, la motivation de l'acte attaqué prétend que « la discordance entre la ventilation des postes entre les deux annexes affecte la comparaison effective des offres » et que « cette discordance est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci ». Cette affirmation n'est pas exacte.

[...] L'annexe B sert de base à l'appréciation du critère prix. Le cahier spécial des charges [page 19] stipule ce qui suit :

« I.10.1 Aspect financier de l'offre : 220 points répartis comme suit :
I.10.1.1 Prix annuel T.V.A. incluse 110 points

Prix annuel T.V.A. incluse mentionné à l'inventaire récapitulatif de l'Annexe B poste 1 à 7
(...)».

L'annexe C, elle, permet au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix offerts [page 12] :

« I.4.1 Vérification des prix

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de réclamer au soumissionnaire toute indication destinée à vérifier les prix offerts. Le soumissionnaire remplira donc expressément l'annexe C».

En effet, seule l'annexe B sert de base à l'appréciation du critère prix et non l'annexe C. Une discordance entre les deux annexes ne serait par conséquent pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires ni à affecter la comparaison des offres et encore moins à modifier le classement de celles-ci.

La motivation de l'acte attaqué manque en fait et en droit. La partie adverse n'a pas respecté son obligation de motivation formelle des actes administratifs ni l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

[...] En tout état de cause, défaut de motivation formelle

[...] Les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sont applicables aux décisions adoptées en matière de marchés publics (Dans un arrêt du 3 juillet 2013, votre Conseil a ainsi jugé que : «Il n'apparaît pas que les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 [désormais articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services] imposeraient des obligations plus contraignantes que celles prescrites par la loi du 29 juillet 1991. Ainsi, les articles précités ne prévoient pas l'obligation de motiver adéquatement l'acte administratif qui est énoncée par l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991. L'application de la loi du 29 juillet 1991 ne paraît donc pas exclue en vertu de son article 6»; V. également G. LAENEN et J. DEBIÈVRE, «Hoofdstuk IX. De beslissing tot gunning en totstandkoming van de overheidsopdracht» in *De Gunning van overheidsopdrachten*, Die keure, 2009, pp. 926 et s.), outre les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics.

[...] Il est constamment admis que la motivation formelle d'un acte administratif «consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait qui ont déterminé son adoption» [Voy. not. C.E., n° 229.012 du 4 novembre 2011].

Il est également admis que la motivation formelle d'un acte administratif doit être «claire, complète, précise, pertinente et adéquate afin de permettre aux intéressés de comprendre les raisons fondant la décision et de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce» [Voy. not. C.E., n° 229.410 du 2 décembre 2014].

[...] En l'espèce, la motivation de l'acte attaqué selon laquelle «l'addition des montants totaux des redevances conduites, pilotage, entretien et dépannage (postes 1-4 de l'inventaire), donne un montant de 406.009,84 euros TVAC. Or, l'addition de chacun des postes constitutifs de ces redevances, et dont le détail figure à l'annexe C, donne un montant de 469.556,65 euros TVAC, soit un montant nettement supérieur à celui correspondant à l'inventaire» n'est ni pertinente ni adéquate.

Comme démontré ci-devant, les motifs contenus dans l'acte attaqué ne sont pas exacts de sorte que le pouvoir adjudicateur a violé son obligation de motivation formelle.

[...] Par ailleurs, la requérante n'a pas accès à l'offre de l'attributaire pressenti. La requérante sollicite par conséquent de Votre Conseil d'être particulièrement attentif au sort réservé à l'offre de l'attributaire sur cette question. Il convient de vérifier que l'acte attaqué respecte le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires et qu'il n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation.

[...] Le deuxième moyen, en sa première branche, est sérieux.

Deuxième branche : Redevance garantie totale

[...] Concernant la deuxième irrégularité soulevée, l'acte attaqué précise ce qui suit :

« Conformément au § III.2.7 du cahier spécial des charges "le montant de la redevance garantie totale doit être au minimum de 25 % du montant de l'offre à l'exclusion des prestations en régie et de la GT ".

Le montant de la redevance garantie totale indiqué par Cofely dans son offre (cf. Annexe B) s'élève à 119.829,91 euros HTVA.

En additionnant le montant des postes de l'inventaire de l'offre de Cofely à l'exclusion des postes relatifs aux prestations en régie et à la garantie totale, on obtient 479.320,97 euros HTVA.

Le pourcentage de la garantie totale par rapport au montant de l'offre, calculé conformément aux indications du cahier spécial des charges atteint donc 24,99993 % (en arrondissant à 10^{-5} après la virgule), soit un montant inférieur au minimum 25 % requis.

Le pouvoir adjudicateur a invité la société Cofely à préciser la teneur de son offre afin de vérifier qu'il ne s'agissait pas d'une erreur d'interprétation du pouvoir adjudicateur. Dans un premier temps, la société Cofely a alors répondu "une erreur de frappe s'est glissée dans le poste I.1.1.2.6.GT de l'annexe C. Le montant est de 4.166,6 et non pas de 4.169,60 euros comme indiqué".

Selon cette explication, le prix relatif à la redevance garantie totale de l'offre de Cofely aurait dû être de 119.826,91 euros HTVA et le montant d'offre, à l'exclusion des prestations en régie et de la garantie totale de 479.317,97 euros HTVA. Ce qui aurait donné un pourcentage de garantie totale par rapport au total de l'offre de 24,99946 % (en arrondissant à 10^{-5} après la virgule), soit un montant encore plus éloigné du minimum de 25% requis.

Dans un second temps, dans son courrier spontané du 9 mars, dont il a déjà été fait référence dans le point précédent, la société Cofely indique qu'"il n'y a pas d'erreur de frappe dans le poste I.1.1.2.6.2.GT de l'annexe C. L'erreur se trouve dans le poste I.1.1.2.6.2. « redevance, conduite, pilotage, dépannage ». Le montant correct est de 24.415,60 euros et non 24.417,60 euros. Le prix de la redevance annuelle d'entretien est donc de 150.568,00 euros HTVA".

Il ne ressort pas des éléments invoqués par la société Cofely qu'il existe effectivement une erreur purement matérielle qui permette au pouvoir adjudicateur d'en prendre en compte et de rectifier l'offre.

Les erreurs successives relevées par la société Cofely ne permettent pas au pouvoir adjudicateur d'identifier avec certitude l'intention réelle du soumissionnaire ni le caractère purement matériel des erreurs invoquées.

Au regard de ces éléments, il est considéré par le pouvoir adjudicateur que l'offre de la société Cofely est entachée d'une irrégularité substantielle ».

[...] Le cahier spécial des charges indique que :

«Le montant de la redevance garantie totale doit être au minimum de 25% du montant de l'offre à l'exclusion des prestations en régie et de la GT "[page 51].

[...] Dans l'acte attaqué, le pouvoir adjudicateur précise qu'il ne prend pas en compte les erreurs purement matérielles relevées par la requérante dans ses courriers du 16 février 2016 et 9 mars 2016.

Les montants initiaux fournis par la requérante son offre ont donc été pris en compte.

Le pouvoir adjudicateur souligne dans l'acte attaqué que «le pourcentage de la garantie totale par rapport au montant de l'offre, calculé conformément aux indications du cahier spécial des charges atteint donc 24,99993 % (en arrondissant à 10^{-5} après la virgule), soit un montant inférieur au minimum 25% requis».

Le pouvoir adjudicateur estime que pour cette raison l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle.

[...] D'abord, il est pour le moins surprenant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas arrondi le montant, comme [il] l'a fait pour le calcul de chaque critère d'attribution.

En effet, pour les critères d'attribution, le cahier spécial des charges précise :

« Le résultat final sera arrondi à l'unité (inférieure si $< 0,5$ ou supérieure si $\geq 0,5$) » [pages 19, 20, 21 24].

[...] En l'espèce, le pouvoir adjudicateur était tenu d'arrondir le montant, comme il l'a fait pour tous les autres montants de l'offre de Cofely. Il est manifeste qu'un pourcentage de 24,99993 % doit être arrondi à 25 %. En ne procédant pas à cet arrondi évident, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et a recouru à un formalisme excessif dans l'appréciation de ce pourcentage.

[...] En outre, quand bien même il s'agirait d'une irrégularité, *quod non*, celle-ci ne pourrait être considérée comme substantielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

L'offre est affectée d'une irrégularité substantielle notamment lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions des documents du marché concernant notamment les prix dans la mesure où ces dispositions sont essentielles. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce.

[...] En effet, pour obtenir au minimum 25 % du montant de l'offre à l'exclusion des prestations en régie et de la garantie totale, soit 25 % de 479.320,97 euros (sommes des redevances 1 à 5 et 7), le montant de la redevance garantie totale aurait dû être de 119.830,24 euros HTVA et non de 119.829,91 euros HTVA comme indiqué par la partie requérante dans son offre, soit une différence de seulement 33 cents !

Ou encore, pour que le montant de redevance garantie totale indiquée dans l'offre de la partie requérante atteigne au minimum 25 % du montant de l'offre à l'exclusion des prestations en régie et de la garantie totale, le montant total de l'offre de la partie requérante aurait dû être de 479.319,64 euros HTVA et non 479.320,97 euros HTVA soit une différence 1,33 euros HTVA.

Cette différence de 1,33 euros HTVA est insignifiante au regard du montant du marché de 599.150,88 euros HTVA par an.

[...] Soulignons encore que la formule de révision de la redevance de la garantie totale est différente des révisions des autres redevances [cahier spécial des charges, page 12]. Par conséquent, le montant de la redevance de la garantie totale va évoluer et ne correspondra plus à 25% du montant de l'offre à l'exclusion des prestations en régie et de la garantie totale.

[...] Une offre est déclarée irrégulière, si des dérogations ou réserves par rapport aux conditions émises par les documents du marché sont constatées, et qui ont une incidence sur l'exécution du marché, sur les obligations du soumissionnaire ou sur l'égalité de traitement et la comparabilité des offres [C.E., n° 221.135 du 23 octobre 2012 ; C.E., n°157.418 du 6 avril 2006 ; C.E., n°139.885 du 27 janvier 2005].

[...] Le cahier spécial des charges ne prévoit pas que l'exigence de minimum 25 % est une condition essentielle du marché.

Comme démontré ci-avant, la dérogation de l'offre de la requérante – si par impossible votre Conseil considère qu'il y a une dérogation en proposant un pourcentage de 24,99993 % – par rapport aux conditions émises par les documents du marché est tellement insignifiante qu'elle ne peut raisonnablement avoir une incidence sur l'exécution du marché, sur les obligations du soumissionnaire ou sur l'égalité de traitement et la comparabilité des offres.

Le pouvoir adjudicateur a par conséquent commis, par une rigueur excessive, une erreur manifeste d'appréciation.

[...] Il ressort de ce qui précède qu'en considérant que l'offre de la requérante devait être écartée au motif que le montant de la redevance de la garantie totale n'atteint pas au minimum de 25% du montant de l'offre, mais atteint 24,99993 %, le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions et principes visés au présent moyen.

[...] Le deuxième moyen, en sa deuxième branche, est sérieux.

Troisième branche : Délai d'intervention en dehors des heures de travail

[...] Rappel du grief

[...] La troisième irrégularité soulevée par la partie adverse concerne le sous-critère d'attribution du critère d'attribution n° 2 « Moyens mis en œuvre pour exécuter la mission : 125 points » relatif au délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail.

Le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

«I.10.2.7 Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail 10 points.

Le soumissionnaire mentionne dans son offre le délai d'intervention maximum qu'il s'engage à tenir. Ce délai débute au moment du premier contact téléphonique avec le représentant du CHU de Liège et prend fin à l'arrivée sur site du technicien prenant en charge le dépannage ou la réparation. Il indique la méthode mise en œuvre pour y arriver» [page 23].

[...] Concernant ce sous-critère d'attribution, l'offre de la requérante précise ce qui suit:

«I.10.2.7 Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail

COFELY Services s'engage sur un délai d'intervention de maximum 9 minutes.

Le Chef de Secteur habite à Saive, le Chef d'Équipe à Liège et les techniciens à Fléron et Romsée. Nous privilégions toujours dans la mesure du possible l'affectation du personnel habitant le plus proche du site.

4 techniciens sont à moins de 5 minutes en voiture du site. Nous avons chronométré sur appel de nuit, ils ont répondu dans un laps de temps de 9 minutes. Nous avons, depuis plus de 15 ans, réagi à plus de 2.000 interventions en dehors des heures de manière satisfaisante.

Notre personnel est disponible et soucieux de rendre service, de trouver des solutions et n'hésite pas à aider même si cela sort du cadre de notre contrat.

* Ci-joint, vous trouverez un plan de localisation de ces personnes par rapport à votre site (1 page)» [Offre de la partie requérante, p. 117].

[...] Par courriel du 10 février 2016, le pouvoir adjudicateur a notamment posé à la requérante la question suivante :

«Article I.10.2.7 Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail

Dans votre offre, il est fait mention d'un délai de 9 minutes. Comment pouvez-vous expliquer ce délai de 9 minutes ?».

[...] Par courrier du 16 février 2016, la requérante a répondu à cette question de la manière suivante :

«Article I.10.2.7 – Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail

Notre explication se trouve à la page 117 de notre offre ainsi que le plan descriptif à la page suivante. Notre technicien peut démarrer dans les 2 minutes de l'appel d'intervention. Nous avons des techniciens habitants proches du site, dans un rayon inférieur de 5 km. En dehors des heures, le trafic est moindre et cela nous permet d'être là rapidement. Pendant les heures ouvrables, nous sommes présents sur site.

Soyez rassurés : en cas de problème "urgent" et chaque fois que cela sera nécessaire (coupure de courant en salle d'opération, rupture d'une canalisation...), nous serons présents dans le délai avancé».

[...] Dans sa décision du 29 juin 2016, le pouvoir adjudicateur a estimé ce qui :

«Dans son offre, la société Cofely s'engage "sur un délai d'intervention de maximum 9 minutes". Ce délai est apparu excessivement court, voire intenable aux yeux du pouvoir adjudicateur qui a invité la société Cofely à expliquer ce délai.

En réponse, la société Cofely a indiqué "...Notre technicien peut démarrer dans les 2 minutes de l'appel d'intervention. Nous avons des techniciens habitants proches du site, dans un rayon inférieur à 5 km. En dehors des heures, le trafic est moindre et cela permet d'être là rapidement. Pendant les heures ouvrables, nous sommes présents sur site...".

Les arguments avancés par le soumissionnaire ne sont pas de nature à convaincre le pouvoir adjudicateur sur le caractère réaliste du délai annoncé.

Ce délai nous semble irréaliste à tenir dans tous les cas. Par ailleurs, ce délai étant un critère d'attribution, en tenir compte aurait comme conséquence de valoriser au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution.

Dès lors que le caractère réaliste des engagements pris par ce délai d'exécution est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière ».

[...] Erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur

[...] L'affirmation selon laquelle l'intervention se déroule en neuf minutes maximum est exacte et s'étaye comme suit.

Comme annoncé dans son offre, le chef de secteur de la requérante, Monsieur Didier Belot, habite à 7 minutes de la clinique (Voie Des Sauvages Mêlées à 4671C Saive).

En date du 30 juin à 8h07, soit en pleine heure de pointe, la requérante a encore vérifié la durée de ce trajet. Des photos du GPS ont été prises au départ du domicile de Monsieur Didier Belot (8h07) et à l'arrivée sur le site (8h15) [pièce 5]. Le temps de parcours est donc de 8 minutes en pleine heure de pointe.

Plusieurs cadres et techniciens de la requérante habitent en outre dans un rayon de 5 km de la clinique :

- Rue Vinâve à 4030A Grivegnée : 4 minutes;
- Rue des Coquelicots à 4020 Liège : 6 minutes;

- Rue Arnold Boulanger à 4610 Beyne-Heusay : 4 minutes;
- Clos des Neiges à 4624 Romsée : 6 minutes : photos du GPS au départ du domicile du technicien (13h35) et à l'arrivée sur le site (13h41) [pièce 6];
- Rue Edouard Sarlet à 4051 Vaux-sous-Chèvremont : 4 minutes;
- Rue Au Gros Thier à 4051 Vaux-sous-Chèvremont : 6 minutes;
- Rue du Puits Saint Charles à 4620 Fléron : 5 minutes;
- Rue de l'Enclos à 4610A Bellaire : 6 minutes;
- Rue Promise à 4610A Bellaire : 6 minutes;
- Rue Colonel Piron 23 à 4624 Romsée : 7 minutes;
- Rue Jean Lejeune à 4020 Liège;
- Rue Jules Rasquinet à 4610 Beyne-Heusay;
- Rue Paul Joseph Delcloche à 4020 Liège;
- Rue Vieux Thier à 4610 Beyne-Heusay;
- Rue De La Vaulx à 4620 Fléron;
- Rue Du Couvent à 4020 Liège;
- Fonds de Forêt à 4623A Magnée.

[...] Dans le cadre de ce marché, les installations de Cofely sont équipées d'une multitude d'alarmes en cas de dysfonctionnement. Ces alarmes préviennent la partie requérante du problème en temps réel. De ce fait, ses techniciens sont le plus souvent prévenus avant que les utilisateurs ne soient eux-mêmes au courant du problème et ne les appellent.

Pendant les heures de travail, les techniciens sont sur place, généralement de 7h30 à 18h30. Le sous-critère d'attribution est relatif au délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail, soit en dehors des heures de pointe.

Ce délai débute au moment du premier contact téléphonique avec le représentant du CHU de Liège et prend fin à l'arrivée sur site du technicien prenant en charge le dépannage ou la réparation.

[...] Enfin – pour contredire le jugement de valeur fait par l'hôpital, la requérante a fait appel à un huissier pour constater la durée de déplacement de certains de ses techniciens.

La mission de l'huissier consistait à chronométrer le temps de parcours nécessaire entre le domicile de trois techniciens de Cofely et le site des Bruyères sis à rue de Gaillarmont, n° 600 à 4032 Chênée.

Par procès-verbal du 15 juillet 2016 [pièce 4], l'huissier constate ce qui suit :

«Notre premier point de départ est rue Vinâve, 127 à 4030 Grivegnée.
Nous démarrons à 16h41.
Le temps de trajet est de 4 minutes et 34 secondes.

Notre deuxième point de départ est rue des coquelicots, 74 à Robermont.
Nous démarrons à 17h02.
Le temps de trajet est de 6 minutes et 18 secondes.

Notre troisième point de départ est rue Arnold Boulanger, 49 à Beyne Heusay.
Nous démarrons à 17h14.
Le temps de trajet est de 3 minutes et 52 secondes.

J'ai constaté, lors des différents trajets que les limitations de vitesses ont été parfaitement respectées ».

[...] Par conséquent, le délai d'intervention annoncé dans l'offre comptant au maximum neuf minutes est réaliste. La partie adverse a donc commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le délai de neuf minutes n'était pas réaliste.

[...] Défaut de motivation formelle

[...] Jugement de valeur non étayé

[...] A titre complémentaire, on observera encore ce qui suit.

[...] L'affirmation du pouvoir adjudicateur selon laquelle le délai avancé par Cofely serait irréaliste est un jugement de valeur, non étayé par des faits.

Au niveau formel, rien n'est indiqué à propos du caractère irréaliste du délai, de sorte que l'affirmation du pouvoir adjudicateur n'est pas formellement étayée au vu des dispositions visées au moyen.

Un tel jugement de valeur, sans la moindre justification concrète, ne satisfait pas à l'obligation de motivation formelle incombant à la partie adverse [C.E., n° 226.922 du 27 mars 2014].

Dès lors qu'à défaut de satisfaire à l'obligation de motivation qui lui incombe, la partie adverse n'a pas permis à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles elle a été évincée, l'illégalité ainsi dénoncée lui cause grief, de sorte qu'elle a intérêt au moyen.

Cet élément suffit à constater le caractère irrégulier de l'appréciation faite par l'hôpital.

[...] La décision du pouvoir adjudicateur – qui se contente en outre d'un jugement de valeur non étayé – est donc irrégulière. Elle viole les dispositions et principes visés au moyen.

[...] Revirement d'appréciation non motivé

[...] L'attention de votre Conseil est attirée sur le fait que la position de la partie adverse concernant le caractère irréaliste du délai d'intervention est pour le moins surprenante, dans la mesure où il y a moins d'un an, ce délai était considéré, dans les mêmes conditions, comme étant tout à fait réaliste.

En effet, dans le cadre du marché ayant le même objet que le présent marché lancé par la partie adverse le 24 octobre 2014, la requérante avait également remis offre et indiqué le délai d'intervention de maximum neuf minutes.

Ce marché a fait l'objet d'un recours introduit par la société anonyme T.D.G.I et la société de droit portugais T.D.G.I. TECNILOGIA DE IMOVEIS. La décision d'attribution d'attribuer le marché à Cofely a finalement été retirée par le CHU de Liège.

Il ressort clairement du rapport d'attribution du 25 mars 2015 relative à la précédente procédure que la partie adverse avait accepté ce délai sans même interroger la requérante. Cette dernière avait d'ailleurs obtenu le maximum de point pour ce sous-critère [pièce 7, pages 17 sur 24]:

« I.10.2.6 Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail.....10 points

Sous-Critère 1.10.2.6		
Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail	TDGI	Cofely

	180	9
Points/10	0	10

La formule (10 x TO moins-disant/TO analysée) est appliquée pour le calcul de la cotation de ce point ».

[...] Pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, tout acte administratif doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. L'article 3, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1991 exige que cette motivation soit adéquate.

[...] Selon la jurisprudence bien établie de Votre Conseil [C.E., n° 235.098 du 15 juin 2016 ; C.E., n° 233.357 du 23 décembre 2015 ; C.E., n° 226.922 du 27 mars 2014 ; C.E., n° 167.381 du 1^{er} février 2007], pour être adéquate, la motivation en la forme d'un acte administratif doit permettre de comprendre pourquoi, le cas échéant, l'autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, opère un revirement d'attitude. Un tel revirement d'attitude doit, en effet, faire l'objet d'une motivation renforcée, surtout, lorsque les décisions contradictoires se succèdent dans un délai rapproché :

«L'indication des raisons pour lesquelles l'autorité, qui a toujours le droit de changer d'avis, se départit d'une précédente appréciation, s'impose tout particulièrement lorsque les attitudes apparemment contradictoires que la même autorité adopte, pour une affaire déterminée, se succèdent dans un délai rapproché, dans un même contexte et que les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué de manière significative ni ne font apparaître un élément nouveau levant la contradiction »[C.E., n° 235.098 du 15 juin 2016 ; C.E., n° 233.357 du 23 décembre 2015].

[...] En l'espèce, la motivation de l'acte attaqué ne permet, en toute hypothèse, pas à la partie requérante de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a opéré un revirement complet d'attitude et estime aujourd'hui que le délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail de neuf minutes avancé par Cofely est irréaliste et ne permettrait pas d'apprécier le sous-critère d'attribution « délai d'intervention », alors qu'un an plus tôt (25 mars 2015), elle avait attribué à Cofely le maximum de points pour ce sous-critère.

Ce revirement d'attitude démontre encore - et pour autant que de besoin - que le délai d'intervention ne pourrait, en tout état de cause, raisonnablement constituer une irrégularité substantielle.

[...] La partie adverse a, ce faisant, également violé le principe de légitime confiance. La requérante n'aurait jamais pu penser que son offre serait déclarée irrégulière sur ce point alors qu'un an auparavant, elle avait obtenu le maximum des points pour ce sous-critère, dans les mêmes conditions.

[...] Eu égard aux considérations qui précèdent, force est de constater que la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen relatives à la motivation de l'acte, à savoir l'article 4, alinéa 1^{er}, 8°, et de l'article 5, alinéa 1^{er}, 8°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle a, par ailleurs, manqué à son devoir de prudence ou de minutie, lesquels constituent des composantes du principe de bonne administration, ainsi que violé le principe de légitime confiance.

[...]La troisième branche du présent moyen doit, par conséquent, être déclarée sérieuse et fondée".

VI. 1. 2. Thèse de la partie adverse

Après avoir mis l'accent sur ce que la requérante n'a intérêt à son moyen que si elle démontre concrètement que chacun des trois griefs d'irrégularité énoncés à l'encontre de son offre manquent en fait et en droit, la partie adverse fait précisément valoir qu'aucune des trois branches du deuxième moyen ne peut être considérée comme sérieuse.

Elle se fonde à cet égard sur les considérations suivantes:

A. Quant à la première branche

" [...] Réfutation de la première branche

Remise des annexes B et C; exigence prévue par le Cahier Spécial des Charges

[...] En page 16, le cahier Spécial des charges énonce que les annexes doivent être, sous peine de nullité et impérativement, remises lors du dépôt des offres:[...].

L'annexe B est intitulée «Inventaire récapitulatif» et l'annexe C est intitulée « ventilation des redevances par poste du cahier des charges».

L'annexe B permet d'obtenir le total de 12 postes, repris au cahier des charges, dont :

- Poste 1 : La conduite (III.2.1.);
- Poste 2 : Le pilotage (III.2.2.);
- Poste 3 : L'entretien (III.2.3.);
- Poste 4 : Le dépannage (III.2.4.);
- Poste 5 : Le nettoyage (III.2.5.);
- Poste 6 : La garantie totale (III.2.6.);
- Poste 7 : La veille juridique et réglementaire (III.2.7.).
- ...

L'annexe C [Notons avec attention que l'annexe C ne prend pas en compte la redevance pour veille juridique et réglementaire, contrairement à l'annexe B] permet d'obtenir la ventilation des postes suivants :

- Conduite + pilotage + entretien + dépannage ;
- Nettoyage ;
- Garantie totale.
-

Ces annexes ont pour objet de permettre une vérification des prix (dont notamment les prix des éventuelles prestations en régie).

[...] En effet, en page du 12, le cahier des charges énonce :

«1.4.1. Vérification des prix

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de réclamer au soumissionnaire toute indication destinée à vérifier les prix offerts. Le soumissionnaire

remplira donc expressément l'annexe C.

Aussi, en page 108, le cahier des charges énonce aussi :

«V. Prestations exécutées en régie.

Ces prestations seront demandées en supplément pour des interventions au CHU N.-D des Bruyères ou sur d'autres sites du CHU de Liège. En cas de nécessité ou d'urgence, le CHU de Liège confiera à l'adjudicataire, des prestations en régie spécifiques.

Le soumissionnaire complètera l'ANNEXE B : INVENTAIRE RECAPITULATIF avec les taux horaires qui seront appliqués pour un ingénieur industriel, un chef d'équipe, un technicien spécialisé, un ouvrier.

Ces travaux pourront être exécutés sur tous les sites du CHU de Liège ».

[...] Du reste, le rapport d'analyse des offres précise en page 9 :

«Remarque préalable à l'analyse des annexes B et C

Les annexes B (inventaire) et C (ventilation des redevances) devaient être complétées et jointes à l'offre du soumissionnaire. L'inventaire devait permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer les offres sur base des critères d'attribution relatifs à l'aspect financier. Il était donc demandé aux soumissionnaires d'y compléter les montants totaux des différentes redevances faisant l'objet du marché sur base du descriptif des missions, conformément aux prescriptions du cahier des charges.

Il était également demandé aux soumissionnaires de compléter l'annexe C reprenant le détail des postes relatifs à chacune des redevances afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier la ventilation des coûts relatifs aux différentes missions faisant l'objet des redevances, et de servir de base pour des modifications éventuelles en cours de marché au cas où une mission devait être ajoutée ou retirée en cours d'exécution du marché.»

[...] Existence incontestée de discordances entre les annexes B et C

[...] La SA COFELY SERVICES ne dément pas que les annexes B et C de son offre présentent des discordances.

A la page 22 de sa requête, la SA COFELY SERVICES reconnaît en effet l'existence de deux anomalies, lesquelles se manifestent de la façon suivante :

- «L'addition des montants totaux des redevances conduites, pilotage, entretien et dépannage (postes 1-4 de l'inventaire), donne un montant différent de l'addition de chacun des postes constitutifs de ces redevances » ;
- «La ventilation des coûts liés aux différentes redevances (annexe C) ne correspond pas aux montants de certaines redevances (repris à l'annexe B)».

[...] Pour s'en assurer, Votre Conseil peut constater à l'analyse des annexes B et C de l'offre de la SA COFELY SERVICES que :

- à l'annexe B, le total des postes 1 à 4 (conduite, pilotage, entretien, dépannage) est de 406.009,84 euros TVAC.

La SA COFELY SERVICES le confirme en indiquant que le total des postes 1 à 4 de l'annexe B est de 335.545,33 euros HTVA, soit 406.009,84 euros TVAC (cfr. page 27 de sa requête);

- à l'annexe C, le total postes - composant les postes 1 à 4 (conduite, pilotage, entretien, dépannage) - est de 469.556,65 euros TVAC.

La SA COFELY le confirme en indiquant que le total de l'annexe C est de 388.063,35 euros HTVA, soit 469.556,65 euros TVAC (cfr. page 27 de sa requête);

- la somme des postes relatifs à chaque redevance (*cfr.* postes 1, 2, 3 ou 4) - calculée sur base de l'annexe C – ne concorde pas avec le montant total de la redevance concernée (*cfr.* postes 1, 2, 3 ou 4) - tel qu'indiquée à l'annexe B.

[...] La SA COFELY SERVICES soutient que ces discordances trouvent leur origine dans le cahier spécial des charges.

Cette prétention ne peut être admise dès lors que la SA COFELY SERVICES, au vu de ses explications, a manifestement commis des erreurs en remplissant l'annexe C.

[...] Erreurs de la SA COFELY SERVICES

[...] Le CHU démontre ci-dessous que la SA COFELY SERVICES a rempli erronément l'annexe C puisqu'elle :

- (1) a intégré le prix de la redevance «nettoyage» dans le prix des redevances «Conduite + pilotage + entretien + dépannage» de l'annexe C;
- (2) a intégré le prix de la redevance «veille juridique et réglementaire» dans la colonne «conduite + pilotage + entretien + dépannage» de l'annexe C.

[...] Intégration erronée de la redevance «nettoyage» dans le prix des redevances «Conduite + pilotage + entretien + dépannage» de l'annexe C

[...] La SA COFELY SERVICES a intégré une partie du prix de la redevance «nettoyage» dans le prix des redevances «Conduite + pilotage + entretien + dépannage» de l'annexe C, alors que le cahier spécial des charges ne le demandait pas. La SA COFELY SERVICES le reconnaît en pages 25 et 26 de sa requête et le justifie comme suit :

«Certains prix de la redevance annuelle nettoyage qui figurent à l'annexe C doivent être inclus dans la Colonne "Conduite + Pilotage + Entretien + Dépannage" de l'annexe C.

(...)

par conséquent, pour certains postes, le prix du nettoyage est inclus dans la redevance annuelle "conduite, pilotage, entretien et dépannage" dans l'annexe C.

(...)

Elle a inclus le prix du nettoyage de l'éclairage à la "redevance annuelle entretien" dans l'annexe C.

(...)

Elle a inclus le prix du nettoyage des chaudières à la "redevance annuelle entretien" dans l'annexe C.

(...)

Elle a inclus le prix du nettoyage du réseau de décharges internes aux bâtiments (y compris eaux pluviales) à la "redevance entretien" dans l'annexe C».

En conséquence, en page 26, la SA COFELY SERVICES révèle l'existence d'une autre discordance : «la somme des éléments repris dans la colonne "nettoyage" de l'annexe C n'est donc pas la même que le montant du poste 5 "redevance annuelle nettoyage" de l'annexe B».

En effet, la redevance «nettoyage» à l'annexe B est de 131.121,64 euros HTVA contre 91.256,33 euros HTVA à l'annexe C (*cfr.* Page 27 de la requête).

[...] Or, le CHU de LIEGE, au travers de son annexe C, n'a aucunement sollicité que le prix de la redevance «nettoyage» soit pris en compte dans la colonne «conduite, pilotage, entretien, dépannage».

Précisément, pour chaque poste de l'annexe C, la redevance «nettoyage» :

- était soit «incluse dans la redevance entretien» et ne nécessitait donc pas de «deuxième» intégration (dans le cas contraire, le CHU de LIEGE aurait indiqué «à intégrer dans la colonne conduite + pilotage + entretien + dépannage»)
- était soit «sans objet»;
- devait soit être chiffrée puisque, précisément, non-incluse dans la redevance «entretien».

La SA COFELY SERVICES ne peut raisonnablement contrer ce constat en faisant valoir, pour les besoins de la cause, que « certaines tâches de certains postes seront indissociables» (cfr. page 24 de sa requête).

En conséquence, la position de la SA COFELY SERVICES, dont le fondement n'est pas établi, est contraire au cahier spécial des charges.

[...] Intégration erronée de la redevance « veille juridique et réglementaire » à l'annexe C – confirmation de la discordance

[...] La SA COFELY SERVICES a intégré le prix de la redevance «veille juridique et réglementaire » dans l'annexe C alors qu'il n'y avait pas lieu de le faire. L'annexe C ne sollicite en effet aucunement que le prix de la redevance «veille juridique et réglementaire» y soit intégré.

[...] La SA COFELY le reconnaît en page 23 de sa requête : «la partie requérante a donc ventilé le montant de la redevance annuelle pour la veille juridique et réglementaire dans l'ensemble des postes repris à l'annexe C ».

La SA COFELY SERVICES le reconnaît encore à la page 25 de sa requête où elle présente un tableau démontrant que le prix de la redevance «veille juridique et réglementaire » a été intégré dans la colonne «conduite + pilotage + entretien + dépannage ».

[...] Pour autant que de besoin, la SA COFELY SERVICES le démontre aussi aux pages 26 et 27 de sa requête.

Il ressort en effet que :

- pour les postes 1 à 7 (y compris la veille juridique) de l'annexe B: le total de l'annexe B équivaut à : 599.150,88 euros HTVA;
- pour les postes équivalents aux postes 1 à 6 de l'annexe C (soit : conduite + pilotage + entretien + dépannage + nettoyage + garantie totale – à l'exclusion de la veille juridique) : le total de l'annexe C équivaut à 599.149,57 euros HTVA.

Or, un montant total quasi-identique composé de l'addition de postes différents révèle une discordance manifeste entre les données reprises aux annexes B et C.

Vu les développements exposés ci-dessus, la SA COFELY ne peut donc tirer argument du fait que le total de son annexe B équivaut au total de son annexe C (cfr. page 26 de sa requête).

Ce constat démontre, au contraire, l'existence d'une discordance entre les indications présentes aux annexes B et C.

[...] Présence d'une irrégularité substantielle

La discordance entre les annexes B et C de la SA COFELY SERVICES méconnaît les exigences du cahier spécial des charges (définies au point a. et constitue une irrégularité substantielle au sens de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

[...] Rappel des principes

[...] Le sort réservé aux irrégularités détectées est fonction de la nature de ces irrégularités (substantielles ou non-substantielles).

En effet, il se déduit de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que lorsque le pouvoir adjudicateur conclut à la présence d'une irrégularité substantielle, il est tenu de déclarer l'offre nulle (aucune marge de manœuvre).

En revanche, si l'offre est affectée d'une irrégularité non substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre irrégulière, mais il ne le doit pas (C.E., 31 août 2015, n° 232.095).

En effet, l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose : « En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière ».

De surcroît, le caractère substantiel d'une irrégularité est fonction du caractère essentiel de la disposition méconnue.

[...] Caractère substantiel de l'irrégularité détectée.

[...] Le CHU de LIEGE a considéré que l'offre de la S.A. COFELY SERVICES était atteinte d'une irrégularité matérielle substantielle, pour les motifs suivants :

« Cette discordance apparaît essentielle aux yeux du pouvoir adjudicateur étant donné que la ventilation telle que reprise à l'annexe B sert de base à l'appréciation du critère prix spécifié dans les critères d'attribution. La discordance entre la ventilation des postes entre les deux annexes affecte la comparaison des offres. En ventilant les postes de manière différente, le soumissionnaire a pu spéculer sur le résultat du critère d'attribution "prix". Dès lors que cette discordance est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier la classement de celles-ci, l'offre de la société COFFELY est déclarée irrégulière ».

[...] L'appréciation du CHU de LIEGE n'est pas critiquable dès lors que l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 établit :

« Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99 ».

[...] En l'espèce, l'irrégularité détectée n'a pas permis au CHU de LIEGE de s'assurer de l'exactitude des prix renseignés tant à l'annexe B et qu'à l'annexe C.

En conséquence, cette discordance a compromis :

- la vérification des prix (*cfr.* article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011). La SA COFELY SERVICES le reconnaît en page 28 de sa requête : « l'annexe C permet au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix offerts » ;
- la comparaison effective des offres. Le CHU de LIEGE ne pouvait en effet procéder à une comparaison des offres dès lors que les prix de la SA COFELY SERVICES différaient selon les annexes employées ;
- l'appréciation du critère d'attribution « prix ». En effet, l'irrégularité détectée était de nature à impacter la valorisation du critère d'attribution « prix » dès lors que les données reprises à l'annexe B fondaient l'appréciation du critère d'attribution. La SA COFELY SERVICES ne peut l'ignorer puisqu'elle indique en page 29 de sa requête « l'annexe B sert de base à l'appréciation du critère prix ». Or, les critères d'attribution relèvent des conditions essentielles d'un marché (CJUE, affaire C-368/10 du 10 mai 2012).

[...] Aussi, la discordance entre les annexes a pu à bon droit être considérée comme compromettant le souhait du CHU de LIEGE d'anticiper les prix pratiqués en régie et en cas de modifications du marché.

[...] Enfin, selon Votre Conseil (C.E., n° 234.390, 14 avril 2016), au sens de l'article 95, § 3, de l'A.R. du 15 juillet 2011, sont essentielles les dispositions des documents du marché expressément présentées comme telles [En l'espèce, le CHU de LIEGE a indiqué que la remise des annexes était impérative et était sanctionnée « à peine de nullité »] ou celles qui le sont par nature, parce que leur méconnaissance éventuelle aura pour effet :

- de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ;
- d'affecter la comparabilité des offres;
- de modifier le classement de celles-ci.

C'est précisément le cas en l'espèce.

[...] Le rapport au Roi le confirme aussi :

« L'on pourra plus précisément convenir qu'une disposition est essentielle sur le plan des prix, des délais et des spécifications techniques lorsque leur non-respect génère une ou plusieurs des conséquences précitées relatives aux irrégularités formelles (...) mais par ailleurs, également si le non-respect en question :

- est susceptible d'influer sur la comparaison des offres ; ou
- est susceptible de modifier le classement des offres ».

C'est précisément le cas en l'espèce.

[...] Au vu de ces éléments, le caractère essentiel de l'irrégularité détectée ne peut être contesté et l'offre de la SA COFELY SERVICES devait être écartée par le CHU de LIEGE. Ce dernier n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

[...] Absence de défaut de motivation formelle

[...] La SA COFELY SERVICES avance que l'irrégularité substantielle portant sur la discordance entre les annexes B et C ne serait pas motivée de manière exacte.

La réfutation exposée précédemment démontre que la motivation développée par le CHU de LIEGE est complète, adéquate, et exacte.

En toute hypothèse, la SA COFELY SERVICES n'a pas intérêt à soulever un prétendu défaut de motivation formelle dès lors que son offre est entachée d'une irrégularité substantielle.

[...] Au vu de ces éléments, le deuxième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux. "

B. Quant à la deuxième branche

La partie adverse fait valoir que la requérante n'a pas intérêt à soulever cette branche dès lors que son offre est en tout état de cause atteinte d'une irrégularité substantielle entraînant son rejet, ainsi qu'il ressort de l'examen de la première branche.

Elle réfute par ailleurs comme suit le caractère prétendument sérieux de la deuxième branche:

" [...] Existence d'un taux inférieur au pourcentage de 25 % exigé par le cahier spécial des charges.

[...] Conformément à l'article III.2.7. du cahier spécial des charges, le montant de la redevance « garantie totale » doit être de minimum 25 % du montant de l'offre (à l'exclusion des prestations en régie et de la « garantie totale »), et ce afin de garantir une maintenance optimale des installations au regard du montant du marché.

Précisément, le cahier spécial des charges mentionne en page 51 que : « le montant de la redevance garantie totale doit être au minimum de 25 % du montant de l'offre à l'exclusion des prestations en régie et de la GT ».

[...] Il n'est pas contesté que le montant de la redevance « garantie totale » équivaut au taux de 24,99993 %. En effet, le montant de cette redevance proposé par la SA COFELY SERVICES est de 119.829,91 euros HTVA.

[...] Rejet à bon droit du caractère purement matériel des erreurs avancées par la SA COFELY SERVICES

[...] La position du CHU de LIEGE quant aux prétendues erreurs matérielles avancées par la SA COFELY SERVICES n'est pas non plus remise en question.

Pour rappel, la SA COFELY SERVICES a prétendu que son poste « I.1.1.2.6 GT » de l'annexe C était évalué à 4.166,60 euros et non pas à 4.169,60 euros. Ensuite, la SA COFELY SERVICES a prétendu que le poste « I.1.1.2.6.2 » était évalué non pas à 24.417,60 euros mais à 24.415,60 euros.

Les éléments fournis par la SA COFELY SERVICES n'ont pas permis au CHU de LIEGE de s'assurer de l'existence d'erreurs « purement » matérielles et ont pu à bon droit être considérées comme ne justifiant aucune rectification.

En effet, l'erreur purement matérielle s'entend « de l'élément qui diffère clairement de l'intention du soumissionnaire telle qu'elle résulte des éléments intrinsèques de son offre, qu'ils soient contenus dans celle-ci même ou ressortent de son contexte » [A. VANDEBURIE, R. VAN MELSEN, M. NIHOUL, « Les contacts entre candidats ou soumissionnaires et pouvoir adjudicateur postérieurement au dépôt des demandes de participation et des offres en adjudication et en appel d'offres », Chronique des marchés publics, 2010-2011, p. 644]. L'erreur purement matérielle ne peut donc pas prêter à discussion : elle doit être corroborée par d'autres éléments dans l'offre ou, à tout le moins, apparaître, de manière incontestable, comme contraire à l'intention du soumissionnaire.

Ainsi, pour rectifier une erreur matérielle dans une offre déposée, et partant modifier l'offre, le pouvoir adjudicateur doit donc constater une erreur dans les opérations arithmétiques ou une erreur purement matérielle [Le rapport au Roi relatif à l'art. 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne dit pas autre chose et précise « que cette faculté ne peut cependant conduire à des abus, ni avoir pour effet de modifier les offres remises » (voyez rapport au Roi, M.B., 9 août 2011, p. 44909, avant dernier alinéa)], ce qui n'est pas apparu en l'espèce.

[...] Absence d'obligation de procéder à un arrondi - absence d'une erreur manifeste d'appréciation.

[...] Il n'incombait pas au CHU de LIEGE de procéder à un arrondi du montant de la redevance « garantie totale », contrairement à ce que soutient la SA COFELY SERVICES.

Si le Cahier Spécial des Charges prévoit que les montants relatifs aux critères d'attribution seront arrondis, il n'en est pas de même pour le pourcentage de la « garantie totale ».

Pour cette raison, le reproche fait par la SA COFELY SERVICES ne peut être admis. Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

[...] Existence d'une irrégularité substantielle

[...] Le taux proposé par la SA COFELY SERVICES étant inférieur au pourcentage de 25 %, cette dernière a méconnu une « exigence technique » prévue par le cahier spécial des charges (précisément par l'article III.2.7.).

Partant, l'offre de la SA COFELY SERVICES est entachée d'une irrégularité.

Cette position n'est pas critiquable dès lors que l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 établit :

« Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99 ».

[...] Les développements sur la formule de révision ne peuvent palier au constat selon lequel la SA COFELY SERVICES n'a pas respecté une exigence technique imposée par les documents du marché lors de la remise de son offre.

[...] Quant au caractère substantiel de l'irrégularité détectée, il se justifie aussi par le respect du traitement égalitaire des soumissionnaires.

A cet égard, Votre Conseil (C.E., n° 234.390, 14 avril 2016) a rappelé que sont essentielles les dispositions des documents du marché qui méconnues auront pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

[...] Par ailleurs, le caractère essentiel de l'irrégularité découle aussi du fait que le montant de redevance « garantie totale » constitue un critère d'attribution (page 21 du cahier spécial des charges) et non une « simple » exigence technique.

La méconnaissance de l'exigence imposée est dès lors de nature à modifier le classement des offres, et donc de nature à porter atteinte à la comparaison des offres et au traitement égalitaire des offres.

Il s'agit là d'indices fréquemment relevés pour établir le caractère essentiel d'une irrégularité [Voy. *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Nouvelle (7^{ème}) édition, Tome 1 B, p. 1389].

[...] Le caractère essentiel se justifie aussi par le souci de ne pas impacter l'exécution du marché, raison pour laquelle le cahier spécial des charges indiquait : « le montant de la redevance garantie totale doit être au minimum de 25 % ».

Le cahier spécial des charges avait défini clairement le seuil à ne pas franchir.

Or, Votre Conseil [C.E. n° 230.385, 3 mars 2015] a rappelé :

« L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui vient d'être cité, ne définit pas les formalités qui doivent être tenues pour substantielles ni les dispositions du marché qui doivent être tenues pour essentielles.

Il convient donc de donner à ces termes leur sens usuel, à savoir celui d'une formalité ou d'une disposition relative aux caractéristiques fondamentales du marché. Ce caractère substantiel ou essentiel peut résulter de la volonté expressément formulée par l'auteur du projet dans les documents du marché, mais il peut aussi découler de la nature même de la formalité ou de la disposition qui ne serait pas respectée.

Tel sera notamment le cas lorsque le non-respect d'une formalité ou d'une

disposition des documents du marché de nature à entraîner une rupture de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ou à compromettre la bonne exécution du marché. Dans un tel cas, l'irrégularité constatée doit entraîner la nullité de l'offre, que le pouvoir adjudicateur l'ait ou non expressément indiqué dans les documents du marché ».

Au vu de ces éléments, il ne peut être reproché une « rigueur excessive » au CHU de LIEGE, qui – du reste - n'avait pas manqué d'interroger la SA COFELY SERVICES.

Partant, le CHU de LIEGE n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

[...] En toute hypothèse, même à considérer que le caractère substantiel soit mis en doute par Votre Conseil, le CHU de LIEGE disposait de la possibilité d'écarter l'offre de la SA COFELY SERVICES en vertu de l'article 95, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :

« En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière ».

L'ensemble des éléments qui précèdent établit que cette faculté de déclarer l'offre irrégulière repose sur des considérations pertinentes et adéquates.

[...] Dans ces conditions, le deuxième moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux".

C. Quant à la troisième branche

La partie adverse observe à nouveau que la requérante n'a pas intérêt à soulever cette branche dès lors que son offre est déjà atteinte de deux irrégularités entraînant chacune son rejet, ainsi qu'il résulte de la réfutation des première et deuxième branches du moyen.

Elle considère en tout état de cause que cette troisième branche n'est pas sérieuse et ce, sur la base de l'argumentation suivante:

" [...] Conformément à l'article I.10.2.7. du cahier spécial des charges, la S.A. COFELY SERVICES devait mentionner dans son offre le délai d'intervention maximum et indiquer la méthode qui sera mise en œuvre pour y parvenir.

[...] Le critère d'attribution I.10.2.7. figure en page 23 du cahier spécial des charges et est libellé comme suit :

« I.10.2.7 Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail - 10 points

Le soumissionnaire mentionne dans son offre le délai d'intervention maximum qu'il s'engage à tenir. Ce délai débute au moment du premier contact téléphonique avec le représentant du CHU de Liège et prend fin à l'arrivée sur site du technicien prenant en charge le dépannage ou la réparation. Il indique la méthode mise en œuvre pour y arriver ».

[...] Il s'agissait donc pour la SA COFELY SERVICES de proposer un délai d'intervention maximal (et non optimal – ce qui semble avoir recherché la SA COFELY SERVICES) et d'expliquer la méthode.

[...] Caractère irréaliste du délai proposé par la SA COFELY – justifications

insuffisantes

[...] La S.A. COFELY SERVICES a indiqué dans son offre pouvoir intervenir dans un délai inférieur à 9 minutes, comme suit :

« 1.10.2.7 Délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail - 10 points

Nous avons prévu du personnel habitant dans un rayon inférieur à 15 kilomètres. Le délai est inférieur à 9 minutes. Le chef de secteur habite à Saive, le Chef d'Equipe à Liège et les techniciens à Fléron et Romsée. Nous avons également 2 membres de l'équipe qui habitent à Beyne-Heusay et Barchon ».

[...] A l'analyse des offres, ce délai est apparu court, voire irréaliste, raison pour laquelle le CHU de LIEGE a interrogé la SA COFELY SERVICES.

En effet, le délai d'intervention intervient hors des horaires de travail (par exemple en soirée ou la nuit) et débute à l'appel téléphonique du représentant du CHU pour prendre fin par l'arrivée du technicien sur site prenant en charge l'intervention.

Par définition, le caractère maximal du délai implique également qu'une marge de sécurité soit prise en compte en cas d'imprévu (personnel proche du site non-disponible directement, perturbations diverses, etc...).

C'est pourquoi, par courriel du 10 février 2016, le CHU de LIEGE a demandé des explications complémentaires par rapport à ce délai d'intervention.

[...] La SA COFELY SERVICES a répondu par courrier du 16 février 2016 :
« Notre explication se trouve à la page 117 de notre offre ainsi que le plan descriptif à la page suivante. Notre technicien peut démarrer dans les deux minutes de l'appel d'intervention. Nous avons des techniciens habitants proches du site, dans un rayon inférieur de 5 km. En dehors des heures, le trafic est moindre et cela nous permet d'être là rapidement. Pendant les heures ouvrables, nous sommes présents sur site. Soyez rassurés : en cas de problème "urgent" et chaque fois que cela sera nécessaire ([coupure] de courant en salle d'opération, rupture de canalisation...), nous serons présents dans le délai avancé ».

[...] Les explications fournies par la SA COFELY SERVICES à la page 117 de son offre sont les suivantes :

« COFELY Services s'engage sur un délai d'intervention de maximum 9 minutes.

Le Chef de Secteur habite à Saive, le Chef d'Equipe et les techniciens à Fléron et Romsée. Nous privilégions toujours dans la mesure du possible l'affectation du personnel habitant le plus proche du site.

4 techniciens sont à moins de 5 minutes en voiture du site. Nous avons chronométré sur appel de nuit, ils ont répondu dans un laps de temps de 9 minutes.

Nous avons, depuis plus de 15 ans, réagi à plus de 2.000 interventions en dehors des heures de manière satisfaisante.

Notre personnel est disponible et soucieux de rendre service, de trouver des solutions et n'hésite pas à aider même si cela sort du cadre de notre combat.

Ci-joint, vous trouverez un plan de localisation de ces personnes par rapport à

votre site ».

[...] Le plan de localisation fait quant à lui référence à un « temps de parcours de 9 minutes » [et non d'intervention] et localise 4 techniciens et le chef de secteur dans un rayon de 5 kilomètres à vol d'oiseau.

[...] Ces justifications n'ont pas permis de convaincre le CHU de LIEGE, comme cela ressort de la décision d'attribution, lequel considère ce délai comme « irréaliste » dans « tous les cas ».

En effet, pour rappel, le délai court dès l'appel lancé par le CHU de LIEGE.

Dans ce délai, est donc compris :

- le temps pour le technicien de répondre à l'appel du CHU de LIEGE ;
- le temps pour le technicien de se préparer pour l'intervention (l'intervention se faisant en dehors des heures de travail, la disponibilité du technicien est variable) ;
- le temps pour le technicien de rejoindre son véhicule ;
- le temps pour le technicien de se déplacer ;
- le temps pour le technicien de se garer sur site et de rejoindre le lieu du dépannage et de le prendre en charge.

Le délai d'intervention ne se limite donc pas uniquement au « temps de parcours », montre en main, comme le présente la SA COFELY SERVICES.

Au vu de ces éléments, un délai d'intervention inférieur à 9 minutes est manifestement irréaliste à tenir en toutes circonstances.

[...] De surcroît, les éléments suivants démontrent que le CHU de LIEGE n'a pas commis d'erreur d'appréciation en considérant le délai irréaliste :

- le temps de parcours annoncé par la SA COFELY SERVICES dans [son] offre (*cfr*: son plan) est de « 9 minutes ». A cela s'ajoute le délai de « 2 minutes » entre l'appel et la réponse du technicien de la SA COFELY SERVICES (« Notre technicien peut démarrer dans les deux minutes de l'appel d'intervention »). L'offre de la SA COFELY SERVICES laisse donc penser que 11 minutes sont nécessaires pour répondre à l'appel et se déplacer ;
- le prétendu test réalisé par la SA COFELY SERVICES ne rend pas compte des circonstances réelles dès lors qu'il était prévisible ;
- le délai avancé par la SA COFELY SERVICES n'intègre aucune marge de sécurité indispensable puisque s'agissant d'un délai maximum. Par exemple, le délai est calculé en fonction des 4 techniciens habitant près du site mais ne prend aucunement en compte l'éventuelle intervention de techniciens habitant dans un rayon de 15 kms comme annoncé dans l'offre.

C'est pourquoi, au vu de ces éléments, le délai proposé par la SA COFELY SERVICES est pertinemment apparu irréaliste aux yeux du CHU de LIEGE, et ce « dans tous les cas » (c'est-à-dire même à considérer qu'un technicien soit présent et disponible dans un rayon de 5 kilomètres).

[...] Désormais, la SA COFELY SERVICES tente de démontrer le caractère prétendument réaliste du délai d'intervention annoncé par ses soins.

La SA COFELY SERVICES livre au travers de sa requête de nouveaux éléments qui ne sont repris ni dans son offre, ni dans les justifications apportées au CHU de LIEGE.

Par exemple :

- « les installations de COFELY sont équipées d'une multitude d'alarmes en cas de dysfonctionnement. Ces alarmes préviennent en temps réel » ; cet élément

n'a jamais été mentionné auparavant et n'est – du reste - aucunement démontré. Cet élément est même contraire à l'indication de la SA COFELY SERVICES selon laquelle son technicien démarre dans les « 2 minutes » de l'appel du CHU de LIEGE;

- plus d'une dizaine de cadres et techniciens habitent dans un rayon de moins de 5 kilomètres ; la SA COFELY SERVICES avait uniquement indiqué la présence de 4 techniciens et 1 chef de secteurs dans un rayon de 5 kilomètres.

Ces éléments ne doivent dès lors ne pas être pris en compte dans le contrôle de l'appréciation opérée par le CHU de LIEGE, ce d'autant plus que la SA COFELY SERVICES était tenue d'expliquer sa méthode d'intervention.

En toute hypothèse, la tentative de démonstration du « temps de parcours » à laquelle la SA COFELY SERVICES se livre, outre qu'elle soit purement unilatérale, ne permet pas de démontrer le caractère réaliste du délai proposé - au regard des développements précédents - dès lors qu'elle ne prend pas en compte les étapes inévitables composant le délai d'intervention.

[...] Pour autant que de besoin, Votre Conseil (C.E., n° 234.691, 11 mai 2016), a rappelé qu'il ne lui incombait pas d'apprécier, en lieu en place du pouvoir adjudicateur, si un élément d'une offre est irréaliste.

Ainsi, dans l'arrêt précité, Votre Conseil a rappelé qu'il ne sanctionnait que l'erreur manifeste d'appréciation :

« Il ne revient pas au Conseil d'Etat de se prononcer, dans l'abstrait, sur le caractère "réaliste" des engagements d'un soumissionnaire, mais uniquement d'apprécier si le pouvoir adjudicateur n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre reposant sur des éléments qui ne concordent pas avec la réalité ».

En l'espèce, pour les motifs évoqués ci-avant et repris dans la décision attaquée, aucune erreur d'appréciation ne peut être constatée dans le chef du CHU de LIEGE.

[...] Irrégularité de l'offre de la SA COFELY SERVICES

[...] Il convient de se référer à l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 : « Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11, et le chapitre 6, sections 2 à 4, ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle ».

[...] En conséquence, le CHU de LIEGE disposait de la possibilité de déclarer l'offre de la S.A. COFELY irrégulière.

Votre Conseil (C.E., n° 223.427, 7 mai 2013) a encore confirmé la possibilité de déclarer une offre irrégulière lorsqu'un délai irréaliste est constaté :

« Lorsque le délai d'exécution constitue un critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur peut – et doit – apprécier le caractère réaliste des délais offerts, afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court. Il s'agit de ne pas valoriser, au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution.

Il en va d'autant plus ainsi que le délai d'exécution constitue, selon l'article 89 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, une condition essentielle du marché. Une offre qui proposerait un délai d'exécution irréaliste pourrait, en application de l'article 110, § 2, du même arrêté, être considérée comme irrégulière par le pouvoir adjudicateur ».

Cet arrêt est transposable en l'espèce dès lors que le délai d'intervention est également un critère d'attribution du marché. C'est pourquoi, le CHU de LIEGE a motivé sa position comme suit :

« par ailleurs, ce délai étant un critère d'attribution, en tenir compte aurait comme conséquence de valoriser au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution.

Dès lors que le caractère réaliste des engagements pris par ce délai d'exécution est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière ».

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur d'appréciation.

[...] Absence de défaut de motivation formelle

[...] Le CHU de LIEGE n'a pas manqué d'indiquer les raisons pour lesquelles il considérait le délai d'intervention irréaliste :

- « ce délai est apparu excessivement court, voire intenable » ;
- « les arguments avancés par le soumissionnaire ne sont pas de nature à convaincre le pouvoir adjudicateur sur le caractère réaliste du délai annoncé. Ce délai nous semble irréaliste à tenir dans tous les cas ».

[...] En réalité, la SA COFELY SERVICES reproche au CHU de LIEGE de ne pas avoir exposé les motifs de ses motifs. Or, Votre Conseil a confirmé que l'autorité n'était pas tenue d'exposer les motifs de ses motifs dans un arrêt du 24 juin 2009 [C.E., n° 194.625, 24 juin 2009. Voy. aussi C.E., n° 207.981, 07 octobre 2010].

[...] La SA COFELY SERVICES avance également que le CHU de LIEGE aurait dû motiver son « revirement » eu égard à la première décision d'attribution du 29 avril 2015 prise dans le cadre du présent marché, et qui a été retirée suite à l'introduction d'un recours en suspension introduit par la SM TDGI (l'affaire a fait l'objet d'un arrêt du 8 mars 2016, n° 234.071).

La décision initiale du 29 avril 2015 a fait l'objet d'un retrait par le CHU de LIEGE en vue d'une correction, ce que la SA COFELY SERVICES n'ignore pas.

Par après, des modifications au cahier spécial des charges initial ont rendu nécessaires la relance du marché.

[...] Le CHU de LIEGE souligne que la décision du 29 avril 2015 ayant disparu de l'ordonnancement juridique, la SA COFELY SERVICES ne peut tirer argument de l'appréciation portée initialement par le CHU de LIEGE pour critiquer l'appréciation portée par le CHU de LIEGE dans sa décision du 29 juin 2016.

[...] L'étonnement de la SA COFELY SERVICES face audit « revirement » est formulé pour les besoins de la cause. Cette dernière ne peut en effet ignorer que le « revirement » découle du réexamen complet des offres suite à la relance du marché.

Ce réexamen complet des offres est démontré par l'interrogation de la SA COFELY SERVICES sur le réalisme du délai d'intervention proposé : « dans votre offre, il est fait mention d'un délai de 9 minutes. Comment pouvez-vous expliquer ce délai de 9 minutes ? ».

Vu la demande du CHU de LIEGE, la SA COFELY SERVICES ne peut sérieusement ignorer que le motif du « revirement » trouve sa source dans un nouvel examen de son offre.

Partant, l'objectif des normes applicables en matière de motivation est atteint vu que les circonstances particulières du dossier permettent de comprendre les raisons pour lesquelles le CHU de LIEGE a modifié son appréciation.

[...] Enfin, l'extrait jurisprudentiel reproduit en page 39 de la requête de la SA COFELY SERVICES ne correspond pas à une décision de Votre Conseil du 23 décembre 2015 (C.E., n° 233.357) ; il s'agit d'un extrait de l'argumentation de la partie requérante qui n'a - du reste - pas obtenu gain de cause.

[...] En toute hypothèse, la SA COFELY SERVICES n'a pas intérêt à soulever un prétendu défaut de motivation formelle dès lors que son offre est entachée d'une irrégularité substantielle.

[...] Au vu de ces éléments, le deuxième moyen, en sa troisième branche, n'est pas sérieux".

VI. 1. 3. Thèse des parties intervenantes.

Les parties intervenantes font valoir ce qui suit à l'égard du deuxième moyen :

" Ce moyen est divisé en 3 branches :

[...]

[...]La discordance entre les annexes B et C et le caractère substantiel de l'irrégularité :

[...]

COFELY reconnaît la discordance entre les annexes B et C du cahier des charges. Elle soutient que cette discordance est créée par le cahier des charges lui-même.

Une telle analyse [ne pourrait] être suivie par votre Conseil.

En effet, le cahier des charges est clair et [ne pourrait] conduire à des discordances.

Il prévoit la remise de deux annexes, une annexe B et une annexe C. Ces annexes doivent être remises sous peine de nullité, impérativement lors du dépôt des offres:

Le cahier des charges est rédigé comme suit :

« (...) I.6 Forme et contenu des offres

Sous peine de nullité, l'offre doit être établie comme décrit dans le présent cahier spécial des charges. Le prix de l'offre est exprimé en EURO.

Pour une question de facilité d'analyse, le dossier introduit par le soumissionnaire sera assemblé impérativement selon les recommandations suivantes :

6. Le modèle de l'offre ;
7. L'annexe B : INVENTAIRE RECAPITULATIF et annexes ;
8. Toutes les données relatives aux droits d'accès et de sélection qualitative ;
9. Tous documents réclamés par le présent cahier des charges ;
10. Tout document que le soumissionnaire jugerait nécessaire pour compléter la teneur de son offre. »

L'annexe B est intitulée « Inventaire récapitulatif » et l'annexe C est intitulée « Ventilation des redevances par poste au cahier des charges ».

L'annexe B permet d'obtenir le total de 12 postes, repris au cahier des charges, dont:

- Poste 1 : la conduite (III.2.1) ;
- Poste 2 : Le pilotage (III.2.2) ;
- Poste 3 : L'entretien (III.2.3) ;
- Poste 4 : Le dépannage (III.2.4) ;
- Poste 5 : Le nettoyage (III.2.5) ;
- Poste 6 : La garantie totale (III.2.5) ;
- Poste 7 : La veille juridique et réglementaire (III.2.7) ;

L'annexe C permet d'obtenir la ventilation des postes suivants :

- Conduite- nettoyage-entretien-dépannage ;
- Nettoyage ;
- Garantie totale ;

Suivant l'annexe C, une distinction devait être opérée entre les différents postes du marché.

Certains postes devaient inclure un prix spécifique pour le nettoyage tandis que, pour d'autres, le prix du nettoyage était inclus dans le prix total de l'entretien proposé. Ces annexes avaient comme objet de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix. L'annexe C ne reprend pas tous les postes de l'annexe C [lire: B].

La cotation afférente au nettoyage est moins élevée que la cotation afférente à l'entretien. Une discordance peut donc influencer sur une répartition des coûts des différents postes en réduisant le coût de l'entretien et obtenir une cotation plus favorable dans l'ensemble.

La cotation afférente au nettoyage est moins élevée que la cotation afférente à l'entretien, à savoir 3 points pour le nettoyage contre 65 points pour l'entretien.

Il semble que COFELY a mélangé le poste nettoyage et le poste entretien. COFELY confirme les anomalies existantes entre les deux annexes en page 22 de sa requête, comme le souligne également la partie adverse en page 14 de son mémoire.

Il apparaît à la lecture des documents de procédure que COFELY a commis deux erreurs.

Elle a intégré le prix de la redevance nettoyage dans le prix des redevances conduites + pilotage + entretien + dépannage de l'annexe C. COFELY a par ailleurs intégré le prix de la redevance veille juridique et réglementaire dans la colonne conduite + pilotage+ entretien+ dépannage de l'annexe C.

Or, en ce qui concerne la redevance nettoyage, soit elle était incluse dans le poste entretien qui devait l'intégrer, soit elle n'était pas incluse dans la redevance entretien et devait être chiffrée séparément ou encore était sans objet.

Elle affirme par ailleurs que « la somme des éléments repris dans la colonne nettoyage de l'annexe C n'est pas la même que le montant du poste 5 redevance annuelle nettoyage ».

Au niveau des totaux, COFELY proposait donc dans l'annexe B pour les postes 1 à 4 (afférents au pilotage, à la conduite, à l'entretien et au dépannage) à la somme de 406.009,84 euros HTVA (confirmé par COFELY sa requête contre un montant de 469.556,65 euros TVAC pour le même poste (confirmé par COFELY dans sa requête).

Aussi le poste nettoyage de l'annexe B serait de 131.121,64 euros HTVA dans

l'annexe B et de 91.256,33 euros HTVA dans l'annexe C.

Le cahier des charges ne crée pourtant aucun doute en ce qui concerne la manière de compléter les annexes.

En ce qui concerne le poste veille juridique, l'annexe C n'exigeait pas que ce prix de la redevance y soit intégré.

La partie adverse n'a donc pas commis une erreur d'appréciation en considérant que l'annexe B et l'annexe C présentait une discordance.

[...]

Cette discordance constitue une irrégularité substantielle.

Suivant l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :

«§ 1^{er}(...) Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle.

S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière (...) ».

Il ressort de cette disposition que lorsqu'une irrégularité est substantielle, elle emporte nécessairement l'écartement de l'offre.

L'irrégularité est substantielle lorsqu'elle porte sur le prix, les délais, les spécifications techniques, voir du caractère normal du prix. Une irrégularité substantielle peut aussi se déduire d'une multitude d'irrégularités non substantielles. Le Conseil d'état s'est exprimé en ce sens en ce qui concerne une accumulation d'irrégularités techniques vénielles [C.E, du 15 mars 2006, n°156.427].

Le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur est limité par les documents du marché, de sorte que, lorsque le cahier des charges précise que telle indication doit être fournie obligatoirement ou sous peine de nullité, cela limite le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

En tout état de cause, une irrégularité est substantielle lorsqu'elle rend impossible la comparaison des offres. Dans un arrêt du 14 avril 2016 n°234.390 cité par la partie adverse dans son mémoire en réponse, sont essentielles les dispositions des documents du marché expressément présentées comme telles ou celles qui le sont par nature, parce que leur méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaire, d'affecter la comparabilité des offres et de modifier le classement de celle-ci.

Il a été jugé qu'en matière de prix, l'ajout de poste complémentaire dans un inventaire constitue une irrégularité substantielle [C.E, du 30 août 2010 n° 207.102].

En l'espèce, la remise des annexes présentait un caractère obligatoire et prescrit par les documents du marché à peine de nullité. COFELY a du reste ajouté le prix afférent à la veille juridique pourtant non prévu.

Aussi, l'irrégularité en cause n'a pas permis à la partie adverse de s'assurer de l'exactitude des prix. Il ressort de la décision querellée que :

« (...) D'autant plus que cette discordance apparaît essentielle aux yeux du pouvoir adjudicateur étant donné que la ventilation telle que reprise à l'annexe B sert de base à l'appréciation du critère prix spécifié dans les critères d'attribution. La discordance entre la ventilation des postes entre les deux annexes affecte la comparaison effective des offres. En ventilant les postes de manière différentes le soumissionnaire a pu spéculer sur le résultat du critère d'attribution prix.

Dès lors que cette discordance est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière (...) ».

Une telle discordance a de plus une réelle incidence sur le résultat qui aurait été obtenu. La cotation afférente au nettoyage est moins élevée que la cotation afférente à l'entretien. Le nettoyage est coté sur 3 points et l'entretien sur 65 points.

Une discordance peut donc influencer sur une répartition des coûts des différents postes en réduisant le coût de l'entretien et obtenir une cotation plus favorable dans l'ensemble. Une telle discordance pouvait avoir un impact sur le critère d'attribution aspect financier. On rappellera que par ce biais, COFELY proposait donc un montant de 131.121,64 euros HTVA dans l'annexe B et de 91.256,33 euros HTVA dans l'annexe C.

La partie adverse était donc tenue de considérer cette offre comme irrégulière. Elle n'a à ce propos commis aucune erreur d'appréciation.

Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier des charges à celle du pouvoir adjudicateur [C.E, du 6 février 2006, n° 154. 549]. [...]

Du reste, la décision querellée est adéquatement motivée.

Concernant la motivation des actes administratifs, la doctrine précise que :

« "Motiver une décision, c'est l'expliquer, c'est exposer le raisonnement de droit et de fait, le syllogisme qui lui sert de fondement" (D. LAGASSE, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », J.T., 1991, pg. 737) "c'est extérioriser dans son corps même ses prémisses logiques, en droit comme en fait ; c'est, de la part de l'auteur de

l'acte, faire apparaître à l'intention des intéressés, la justification de la mise en œuvre de sa compétence en fonction d'une situation déterminée" (M.-A. FLAMME, « Droit administratif », Bruxelles, Bruylant, 1989, T. 1, n° 177) » [R. ANDERSEN et P. LEWALLE, "La motivation formelle des actes administratifs", A.P.T., 1993, pp. 62 et suiv., et spéc. p. 75.]).

Les motifs apparaissent clairement à la lecture de la décision et cela vaut pour l'ensemble des moyens.

[...]

[...] La redevance garantie totale :

[...]

Le cahier des charges précis[e], [que] le montant de la redevance « garantie totale » doit être de 25%, à l'exclusion des prestations en régie et de la garantie totale et ce afin de garantir une maintenance optimale des installations au regard du montant du marché. A cet égard, les requérantes en intervention se réfèrent aux développements de la partie adverse en pages, 22, 23, 24, 25 et 26.

Comme le précise la partie adverse, en proposant un montant de redevance garantie totale inférieur à 25%, COFELY a commis une irrégularité, qui de surcroît est substantielle. A ce sujet, concernant les irrégularités substantielles, les requérantes en intervention renvoie à l'argutie reprise au point 3.2.1.

Cette irrégularité nécessitait que son offre soit considérée comme irrégulière. A cet égard, la partie adverse n'a pas commis d'erreur d'appréciation.

[...]

[...] Le délai d'intervention :

COFELY conteste l'irrégularité soulevée par la partie adverse en ce qui concerne le délai d'intervention.

Le cahier spécial des charges précise :

« I.10.2.7 délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail 10 points.

Le soumissionnaire mentionne dans son offre le délai d'intervention maximum qu'il s'engage à tenir. Ce délai débute au moment du premier contact téléphonique avec le représentant du CHU de Liège et prend fin à l'arrivée sur site du technicien prenant en charge le dépannage ou la réparation. Il indique la méthode mise en œuvre pour y arriver ».

Un délai d'intervention irréaliste peut constituer une irrégularité non substantielle permettant au pouvoir adjudicateur d'écarter une offre.

A nouveau, suivant l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :

« (...) Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.

§ 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11, et le chapitre 6, sections 2 à 4, ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle.

S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière (...) ».

COFELY proposait un délai d'intervention de 9 minutes. Il ressort de la requête de COFELY que ce délai était justifié comme suit :

« COFELY service s'engage sur un délai d'intervention de maximum 9 minutes. Le chef de secteur habite à SAIVE, le chef d'équipe à Liège et les techniciens à FLERON et ROMSEE. Nous privilégions toujours dans la mesure du possible de l'affectation du personnel habitant le site le plus proche. 4 techniciens sont à moins de 5 minutes en voiture du site. Nous avons chronométré sur appel de nuit, ils ont répondu dans un laps de temps de 9 minutes.

Nous avons, depuis plus de 15 ans réagi à plus de 2000 interventions en dehors des heures de manière satisfaisante. Notre personnel est disponible et soucieux de rendre service, de trouver des solutions et n'hésite pas à aider même si cela sort du cadre de notre contrat. »

Interrogé sur ce point, COFELY a confirmé une information encore plus irréaliste, à savoir que le technicien pouvait démarrer dans les 2 minutes de l'appel.

Comme le précise la partie adverse, un délai maximal d'intervention était requis incluant une marge de sécurité et non le délai minimum optimal d'intervention en cas d'appel.

Un délai de 9 minutes proposé afin d'être sur place avec un démarrage dans les 2 minutes de l'appel est irréaliste. Ce délai maximal d'intervention ne prend pas en considération, le fait que le technicien pourrait être occupé à d'autres tâches ou les aléas de la route. Il part du postulat que le technicien est disponible et présent à son domicile.

De tels éléments justifient que la partie adverse considère qu'il s'agit d'une irrégularité impliquant l'écartement de l'offre [C.E., du 7 mai 2013 n°223.427].

La partie adverse n'a pas commis d'erreur d'appréciation ce faisant. C'est à juste titre qu'elle a considéré que :

« Le soumissionnaire devait indiquer le délai d'intervention maximum qu'il s'engage à tenir. Conformément au paragraphe I.10.2.7, "ce délai débute au moment du premier contact téléphonique avec le représentant du CHU de Liège et prend fin à l'arrivée sur site du

technicien prenant en charge le dépannage ou la réparation. Il indique la méthode mise en œuvre pour y arriver".

Dans son offre, la société COFELY s'engage "sur un délai d'intervention de maximum 9 minutes".

Ce délai est apparu excessivement court, voire intenable aux yeux du pouvoir adjudicateur qui a invité la société à expliquer ce délai.

En réponse, la société COFELY a indiqué "notre technicien peut démarrer dans les 2 minutes de l'appel d'intervention. Nous avons des techniciens habitants proches du site, dans un rayon inférieur à 5 KM. En dehors des heures, le trafic est moindre et cela permet d'être là rapidement. Pendant les heures ouvrables, nous sommes présents sur le site".

Les arguments avancés par le soumissionnaire ne sont pas de nature à convaincre le pouvoir adjudicateur sur le caractère réaliste au délai annoncé.

Ce délai nous semble irréaliste à tenir dans tous les cas. Par ailleurs, ce délai étant un critère d'attribution, en tenir compte aurait comme conséquence de valoriser au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution.

Dès lors que le caractère réaliste des engagements pris par ce délai d'exécution est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière ».

A cet égard, il est largement admis par votre Conseil qu'il ne peut se substituer à l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur [C.E., du 11 mai 2016, n° 234.691].

La motivation de la partie adverse est adéquate et précise.

Votre Conseil ne saurait se baser sur des constats d'huissier réalisés *a posteriori* qui ne remettent nullement en cause le fait que le délai de 9 minutes proposé ne pourrait constituer un délai maximal d'intervention. Les constats sont par ailleurs réalisés sans prendre en compte le temps nécessaire du technicien pour répondre au téléphone ou le temps pour sortir lorsqu'il arrive au CHU de Liège. L'huissier chronomètre à partir du moment où le technicien met son moteur en marche.

Aussi, les constats sont réalisés à partir d'autres domicile que FLERON et ROMSEE. Le constat part du postulat que le CHU appellerait directement le technicien sur son téléphone alors que, suivant le cahier des charges, les appels doivent transiter par une centrale téléphonique que le soumissionnaire doit mettre en place, laquelle devra prendre contact avec le technicien. Cela implique nécessairement un délai complémentaire.

Le fait que la décision d'attribution du premier marché acceptait ce délai ne pourrait rien changer à l'analyse. La décision dont question a été retirée et n'existe dès lors plus. Une irrégularité qui n'aurait pas été soulevée à l'époque par la partie adverse n'empêche pas celle-ci de la soulever *a posteriori*.

La troisième branche du moyen n'est pas sérieuse".

VI.1.4. Débats à l'audience

La requérante fait valoir que, contrairement à ce qu'observe la partie adverse dans sa note d'observations, c'est bien la combinaison des trois irrégularités invoquées dans la décision attaquée qui a conduit la partie adverse à écarter son offre. Elle en conclut qu'il suffit qu'elle démontre qu'une seule des irrégularités invoquées n'est pas établie, ou n'est à tout le moins pas substantielle, pour en conclure que la décision attaquée doit être censurée.

S'agissant de la première branche relative à la discordance entre les annexes B et C, la requérante maintient qu'elle a strictement suivi dans son offre les prescriptions du cahier spécial des charges: l'annexe C a, en effet, été complétée comme l'exigeait le cahier spécial des charges, en ce que la rubrique "veille" n'est pas reprise et que la rubrique "redevance de nettoyage" a été incluse dans la redevance "entretien", ce qui est conforme au cahier spécial des charges qui impose que le nettoyage soit prévu dans tous les postes et qui a donc été suivi par la requérante. La requérante estime, à tout le moins, qu'il y avait deux interprétations possibles au regard des stipulations du cahier spécial des charges et de ses annexes B et C, avec cette conséquence qu'aucune irrégularité ne peut être reprochée à son offre. A tout le moins, elle estime que cette irrégularité fût-elle considérée comme établie, *quod non*, n'est en tout état de cause pas substantielle, en ce que l'annexe C n'a pas à intervenir dans le processus de sélection des offres au regard du critère d'attribution "Prix".

S'agissant de la deuxième branche relative à l'insuffisance de la garantie totale du marché, la requérante fait valoir qu'une insuffisance de 33 cents n'est de toute évidence pas substantielle et qu'elle n'a pas eu d'impact sur la comparaison des offres. Elle estime, en outre, que la partie adverse aurait dû arrondir les décimales dans le calcul de la garantie totale, comme l'ont été tous les autres calculs dans le cadre de l'attribution du marché litigieux.

En ce qui concerne la troisième branche relative au délai maximal d'intervention indiqué dans son offre pour ce qui concerne les interventions d'urgence en dehors des heures de présence sur site, la requérante observe tout d'abord que ce délai est le même que celui qu'elle avait indiqué dans le cadre du précédent marché et qu'elle n'aperçoit pas en quoi ce qui n'avait pas posé de problème alors en poserait aujourd'hui. Elle considère, en tout état de cause, que ce délai est réaliste au regard des justifications qu'elle a faites valoir, tant dans la procédure d'attribution du marché que dans sa requête devant le Conseil d'Etat. Pour ce qui concerne les justifications qu'elle a faites valoir dans la procédure administrative, elle maintient que celles-ci n'ont pas été adéquatement rencontrées par la partie adverse dans la motivation de la décision attaquée. Pour ce qui concerne les justifications avancées dans sa requête, elle considère qu'il ne s'agit pas là d'éléments nouveaux, mais bien d'une réponse apportée

à la motivation de la décision attaquée.

La requérante estime, en conséquence, que les trois branches de son moyen sont bien sérieuses.

La partie adverse maintient, pour sa part, que le cahier spécial des charges est clair, en ce que les annexes B et C ont bien un but différent et qu'il n'y avait en conséquence pas lieu d'intégrer le coût du "nettoyage" dans les postes 1 à 4 de l'annexe C, ce qu'a cependant fait la requérante. Elle renvoie, pour ce qui concerne la deuxième branche, à sa note d'observations. Pour ce qui concerne la troisième branche, elle maintient que le délai d'intervention qu'elle a demandé d'indiquer dans les offres est bien un délai "maximal" d'intervention depuis le lancement de l'appel téléphonique jusqu'à la prise en charge de la réparation ou du dépannage, et non un simple délai "optimal" d'intervention depuis le départ du technicien jusqu'à son arrivée sur le site. Elle considère à ce sujet que la motivation formelle qui figure dans la décision attaquée est suffisante, bien que succincte, étant entendu qu'elle ne devait pas, en outre, indiquer les motifs de ses motifs.

Pour la partie intervenante, il ne peut avoir été question de confondre les annexes B et C, dès lors que celles-ci ne sont pas différentes mais bien similaires sur certains postes. Au contraire, la partie intervenante estime que, par la manière dont la requérante a complété ces deux annexes, elle a pu tenter de se procurer un avantage dans certains postes de l'annexe B par rapport à la manière dont elle a par ailleurs complété l'annexe C. Cela a donc pu être de nature à jouer sur la pondération des sous-critères du critère d'attribution "Prix" et donc à influencer sur le résultat global de l'offre remise par la requérante. S'agissant de la troisième branche, la partie intervenante met l'accent sur ce qu'il ne peut être question sur ce point d'un revirement d'attitude dans le chef de la partie adverse, du fait que l'appréciation qui a été portée par cette dernière dans le cadre du premier marché est censée ne plus exister du fait du retrait pur et simple de la première décision d'attribution du marché décidée par la partie adverse. Elle insiste enfin sur ce qu'il suffit que l'une seule des trois irrégularités substantielles invoquées par la partie adverse soit considérée comme *prima facie* établie pour que l'on doive en déduire que la décision attaquée est sur ce point adéquatement motivée.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

En application de l'article 95, §§ 3 et 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

" §3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques,

dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11, et le chapitre 6, sections 2 à 4, ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est régulière".

En l'espèce, les trois irrégularités relevées par la partie adverse dans l'offre de la requérante n'ont pas été déclarées substantielles parce que qualifiées expressément comme telles en vertu de dispositions figurant dans les documents du marché, mais bien parce qu'elles portent sur diverses dispositions du cahier spécial des charges qui sont relatives au prix, au délai ou à des spécifications techniques et qui sont considérées comme "essentiels" par la partie adverse. Dans une telle hypothèse, et même s'il est de règle que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation pour qualifier ou non d'"essentielle" une disposition des documents du marché, il n'en reste pas moins qu'il incombe au Conseil d'Etat, conformément à la jurisprudence constante sur ce point et dès lors que des griefs sont précisément formulés à ce sujet par une partie requérante, d'examiner si le pouvoir adjudicateur a bien procédé à l'examen de la régularité des offres, s'il n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en qualifiant d'"essentielle" une disposition des documents du marché, s'il n'a pas non plus commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant qu'une offre est entachée d'une irrégularité et en qualifiant cette irrégularité d'"essentielle" et, par conséquent, de "substantielle" au sens de l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et s'il a, sur ce plan, dûment respecté les exigences liées à l'obligation de motivation formelle de sa décision.

Comme le précise par ailleurs le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, la question de savoir si une disposition des documents du marché est ou non "essentielle" et si une irrégularité découverte dans une offre par rapport à cette disposition doit ou non être qualifiée de "substantielle" doit être examinée *in concreto* "sur la base de certains éléments avancés à cette fin dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en guise de critères déterminants. L'on pourra plus précisément convenir qu'une disposition est essentielle sur le plan des prix, des délais et des spécifications techniques lorsque leur non-respect génère une ou plusieurs des conséquences précitées relatives aux irrégularités formelles – cf. notamment le critère selon lequel le

non-respect pourrait donner lieu à un traitement inéquitable – mais, par ailleurs, également si le non-respect en question:

- est susceptible d'influer sur la comparaison des offres; ou
- est susceptible de modifier le classement des offres" (*M.B.*, 21 février 2014, 1^{re} éd., pp. 14.000-14.001).

La question de savoir si un pouvoir adjudicateur a pu qualifier une irrégularité de "substantielle" ou non procède, donc, d'un examen des faits auquel il doit être procédé au cas par cas par le pouvoir adjudicateur sous le contrôle du juge et ce, à la lumière des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce. Il s'agira notamment d'apprécier si l'irrégularité constatée a pu avoir pour effet que les engagements juridiques du soumissionnaire ne sont absolument pas clairs et certains à la lecture de l'offre et de ses annexes, si l'irrégularité est de nature à fausser la comparaison effective des offres, si l'irrégularité est susceptible de conduire à une violation des principes fondamentaux de la concurrence et de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, si l'irrégularité peut conduire à influencer la notation de l'un ou de plusieurs critères d'attribution du marché et donc à influencer sur le classement des offres, notamment parce qu'elle porte sur des dispositions essentielles du marché, en particulier relatives aux prix, à des délais ou à des exigences techniques du marché. Par ailleurs, si une irrégularité peut, examinée individuellement, être considérée comme n'étant pas substantielle, il se peut que le pouvoir adjudicateur puisse décider qu'une accumulation de telles irrégularités, chacune considérée comme non substantielle dans le cadre d'un même marché, puisse, en raison précisément de cette accumulation, être considérée comme affectant de manière substantielle une offre, celle-ci devant en fin de compte être écartée. De même, la circonstance que l'une des conditions du marché constitue aussi une exigence minimale pour que l'offre puisse être prise en considération peut constituer un indice du caractère essentiel de la disposition en cause, mais n'implique pas nécessairement en soi que le non-respect de cette condition soit en toutes circonstances une cause de nullité absolue de cette offre.

A la lumière des principes qui viennent d'être rappelés, les trois branches du deuxième moyen de la requête appellent les observations qui suivent.

Ainsi que l'observe la partie adverse et contrairement à ce qu'affirme la requérante, il ressort du dossier administratif, et en particulier, de la motivation de la décision attaquée, que chacune des trois irrégularités qui ont été relevées par la partie adverse dans l'offre de la requérante a bien été qualifiée de "substantielle" par cette dernière. Il en est expressément ainsi pour ce qui concerne la deuxième irrégularité, relative à l'insuffisance de la garantie totale du marché. S'agissant de la première irrégularité, relative à la discordance entre les annexes B et C de l'offre remise par la requérante, le fait que cette irrégularité a également été considérée comme "substantielle" résulte des termes mêmes de la décision attaquée, le pouvoir adjudicateur ayant qualifié cette discordance d' "essentielle", de nature à affecter "la comparaison effective des offres", "à porter atteinte à l'égalité de traitement entre

soumissionnaires" et à "modifier le classement" des offres, raisons pour lesquelles l'offre a été déclarée "irrégulière" sur la base de cette seule irrégularité. Il en va de même pour ce qui concerne la troisième irrégularité mentionnée dans la décision attaquée et relative au délai d'intervention "maximum" de 9 minutes en dehors des heures de service, dès lors que le pouvoir adjudicateur a terminé son analyse de cette irrégularité par la considération suivante: " Dès lors que le caractère réaliste des engagements pris par ce délai d'exécution est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, d'affecter la comparaison des offres et de modifier le classement de celles-ci, l'offre de la société COFELY est déclarée irrégulière". Chacune de ces irrégularités étant susceptibles de conduire, chacune prise isolément, à la nullité absolue de l'offre de la requérante, il suffit en conséquence que l'une des trois branches du deuxième moyen soit considérée comme dépourvue de caractère sérieux pour qu'il y ait lieu de conclure au rejet du deuxième moyen dans son ensemble. *A contrario*, chacune des trois branches du deuxième moyen doit être reconnue sérieuse pour qu'une éventuelle suspension de l'exécution de la décision attaquée puisse être ordonnée sur la base du deuxième moyen.

En ce qui concerne la troisième branche du deuxième moyen, relative à l'irrégularité substantielle liée au caractère "irréaliste" du délai maximum d'intervention de 9 minutes indiqué dans son offre par la requérante s'agissant des interventions urgentes en dehors des heures normales de service, il convient d'observer ce qui suit au regard des principes généraux qui ont été énumérés ci-avant. Comme l'observe la partie adverse, il ressort clairement du cahier spécial des charges (article III.6., p. 68), d'une part, que le délai d'intervention en cas d'incident en dehors des heures de travail vise bien un délai d'intervention "maximum" que le soumissionnaire s'engage à tenir dans tous les cas et, d'autre part, que ce délai "débute au moment du premier contact téléphonique avec le représentant du CHU et prend fin à l'arrivée sur site du technicien prenant en charge le dépannage ou la réparation". Compte tenu de ces deux précisions, le pouvoir adjudicateur a raisonnablement pu se demander si la requérante n'avait pas confondu la notion de délai "optimal" d'intervention avec celle de délai "maximal", en toutes circonstances, d'intervention et, en conséquence, décider d'interroger la requérante à ce sujet. Compte tenu des justifications apportées par la requérante en complément de son offre, il n'apparaît pas non plus que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les justifications ainsi avancées ne permettaient pas de conclure que l'offre de la requérante n'était pas entachée d'irrégularité sur ce point. En effet, dans son offre, la requérante a, notamment, fait valoir qu'elle privilégie toujours dans la mesure du possible l'affectation de personnel habitant le plus proche du site, que quatre techniciens sont à moins de 5 minutes en voiture du site et que, chronométrés sur appel de nuit, ils ont répondu dans un laps de temps de 9 minutes. Par ailleurs, dans son courrier de justification du 16 février 2016, dont elle fait état dans sa requête, la requérante a précisé que le technicien peut démarrer dans les deux minutes de l'appel d'intervention, que les techniciens proches du site se trouvent dans un rayon inférieur à 5 km et que le trafic étant moindre en dehors des heures, cela permet d'être

là rapidement. Or ces précisions ont pu être raisonnablement considérées par la partie adverse comme n'assurant aucune certitude que la requérante sera toujours à même de respecter, qu'elles que soient par exemple les conditions météorologiques du moment, le délai d'intervention annoncé de 9 minutes, lequel délai court, selon le cahier spécial des charges, depuis le premier contact téléphonique avec le représentant du CHU de Liège jusqu'à l'arrivée du technicien sur site et sa prise en charge du dépannage ou de la réparation. Le simple chronométrage d'un temps de parcours a donc pu ne pas être considéré comme satisfaisant par la partie adverse et cette dernière a, en conséquence, pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation à cet égard, estimer que ce délai semble irréaliste à tenir "dans tous les cas". Il convient à cet égard de rappeler que le délai à respecter par le soumissionnaire s'entend bien d'un délai "maximal" à respecter dans tous les cas et en toutes circonstances, et non d'un délai "optimal" que le soumissionnaire s'engagerait à respecter dans toute la mesure du possible. De même, les autres justifications qui figurent dans l'offre et dans le courrier de justification, à savoir que la requérante a, depuis plus de 15 ans, réagi à plus de 2000 interventions en dehors des heures de service et ce, de manière satisfaisante et à savoir que son personnel sera présent dans le délai avancé en cas de problème "urgent" et chaque fois que cela est nécessaire (coupure en salle d'opération, rupture d'une canalisation, ...), n'apparaissent pas non plus de nature à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse dès lors qu'elles ne permettent en rien d'établir que le délai d'intervention maximal de 9 minutes, dans le sens indiqué par le cahier spécial des charges, sera dans tous les cas respecté. C'est également à juste titre que la partie adverse fait valoir que la requérante invoque aussi dans sa requête devant le Conseil d'Etat des éléments de fait dont elle n'avait pas fait état auparavant, tant dans son offre que dans courrier de justification du 16 février 2016. Il en va, notamment, ainsi de l'affirmation de la requérante selon laquelle les installations dont elle a la surveillance sont équipées d'une multitude d'alarmes prévenant en temps réel en cas de dysfonctionnement, affirmation qui comme l'observe par ailleurs la partie adverse, est contraire à l'affirmation de la requérante selon laquelle son technicien de garde démarre dans les "2 minutes" de l'appel du CHU de Liège. Il en va encore ainsi de l'affirmation selon laquelle ce serait près de 18 techniciens qui habitent dans un rayon de 5 km de la clinique, alors que la requérante n'a auparavant fait état que d'un chef de secteur, d'un chef d'équipe et de 4 techniciens se trouvant dans un tel rayon. Comme l'observe la partie adverse à ce sujet, il ne peut en tout état de cause pas lui être grief de ne pas avoir rencontré ces affirmations dans la motivation de la décision attaquée, dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle en avait connaissance lorsqu'elle a pris la décision attaquée. La même conclusion vaut pour ce qui concerne la pertinence du constat d'huissier établi après la notification de la décision attaquée. Si, s'agissant de ce constat, l'intention de la requérante serait, non pas d'établir un vice de motivation, mais bien une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse, il convient alors d'observer que ce constat d'huissier n'apporte rien de plus que ce qui avait déjà été annoncé par la requérante, à savoir que ce constat ne porte que sur le temps de parcours à intégrer dans le délai d'intervention annoncé et non sur les autres composantes à prendre en compte pour le calcul exact de ce délai (temps de réponse à

l'appel téléphonique par la centrale de la requérante ou directement par le technicien de garde; temps de préparation du technicien avant de prendre la route; temps de parcours; temps pour stationner sur le site et se rendre sur le lieu d'intervention). A supposer même qu'il y aurait par ailleurs bien lieu de prendre en considération les appréciations qui ont été portées à ce sujet par la partie adverse dans le cadre d'une précédente décision d'attribution du marché ensuite retirée, l'argument de la requérante selon lequel la partie adverse aurait, sans motivation, procédé à un revirement d'attitude dans son chef, ne peut non plus être retenu. Il ressort en effet de manière expresse du dossier administratif que la partie adverse a clairement informé la requérante de son revirement d'attitude, de même que du motif de celui-ci, à savoir le caractère "irréaliste" du délai d'intervention maximal annoncé, et ce, lorsque la requérante a été invitée à s'expliquer sur ce point précis par un courrier du 10 février 2016. Pour la même raison, la critique prise de la violation du principe de légitime confiance ne peut non plus être retenue. Il peut, en conséquence, être, *prime facie*, considéré que la partie adverse n'a violé aucune des dispositions visées à l'appui du deuxième moyen de la requête, en considérant, pour les raisons indiquées dans la décision attaquée, que l'offre de la requérante est entachée d'irrégularité en ce qui concerne le délai d'intervention "maximal" annoncé dans l'offre.

Il apparaît de même que la partie adverse ne peut être, *prima facie*, pas être considérée comme ayant commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, au regard notamment de l'objet du marché et de l'importance que revêt le respect, en pratique et dans tous les cas, du délai d'intervention maximal annoncé, que cette irrégularité porte sur une condition essentielle du marché, à savoir l'engagement sur un délai important, et constitue une irrégularité substantielle au sens de l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dès lors qu'elle est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre soumissionnaires, à affecter la comparaison des offres et à modifier le classement de celles-ci, ce qui suffit par là-même à déclarer irrégulière l'offre de la requérante.

A la lumière de l'examen auquel il vient d'être procédé et au vu des différents éléments avancés par la requérante tant dans son offre que dans son courrier de justification du 16 février 2016, il est de même permis de considérer, *prima facie*, que la partie adverse n'a pas violé son obligation de motivation formelle en concluant, pour les motifs expressément indiqués dans la décision attaquée, que l'offre de la requérante est, sur ce point, entachée d'une irrégularité substantielle justifiant, par elle-même, l'écartement de son offre. Si cette motivation est en effet succincte, elle est cependant parfaitement compréhensible au regard des éléments du dossier administratif en la connaissance de la requérante et cette dernière a bien compris la portée exacte de cette motivation formelle, ainsi qu'en atteste les développements de la troisième branche de son deuxième moyen.

La troisième branche du deuxième moyen n'est, en conséquence, pas sérieuse, ce qui suffit en soi à conclure au rejet de ce moyen dans son ensemble.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

VII. 1.1. Thèse de la requérante

Le troisième moyen de la requête est pris de la "violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en son article 3, 2°, et son annexe 1, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, notamment de son article 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif aux marchés publics, notamment en son article 70, [et] de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, notamment ses articles 3 et 4, [en] ce que la mise en concurrence est décrite comme un marché de services, [alors] qu'à l'analyse des différents postes du métré, divers travaux sont requis, comme cela découle de la lecture du cahier spécial des charges et le marché ne peut être attribué qu'à un entrepreneur qui dispose effectivement de l'agrément idoine".

La requérante fait valoir les arguments suivants à l'appui de son moyen:

" [...] Intérêt à la critique

[...] Rappelons d'emblée que la réglementation relative à l'agrément est d'ordre public [Gand, 30 janvier 2009, *MCPOoO*, 2014/2]. Aucun intérêt particulier n'est par conséquent requis.

De surcroît, la requérante a un intérêt au moyen, puisqu'à le supposer fondé, il lui procure une chance de retrouver le marché, dès lors que seuls deux concurrents étaient en lice.

COFELY dispose d'un intérêt au moyen puisqu'elle dispose de l'agrément dans la catégorie et la classe correspondant à son offre, catégorie D16 (classe 7), catégorie D17 (classe 5), catégorie D18 (classe 5), catégorie P1 (classe 7), catégorie P2 (classe 5), catégorie T3 (classe 5) [http://ng3.economie.fgov.be/NI/agrea/detail_fr.asp?nrm=16200&erk=14639], alors qu'il ne paraît pas en aller de même de l'attributaire pressenti.

[...] Apparence de droit

[...] Le marché porte – notamment – sur des travaux. Sous cette notion, la loi du 15 juin 2006 entend ce qui suit (annexe 1 de la loi – rubrique 45.3) :

45.31	Travaux d'installation électrique	Cette classe comprend l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants : - câbles et appareils électriques - système de télécommunication - installation de chauffages électriques	4521 3316 4531 0000 sauf 4531 6000
-------	-----------------------------------	--	--

		<ul style="list-style-type: none"> - antennes d'immeubles - système d'alarme incendie - système d'alarme contre les effractions - ascenseurs et escaliers mécaniques - paratonnerres etc.. 	
45.32	Travaux d'isolation	Cette classe comprend : - la mise en oeuvre dans les bâtiments ou d'autres projets de construction de matériaux d'isolation thermique, acoustique et antivibratile Cette classe ne comprend pas : les travaux d'étanchéité voir 45.22	4532 0000
45.33	Plomberie	Cette classe comprend l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants : - Plomberie et appareils sanitaires - appareils à gaz - équipements et conduites de chauffage, de ventilation de réfrigération ou de climatisation - installation d'extinction automatique d'incendie Cette classe ne comprend pas : - la pose d'installations de chauffages électriques. voir 45.31	4533 0000
45.34	Autres travaux d'installation	Cette classe comprend : - l'installation de systèmes d'éclairage et de signalisation pour chaussées, voies ferrées, aéroports et installations portuaires - l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction d'installations et d'appareils non classés ailleurs.	4523 4115 4531 6000 4534 0000

[...] Aux termes du cahier spécial des charges, il convient – notamment – de procéder au remplacement complet du matériel au besoin, avec des opérations de pose et d'installation soit d'installations électriques, soit de plomberie, soit d'autres travaux d'installation, spécialement lorsque le matériel doit être remplacé.

Ainsi, on lit ce qui suit dans le cahier :

"Pour une partie des installations (par défaut toutes les installations décrites excepté le matériel et les installations décrites en III.2.7.1) confiées en conduite, entretien et dépannage l'adjudicataire propose une couverture supplémentaire en garantie totale. La redevance garantie totale couvre complètement les frais induits par le remplacement du matériel défectueux (en ce compris, matériel, logiciel, sous-traitants...). Le recours à l'utilisation de la garantie totale vise à restituer les installations listées dans ce document, dans

le même état ou dans un meilleur état que celui dans lequel elles se trouvaient en 2015[Cahier spécial des charges, page 51].

L'adjudicataire doit être proactif, planifier le remplacement et y procéder avant que le matériel visé soit devenu impossible à conduire économiquement (trop de pannes ou d'interventions correctives) ou que les pièces ou logiciels soient définitivement indisponibles" [Cahier spécial des charges, pièce 3, p. 52].

Il s'agit au demeurant de remplacer les équipements suivants :

- tantôt installations électriques : pages 59 et s. & pages 69 et s. du cahier spécial des charges vise : « toutes les installations électriques »,
- ou de plomberie : le cahier vise en effet (pages 60 et s.):
- + toutes les installations de HVAC (csc p. 80 et s : eau chaude & froide, chauffage, ventilation, air conditionné, etc.);
- + toutes les installations sanitaires (p. 94 et s.);
- + *etc.*

Ainsi, relevons à titre illustratif :

« Tuyauteries

Alimentant partout les différents équipements sous contrat et hors contrat (par exemple lave bassins, analyseurs, fontaine à eau...) sur le site du CHU ND des Bruyères, qu'elles que soit leur nature (acier bleu, inoxydable ou galvanisé, Alpex, PB, Mepla, cuivre...) ou leur état (soudée, filetée, assemblée, flexible...). Y compris supports, isolation, resserrage coupe-feu ... » [Cahier spécial des charges, pièce 3, page 102];

- voire d'autres travaux d'installation :

- + les installations de fluides médicaux (csc. Pages 103 et s.);
- + les portes motorisées (csc, p. 104 et s.);
- + d'autres travaux divers (csc p. 105 et s.).

[...] Lorsque des travaux sont commandés par un pouvoir adjudicateur, ils ne peuvent être attribués qu'à un opérateur économique qui satisfait aux conditions relatives à l'agrément des entrepreneurs de travaux, ou qui – s'il est étranger – peut se prévaloir d'une inscription sur une liste officielle de son pays, conformément à l'article 5 de la loi du 20 mars 1991, précitée.

Dès lors que l'agrément n'est indiquée ni dans l'avis de marché, ni au demeurant dans le cahier spécial des charges et que le pouvoir adjudicateur n'a pas demandé de précision relative à celle-ci aux soumissionnaires, on peut penser qu'elle n'a pas été prise en compte lors de l'attribution.

Qui plus est – quand bien même aurait-elle été prise en compte – l'on peut douter que TDGI en dispose, puisque selon les renseignements de la requérante, l'attributaire pressenti ne dispose pas d'une agrément en Belgique. En effet, la consultation du site web comprenant la Banque de données des entrepreneurs agréés

[http://economie.fgov.be/fr/entreprises/domaines_specifiques/Qualite_construction/Agreement_entrepreneurs/Banque_donnees_entrepreneurs_agrees] permet de constater qu'aucun entrepreneur répondant au nom de TDGI [Numéro d'entreprise : 550.843.796 ; ou sa consœur portugaise TDGI Technologia de Imoveis SA.] n'est agréé.

Par voie de conséquence, la décision qui attribue le marché à un soumissionnaire non agréé ou qui n'a pas entrepris les démarches nécessaires en vue de l'obtention de l'agrément est irrégulière".

VI. 1.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse réfute le caractère sérieux du troisième moyen sur la base des considérations suivantes:

" [...] Marché de services

[...] Le marché litigieux est un marché public de services, tel que défini à l'article 3, 4° de la loi du 15 juin 2006 :

« le marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visée à l'annexe II de la présente loi ».

La S.A. COFELY SERVICES ne paraît pas remettre en cause la qualification du marché de services ; à tous le moins, aucun élément permettant de la remettre en cause n'est présenté.

Cette qualification n'est de toute manière pas contestable au regard de l'objet du marché, intitulé « contrat de maintenance et de garantie totale des installations du Centre Hospitalier Universitaire de Liège – Site N.-D. des Bruyères », portant sur les missions suivantes:

- la conduite ;
- le pilotage ;
- l'entretien ;
- le dépannage ;
- la garantie totale ;
- la gestion du combustible ;
- le nettoyage ;
- la veille juridique.

Ces missions constituent par nature des missions de services, et en tout cas, ne constituent pas des missions de travaux, ni de fournitures. Ces missions correspondent avec les catégories « services d'entretien et de réparation » et « services de nettoyage de bâtiment et services de gestion de propriétés » visées par l'annexe II de la loi du 15 juin 2006.

Par ailleurs, pour répondre à l'argumentation développée par la SA COFELY SERVICES, un contrat d'entretien et réparation (contrat de maintenance) implique – de manière évidente et par définition – le remplacement éventuel de pièces défectueuses sans que cette mission implique l'existence d'un marché de travaux au sens de la loi du 15 juin 2006.

[...] L'agrération régie par la loi du 20 mars 1991 ne constitue pas un critère de sélection dans le cadre d'un marché de services.

[...] Dans le cadre d'un marché public de services, la sélection des candidats est régie par l'article 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, lequel ne permet pas [Le rapport au Roi précise en effet que « pour les marchés soumis à une publicité européenne préalable obligatoire, il découle de l'article 73 du présent projet qu'aucune autre référence que celles énumérées aux articles 68 et 72 ne peut être exigée »] qu'une agrération d'entrepreneur soit requise :

« Art. 72. Dans le cas d'un marché de services, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des services :

- 1° par la preuve que le candidat ou le soumissionnaire se conforme à certaines normes de garantie de la qualité conformément à l'article 77;
- 2° par l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité;
- 3° par l'indication des titres d'études ou professionnels du prestataire de services ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables qui peuvent être chargés de la prestation de services;
- 4° uniquement dans les cas appropriés, par l'indication des mesures de gestion environnementale que le prestataire de services pourra appliquer lors de la réalisation du marché;
- 5° par une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;

- 6° par une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché;
- 7° par la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services;
- 8° par une description de l'équipement technique, des mesures employées par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;
- 9° lorsque les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, par un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme. Ce contrôle porte sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prend pour garantir la qualité;
- 10° par l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter ».

[...] Partant, le CHU de LIEGE n'a commis aucune erreur en n'exigeant pas des candidats une quelque agréation d'entrepreneur au stade de la sélection qualitative. L'obligation que vise la SA COFELY SERVICES existe uniquement dans le cadre d'un marché de travaux, en vertu de l'article 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. [...] Du reste, la SA COFELY SERVICES ne peut apporter la preuve que la SM TDGI ne dispose pas d'agrément équivalents aux siennes.

En qualité d'entreprise étrangère, une des sociétés composant la SM TDGI peut se prévaloir d'une inscription sur une liste officielle de son pays, en vertu de l'article 5 de loi du 20 mars 1991 :

« L'inscription sur la liste officielle des entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre des Communautés européennes, vaut agrément, comme prévue à l'article 3, pour autant que cette agrément soit équivalente conformément aux conditions visées à l'article 4, § 1^{er} ».

Or, chacun des membres de la SM peut faire valoir les agrément dont il dispose pour démontrer qu'il peut être sélectionné".

VII.1.3 Thèse des parties intervenantes

Les parties intervenantes réfutent également le caractère sérieux du troisième moyen sur la base des considérations suivantes:

" COFELY soutient dans ce moyen que le marché en cause comporte divers travaux et que dès lors le marché ne peut être attribué qu'à un entrepreneur agréé qui dispose effectivement de l'agrément idoine.

Selon COFELY, les requérantes en intervention ne disposent nullement de l'agrément requise.

Les requérantes en intervention conteste qu'elles ne disposeraient pas de l'agrément requise pour les travaux faisant l'objet du marché. Ces agrément sont produites dans le cadre de la présente procédure.

Pour rappel, le marché litigieux est un marché de services, ce qui n'est nullement contesté par COFELY.

Le marché de service est défini comme :

« Le marché public de service autre qu'un marché public de travaux ou de fourniture, portant sur les prestations de services visée à l'annexe II de la présente loi ».

Quand bien même, le présent marché serait considéré comme un marché mixte, cela n'aurait aucune incidence sur la situation.

Le marché reste, pour l'essentiel, composé de services, à savoir, le pilotage, la conduite, l'entretien, le dépannage, la garantie totale, la gestion du combustible, le nettoyage et la veille juridique. Ces prestations sont des services d'entretien et de gestion. Ces missions entrent dans la catégorie des services d'entretien et de réparation et de services de nettoyage de bâtiment et de gestion de propriété. Il ne s'agit pas de travaux au sens de l'article 3, 2°, de la loi du 15/06/2006.

Dès lors, les agrégations qu'un pouvoir adjudicateur peut exiger pour les travaux confiés par marché public à un soumissionnaire en application de l'article 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ne peuvent pas concerner ces services [C.E., arrêt n° 228.039 du 8 juillet 2014].

La partie adverse ferait référence à une minorité de prestations incluses dans le marché qui relèveraient selon elle toutefois de la catégorie des travaux, à savoir les prestations de signalisation de chantier.

Ces travaux seraient accessoires et correspondraient à une valeur largement inférieure au total du marché.

COFELY ne conteste pas la nature du marché.

Le troisième moyen n'est pas sérieux."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

En application de son article 2, la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux est, notamment, applicable aux marchés publics de travaux tels que définis à l'article 3, 2°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Selon cette dernière disposition, un marché public de travaux est un "marché public ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution, de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I^{re} de la présente loi [...]".

Par contre, en application de l'article 3, 4°, de la même loi du 15 juin 2006, un marché public de services est un marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visés à l'annexe II de la présente loi, étant entendu qu'un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II de la présente loi et ne comportant des activités visées à l'annexe I^{re} de la présente loi (à savoir des travaux) qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché, est considéré comme un marché public de services.

En l'espèce, il est clair que, comme l'indique l'intitulé du cahier spécial des charges (CHUST/15.121) y relatif, le présent marché public est un marché public de services au sens de l'article 3, 4°, de la loi du 15 juin 2006 précitée. Cette qualification n'est par ailleurs pas contestée, en tant que telle, par la requérante. Le

bien-fondé de cette qualification ressort aussi très clairement de l'objet principal du marché, tel que celui-ci est décrit à l'article I.1. du cahier spécial des charges: " Le présent marché à lot unique a pour objet la maintenance et la garantie totale des installations du Centre Hospitalier de Liège sur le site de N.-D. des Bruyères. La mission comprend: La conduite / Le pilotage (supervision) / L'entretien / Le dépannage / La garantie totale / La gestion du combustible / Le nettoyage (ventilation, éclairage) / La veille juridique et réglementaire [...]". Les activités ainsi visées sont de toute évidence des "services" visés à l'annexe II de la loi du 15 juin 2006, et non des "travaux" au sens de l'annexe I^{re} de la même loi. Ceci est encore conforté par l'article III.1 du cahier spécial des charges qui précise que "le présent appel d'offre vise à assurer et à améliorer la fiabilité des installations techniques du CHU ND des Bruyères au travers d'un contrat d'entretien rigoureusement planifié, exécuté et audité à tout moment par les personnes désignées par le CHU de Liège ou par leurs remplaçants".

Comme le fait valoir la requérante, il est vraisemblable, au vu de l'ampleur de l'objet du marché litigieux ainsi que de sa durée, que certains "travaux", de portée limitée, devront être effectués au sens de l'annexe I^{re} de la loi du 15 juin 2006 précitée, mais cela ne suffit pas à considérer, et la requérante ne l'affirme ni ne l'établit pas non plus, que de tels travaux ne seront pas effectués à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché litigieux, ce qui suffit pour considérer que ce marché reste un marché public de services et ce, en application de l'article 3, 4^o, *in fine*, de la loi du 15 juin 2006.

Au stade de l'examen de la requête en suspension, il y a donc lieu de considérer que le troisième moyen de la requête est dépourvu de tout sérieux, du fait qu'il manque en droit.

Il n'est, en conséquence, pas nécessaire d'aller plus avant dans l'examen du moyen et, notamment, d'examiner si les agrégations produites par l'une des parties intervenantes en tant qu'entrepreneur de travaux agréé en application du droit portugais, sont ou non acceptables.

VIII. MOYEN NOUVEAU

VIII.1. Thèses des parties

VIII.1.1 Thèse de la requérante

Dans une note envoyée par courriel au Conseil d'Etat le 10 août 2016, la requérante fait valoir un moyen nouveau qu'elle expose dans les termes suivants :

- " [...] Le moyen nouveau est pris de la violation :
- de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et en particulier de son l'article 25;
 - de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à l'attribution des marchés publics dans les secteurs classiques et en particulier de ses articles 91, 95 et 96 ;
 - des documents du marché et en particulier du cahier spécial des charges ;
 - des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires ;
 - des principes de bonne administration, *patere legem quam ipse fecisti*, de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation ;
 - des principes de transparence et de bonne administration ;
 - de l'obligation de motivation matérielle et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles ;
 - pour autant que de besoins, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3.
- En ce que le Conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer le présent marché à l'association momentanée TDGI ;
- Alors que l'offre de l'association momentanée TDGI a été modifiée après ouverture et est entachée d'une irrégularité substantielle.

[...]Recevabilité du moyen nouveau

[...] Comme démontré ci-après, il ressort du rapport d'analyse des offres que l'offre de TDGI a été déclarée régulière alors qu'elle est matériellement irrégulière.

[...] Le moyen nouveau est recevable dès lors que c'est lors de la prise de connaissance du dossier administratif de la partie adverse et en particulier du rapport d'examen des offres que la requérante a pris connaissance de l'irrégularité de l'offre de TDGI.

En effet, conformément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2013, le pouvoir adjudicateur n'a communiqué à la requérante, dont l'offre a été jugée irrégulière, que les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée.

La requérante n'a eu connaissance du rapport d'examen des offres et donc de l'analyse de la régularité de l'offre de TDGI que lors du dépôt de la note d'observation et du dossier administratif de la partie adverse.

[...]Selon une jurisprudence constante de Votre Conseil, un moyen nouveau peut être formulé en cours d'instance lorsque l'irrégularité dénoncée est apparue à la prise de connaissance du dossier administratif.

Votre Conseil a déjà jugé ce qui suit [C.E., n° 233.319 du 18 décembre 2015] :

«Ce n'est que la lecture du courrier adressé par la partie adverse à la partie intervenante le 23 septembre 2015, qui fait apparaître que la partie adverse a considéré que les erreurs invoquées par ce soumissionnaire ne constituaient pas des erreurs matérielles au sens de l'article 96 précité, mais l'a néanmoins invité à compléter son offre en remettant un prix pour les postes litigieux. À défaut d'avoir eu accès à cette pièce, la partie requérante ne disposait pas de l'information lui permettant d'exposer de manière recevable en quoi l'acte attaqué viole, à son sens, l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2015. Le moyen est recevable ».

Dans une autre affaire qui a été soumise à Votre Conseil, des requérantes ont fait valoir un nouveau moyen dans une note déposée le jour de l'audience, sous l'intitulé « Nouveau moyen de suspension d'extrême urgence », qu'elles disent avoir pu développer suite à la prise de connaissance d'une note. Votre Conseil a décidé que « Pour les raisons que les parties requérantes indiquent, le nouveau moyen est recevable ». [C.E., n° 299.109 du 12 novembre 2014]
Le nouveau moyen est donc recevable.

[...] Par ailleurs, la partie requérante a un intérêt au moyen dans la mesure où il tend à démontrer que la partie adverse ne pouvait pas retenir l'offre de l'association momentanée TDGI pour cause d'irrégularité substantielle. Or si l'offre de l'association momentanée TDGI n'avait pas été retenue, la partie requérante aurait retrouvé une nouvelle chance d'obtenir le marché.

[...] Afin de permettre aux parties adverse et intervenante de faire valoir leurs arguments quant à ce nouveau moyen lors de l'audience, ce moyen nouveau est développé dans la présente note d'audience.
Même si le règlement général de procédure ne prévoit pas le dépôt d'une note d'audience, il est toutefois admis qu'un tel écrit puisse être déposé à titre informatif.

[...] Développement du moyen

[...] Une offre ne peut être modifiée

[...] L'article 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 précitée prévoit que :
«Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par appel d'offres, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution ».

[...] Dans le cadre d'un appel d'offres, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire. Ce qui implique que, en principe, une offre ne peut pas être modifiée après son dépôt, que ce soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire [C.E., n° 216.998 du 21 décembre 2011; C.E., n° 211.865 du 9 mars 2011; C.E., n° 208.494 du 28 octobre 2010 ; C.E., n° 203.348 du 29 avril 2010; C.E., n° 181.487 du 26 mars 2008].

[...] Comme développé au point [...] *infra*, le pouvoir adjudicateur peut interroger le candidat qui a commis une erreur de calcul – en ce compris dans la mention erronée d'un prix unitaire – afin de connaître son intention réelle [Cass., 30 mars 2006, c05 0346/N].

Des données relatives à l'offre peuvent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes [CJUE, C-336/12 du 10 octobre 2013, point 31 et s.; CJUE, C-599/10 du 29 mars 2012, points 36 et s]. Mais ces corrections et précisions ne peuvent pas emporter de modification de l'offre, et la demande formulée par le pouvoir adjudicateur ne peut être interprétée en ce sens [C.E., n° 210.422 du 14 janvier 2011].

[...] Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 rappelle que la faculté du pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à préciser et à compléter la teneur de leur offre ne peut cependant conduire à des abus, ni avoir pour effet de modifier les offres remises [Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011, M.B., 9 août 2011, p. 44862 ; spéc. sous l'article 96]. En d'autres termes, cette procédure ne peut pas être utilisée pour purger une irrégularité substantielle [C.E., n° 213.602 du 31 mai 2011]. En invitant, après la clôture des offres comportant des variantes, une des entreprises à soumettre une offre pour une variante qu'elle avait omise, le pouvoir adjudicateur outrepassa son pouvoir de correction d'erreur matérielle, qui s'étend à la correction d'un chiffre, d'un calcul ou d'un report erroné [Liège, 16 octobre 2001, J.L.M.B., 2004, p. 296; J.T., 2002, p. 111].

[...] La régularité des offres doit en principe être évaluée sur la base des offres mêmes et pas à la lumière de déclarations complémentaires des soumissionnaires qui comportent une modification de l'offre, et ce à peine de violation de l'égalité de traitement des soumissionnaires [C.E., n° 209.197 du 24 novembre 2010; C.E., n° 208.494 du 28 octobre 2010 ; C.E., n° 199.335 du 5 janvier 2010]. Le tribunal de première instance des Communautés européennes a d'ailleurs jugé dans le même sens :

«Une telle obligation ne saurait par ailleurs être imposée au titre des principes de bonne administration et d'égalité de traitement dans une hypothèse où l'instance chargée du dépouillement des offres a découvert dans l'une de celles-ci une erreur systématique de calcul ne pouvant être qualifiée de particulièrement manifeste dont elle n'a pu déterminer la nature et la cause exacte. En effet, en pareil cas, tout contact avec l'auteur de cette offre comporterait le risque d'une présentation par celui-ci, sous couvert d'une simple correction, d'une offre nouvelle, ce qui pourrait conduire, dès lors que les autres entreprises en compétition ne se verraient pas offrir la même possibilité, à une violation du principe d'égalité de traitement» [T.P.I., affaire T-19/95 du 8 mai 1996 ; T.P.I., affaire T-169/00 du 26 février 2002, point 49].

[...] La doctrine rappelle encore qu'un soumissionnaire ne peut pas être interrogé pour pallier une irrégularité (de surcroît substantielle) de son offre :

« Doctrine comme jurisprudence sont fixées en ce sens qu'en principe, la régularité d'une offre doit, dans tout type de procédure, s'apprécier sur la base de l'offre elle-même et non à la lumière de déclarations complémentaires, à peine de violer le droit des soumissionnaires à l'égalité de traitement.

L'irrégularité n'est pas toujours aisée à constater. Afin de s'en assurer, le pouvoir adjudicateur peut, en appel d'offres, demander au soumissionnaire dont la régularité est douteuse de lui apporter des éclaircissements nécessaires afin de lever l'incertitude constatée (C.E., n° 164.972, 21 novembre 2006 et C.E., n° 164.973 du 21 novembre 2006). L'article 115, alinéa 6, de l'AR n° 1 et l'article 103, alinéa 6, de l'AR n° 2 permettent en effet au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec les soumissionnaires pour faire précision ou compléter la teneur de leur offre.

Cette faculté doit être exercée dans les limites du raisonnable et de l'égalité de traitement, et reposer sur des motifs admissibles (C.E., n° 198.594 du 7

décembre 2009). Elle ne peut en effet, suivant le Conseil d'État, être mise en œuvre lorsqu'il s'agit de rectifier une offre dont les manquements au cahier spécial des charges sont importants en termes tant quantitatifs que qualitatifs (C.E., n° 156.427 du 15 mars 2006). Lorsqu'il y recourt, le pouvoir adjudicateur doit également respecter le principe d'égalité entre soumissionnaires. Il ne peut, par conséquent, déclarer irrégulière l'offre d'un soumissionnaire sans l'inviter à fournir des précisions sur un élément de son offre soulevant une difficulté d'interprétation alors que le soumissionnaire dont l'offre présentait à tout le moins les mêmes difficultés sur le même élément a été interrogé, permettant ainsi de lever le soupçon d'irrégularité. Le rapport au Roi précédent l'AR n° 1 précise que les précisions ou les compléments envisagés par l'article 115 ne peuvent permettre de couvrir une quelconque irrégularité affectant une offre déposée (C.E., n° 200.316 du 1^{er} février 2010 ; C.E., n° 161.569 du 31 juillet 2006). Il s'ensuit que si un pouvoir adjudicateur peut, pour juger la régularité d'une offre, prendre contact avec un soumissionnaire pour dissiper certaines incertitudes ou imprécisions des documents remis par ce soumissionnaire, ces contacts ne peuvent pas permettre au soumissionnaire interrogé de modifier ou de corriger l'offre remise en couvrant le vice d'irrégularité suspecté. Autrement dit, la prise de contact peut seulement viser à lever le doute existant quant à l'existence d'une irrégularité éventuelle de l'offre ; elle ne peut pas aboutir à lever l'irrégularité ainsi dévoilée.

La jurisprudence tend cependant à admettre une exception à ce qui vient d'être énoncé. Tout en rappelant que sauf disposition légale ou réglementaire expresse et sous réserve de dispositions particulières du cahier spécial des charges, les documents qui accompagnent la soumission doivent normalement être joints à celle-ci lors de son dépôt et ne peuvent être transmis après l'ouverture des offres, elle estime en effet que, face à une offre incomplète, un pouvoir adjudicateur peut demander les documents manquants dans la soumission (C.E., n° 199.335 du 5 janvier 2010 ; C.E., n° 198.594 du 7 décembre 2009 ; C.E., n° 181.352 du 19 mars 2008 : ces trois arrêts ont été rendus à propos de marchés passés en adjudication). Cette faculté serait, bien que cette position soit critiquable, en outre interdite lorsque les documents sont prescrits à peine de nullité ou lorsque leur omission constitue une irrégularité substantielle (C.E., n° 198.594 du 7 décembre 2009 ; C.E., n° 199.283 du 29 décembre 2009 ; C.E., n° 101.493 du 5 décembre 2001 ; C.E., n° 209.381 du 1^{er} décembre 2010 ; C.E., n° 171.003 du 10 mai 2007).

La prise de contact ne peut aboutir à la régularisation d'une offre entachée d'irrégularités, quelles qu'elles soient. En effet, le principe cardinal et fermement établi interdit de modifier des offres après la date fixée pour le dépôt ou l'ouverture de celle-ci» [A. Vandeburie, *Chronique des marchés publics* 2010-2011, p. 648].

Monsieur Flamme considère à cet égard que :

« Sont interdites les négociations entre l'Administration et un soumissionnaire à l'effet soit de lui faire accorder un rabais, soit de lui faire retirer les réserves dont est assortie son offre, soit de lui permettre de compléter celle-ci ; la régularité des soumissions s'apprécie et leur comparaison s'effectue sur la base des soumissions elles-mêmes et non à la lumière de déclarations complémentaires» [M.-A. Flamme, *Commentaire*

pratique de la réglementation des marchés publics – sixième édition, Bruxelles, Confédération de la construction, 1996, p. 1014].

« Le Rapport au Roi ajoute, pour autant que de besoins, qu' "en toute hypothèse, les précisions et compléments envisagés ne peuvent permettre de couvrir une quelconque irrégularité affectant une offre déposée".

Le principe de l'interdiction de toute discussion et *a fortiori* de toute négociation compromettant le principe d'égalité dans la concurrence entre soumissionnaires est donc confirmé » [M.-A. Flamme, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics – sixième édition, Bruxelles, Confédération de la construction, 1996, p. 1079].

[...] Il résulte de ces développements qu'un soumissionnaire ne peut modifier son offre après la séance d'ouverture. Si une telle modification est formulée, elle ne peut être prise en considération par le pouvoir adjudicateur. En permettant à l'association TDGI de couvrir une irrégularité de son offre, de surcroît après la séance d'ouverture des offres, la partie adverse a violé les articles et principes visés au moyen.

[...] En l'espèce, la partie adverse a admis que le soumissionnaire TDGI modifie substantiellement son offre.

[...] Concernant les prestations du personnel, le cahier spécial des charges précise que l'adjudicataire doit prévoir la présence d'un chef de secteur à 80 % de son équivalent temps plein sur le site du CHU ND des Bruyères [p. 64 du cahier spécial des charges].

Il s'agit d'une exigence technique imposée par le cahier spécial des charges. Dans son offre, TDGI proposait la présence d'un chef de secteur à hauteur de 47,44 % d'un équivalent temps plein. L'offre de TDGI était donc irrégulière sur ce point dès lors qu'elle méconnaissait une exigence technique.

Par courriel du 10 février 2016, le pouvoir adjudicateur a interrogé l'association momentanée TDGI quant à cette irrégularité [pièce 15 du dossier administratif de la partie adverse] :

« Chef de secteur

Quelle est la présence effective prévue (affectation réelle à la mission) ? (Votre tableau récapitulatif au point 4.1 de votre offre ne nous donne pas de valeur évidente. Pourriez-vous confirmer la présence sur site en pourcentage ?

De plus, d'après votre récapitulatif des moyens mis à disposition pour répondre aux objectifs du marché, la prestation du chef de secteur est de 816 heures pour une prestation minimum demandée dans le cahier des charges de 1.376 heures (1 temps plein = 1720) ».

[...] Par courriel du 17 février 2016, l'association momentanée TDGI a répondu de la manière suivante :

« Chef de secteur

Par rapport au calcul des heures du chef de secteur, il faut mentionner que TDGI a fait une erreur en écrivant la valeur correcte dans son offre. En effet, nous devons considérer 1.376 heures par an ».

Ce faisant, TDGI a donc modifié son offre initiale quant au taux de présence du chef de secteur (1376 heures au lieu de 816 heures).

[...] La partie adverse a accepté cette modification et a déclaré l'offre de TDGI régulière. Ainsi qu'il ressort du rapport d'examen des offres [pièce 8 du dossier administratif de la partie adverse. On relèvera encore qu'il résulte de cet extrait du rapport que la partie adverse a accepté d'arrondir le taux de présence calculé alors que la partie adverse a refusé d'appliquer un tel arrondi s'agissant du taux de garantie faisant l'objet de la deuxième branche du deuxième moyen. La partie adverse a ainsi violé le principe d'égalité entre les soumissionnaires en appliquant des méthodes de cotation différentes pour deux types de valeurs identiques]:

« Association momentanée TDGI

Le premier point relevé : Effectif et qualification - taux de présence

Conformément au § III.4.1 du cahier spécial des charges,

"L'adjudicataire prévoit la présence du chef de secteur à 80 % de son ETP sur le site du CHU ND des Bruyères ".

Les soumissionnaires devaient remettre le détail des moyens humains mis à disposition pour l'exécution du marché, comprenant les personnes, leurs qualifications et le nombre d'heures de prestée sur site par ces personnes.

L'association momentanée TDGI a indiqué pour un des chefs de secteur renseigné (FIGUEIREDO Ricardo), un nombre d'heures de présence sur site de 816 heures Or, sur base d'un nombre de 1.720 heures/an pour un équivalent temps plein, le nombre d'heures renseigné par l'association momentanée TDGI est de seulement 47,44 % (arrondi à 10^{-2} après la virgule) d'un équivalent temps plein, soit un pourcentage nettement inférieur au minimum de 80 % requis par le cahier des charges.

Le pouvoir adjudicateur a invité l'association momentanée TDGI à préciser la teneur de son offre afin de vérifier qu'il ne s'agissait pas d'une erreur d'interprétation du pouvoir adjudicateur. La société TDGI a répondu en indiquant que "TDGI a fait erreur en écrivant la valeur correcte dans son offre. En effet, nous devons considérer 1.376 heures par an".

Le nombre de 1.376 heures par an correspond bien à 80 % de 1.720, comme cela est requis par le cahier spécial des charges.

Par ailleurs, suite à une demande de complément d'informations, l'association momentanée TDGI précise que la "clarification de la valeur de « heures du chef de secteur » n'a aucune incidence sur les prix remis dans notre offre. "

Le pouvoir adjudicateur considère que cette erreur matérielle n'est pas substantielle dès lors qu'elle n'emporte aucune conséquence sur le prix de l'offre du soumissionnaire».

En acceptant cette modification et en déclarant l'offre de TDGI régulière, la partie adverse a méconnu les règles et principes visés à l'appui du moyen qui interdisent qu'une offre puisse être modifiée après son ouverture.

[...] La modification admise ne constitue pas la correction d'une erreur matérielle

[...] La partie adverse a considéré l'erreur de chiffres dans l'offre de l'association momentanée TDGI (816 h au lieu de 1.376 h) comme une erreur matérielle.

Contrairement à ce qui est exprimé dans le rapport d'analyse des offres, la modification admise par le pouvoir adjudicateur ne constitue nullement la correction d'une erreur matérielle.

[...] L'article 96 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées. Pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants et en appliquant si nécessaire le § 4. Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime la précision inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. En cas d'impossibilité, le pouvoir adjudicateur peut décider soit que les prix unitaires font foi, soit d'écarter l'offre comme irrégulière.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur corrige les offres en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que des erreurs purement matérielles relevées par lui ou par un soumissionnaire dans les documents du marché.

§ 3. Lorsque le pouvoir adjudicateur rectifie des erreurs directement dans des offres établies par des moyens électroniques, il conserve une version originale de ces offres et veille à ce que ses rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales. Le pouvoir adjudicateur signe par des moyens électroniques conformes à l'article 52, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, ses rectifications ou la version adaptée.

§ 4. Le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier ».

Il découle du paragraphe premier, alinéa premier, de cette disposition que seule une erreur purement matérielle ou une erreur dans les opérations arithmétiques peut être rectifiée.

Il ressort de la lecture combinée du paragraphe premier, alinéa deux, et du paragraphe quatre, de la disposition que lorsque le pouvoir adjudicateur procède à la rectification d'un prix, il peut préalablement s'adresser au soumissionnaire pour l'inviter à préciser ou à compléter la teneur de son offre, mais cette opération ne peut aboutir à modifier l'offre [C.E., n° 233.319 du 18 décembre 2015].

[...] L'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'indique pas ce qu'il convient d'entendre par une erreur matérielle. L'erreur matérielle doit s'entendre comme celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire. Pour parvenir à cette conclusion, il faut que l'erreur soit telle que sa réalité ne prête pas à discussion [C.E., n° 232.738 du 28 octobre 2015].

Il a été jugé qu'un décalage dans l'encodage des prix de certains postes, lequel résulte à la lecture des documents du métré, d'un « décalage » entre le numéro

d'article du métré du soumissionnaire et le métré du pouvoir adjudicateur est une erreur matérielle [C.E., n° 152.843 du 16 décembre 2005]. Une erreur de frappe ou une erreur de calcul peut être considérée comme une erreur matérielle.

Par contre, la modification du prix d'un poste, initialement exprimé en m³ pour être ensuite exprimé en m² ne relève pas de l'erreur matérielle [C.E., n° 221.928 du 28 décembre 2012], ni des modifications volontaires de postes du cahier spécial des charges [C.E., n° 222.711 du 4 mars 2013], ni la remise d'un prix identique pour dix postes consécutifs du métré récapitulatif d'importance variable [C.E., n° 223.096 du 2 avril 2013].

[...] Par ailleurs, les offres de l'ensemble des soumissionnaires doivent être appréciées de la même manière, puisqu'il importe de respecter le principe d'égalité dans la mise en œuvre des rectifications des erreurs matérielles des offres [C.J.C.E., C-87/94 du 25 avril 1996, point 56].

[...] L'erreur doit être flagrante, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, l'erreur commise par l'association momentanée TDGI ne peut être qualifiée de simple erreur matérielle puisqu'il s'agit de modifier un taux d'occupation en passant de 47,44% à 80% ou encore de 816 heures à 1376 heures. En considérant qu'il s'agissait d'une erreur matérielle, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation.

[...] En acceptant une modification de l'offre qui ne constitue pas la correction d'une erreur matérielle, la partie adverse a violé les principes et dispositions visés à l'appui du moyen.

[...] L'offre initiale de TDGI est entachée d'une irrégularité substantielle

[...] Il n'est pas contestable que l'offre de TDGI est entachée d'une irrégularité dès lors qu'elle prévoit un taux de présence du chef de secteur largement inférieur à l'exigence imposée par le cahier spécial des charges.

Le régime de régularité des offres, applicable au présent marché, est décrit à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui dispose comme suit :

« § 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11, et le chapitre 6, sections 2 à 4, ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.

En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière ».

[...] En l'espèce, l'erreur porte sur un élément essentiel puisqu'il s'agit d'une prescription technique fondamentale tenant compte de l'objet du marché. Il

s'agit, en effet, pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer que la mission sera réalisée par un personnel qualifié. A cette fin, le pouvoir adjudicateur a imposé deux exigences s'agissant des effectifs et de leur qualification :

- « - L'adjudicataire maintient au minimum deux techniciens (ou un technicien et le chef d'équipe) présents sur le site du CHU ND des Bruyères chaque jour de la semaine du lundi au vendredi (hors jours fériés) toutes les semaines de l'année.
- L'adjudicataire prévoit la présence du chef de secteur à 80 % de son ETP sur le site du CHU ND des Bruyères ».

Le pouvoir adjudicateur a donc estimé qu'il était primordial que le chef de secteur soit présent sur le site selon un horaire correspondant à 80% de son temps plein. Une telle exigence est fondamentale dès lors que le chef de secteur est responsable du site et des contacts avec le client. Il est responsable de la coordination des travaux et de la maintenance. Il a une responsabilité globale par rapport à l'exécution du marché. Il est d'ailleurs expressément visé par le cahier spécial des charges.

Cofely a respecté cette exigence du cahier spécial des charges et a prévu dans son offre un chef de secteur présent sur le site selon un horaire correspondant à 80% de son temps plein. Son offre est donc plus chère que si elle avait prévu une présence du chef de secteur à 40%. L'irrégularité de l'offre de TDGI a donc un impact sur l'égalité entre les soumissionnaires et sur la comparabilité des offres.

En acceptant une modification d'un élément essentiel de l'offre, la partie adverse a méconnu les principes et dispositions visés à l'appui du moyen.

[...] Violation des principes d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires

[...] On relèvera encore qu'en agissant de la sorte, la partie adverse a également opéré une violation manifeste de l'égalité entre les soumissionnaires. La partie adverse a purement et simplement accepté que le soumissionnaire TGDI modifie son offre initiale après l'ouverture des offres. Une telle modification n'est pas permise en appel d'offres.

Il appartenait à la partie adverse de ne pas tenir compte de cette modification et de conclure à l'irrégularité de l'offre dès lors que l'offre ne répondait pas à une exigence technique essentielle du cahier des charges.

En acceptant une telle modification, la partie adverse a avantage un soumissionnaire en lui permettant d'adapter son offre après la séance d'ouverture.

[...] De plus, on rappellera que par courrier du 9 mars 2015, Cofely avait fait part au pouvoir adjudicateur que son offre contenait une erreur de frappe dans un montant. La partie adverse a estimé ce qui suit [pièce 1 du dossier de pièce de la requérante]:

« Il ne ressort pas des éléments invoqués par la société Cofely qu'il existe effectivement une erreur purement matérielle qui permette au pouvoir adjudicateur d'en prendre en compte et de rectifier l'offre.
Les erreurs successives relevées par la société Cofely ne permettent

pas au pouvoir adjudicateur d'identifier avec certitude l'intention réelle du soumissionnaire ni le caractère purement matérielle des erreurs invoquées.

Au regard de ces éléments, il est considéré par le pouvoir adjudicateur que l'offre de la société Cofely est entachée d'une irrégularité substantielle ».

La partie adverse a dès lors violé le principe d'égalité des soumissionnaires en admettant que l'offre de l'association momentanée TDGI comportait une erreur matérielle, sans pourtant la démontrer, et refuser l'erreur matérielle soulevée par Cofely parce que cette dernière ne démontre pas le caractère purement matériel des erreurs invoquées.

[...] Il résulte de ce qui précède que le moyen nouveau doit, par conséquent, être déclaré sérieux et fondé".

VIII.1.2. Débats à l'audience

A l'audience, la requérante maintient que la modification apportée par la partie intervenante à son offre est importante et ne peut être qualifiée d'erreur matérielle que cette partie aurait simplement corrigée sans modifier ni compléter son offre.

La partie adverse maintient pour sa part qu'elle ne considère pas que l'erreur en question est une erreur purement matérielle, mais bien qu'il s'agit d'une irrégularité qui affecte l'offre de la partie intervenante, cette irrégularité n'étant cependant pas considérée comme substantielle par la partie adverse. Après suspension d'audience, la partie adverse confirme son point de vue tout en précisant que l'offre de la partie intervenante a bien été revue en ce sens que cette dernière a fixé les prestations de son chef de secteur à 1.376 heures, au lieu de 816 heures, tout en ne modifiant pas le prix global de son offre.

La partie intervenante semble, pour sa part, mettre l'accent sur ce qu'il ne s'agissait en l'espèce que d'une simple erreur matérielle qu'elle pouvait corriger conformément à la réglementation applicable en la matière, et sans que cela n'ait eu un impact sur son offre.

VIII.2. Décision du Conseil d'Etat

Pour les raisons invoquées par la requérante, son moyen nouveau est recevable dans le cadre de la présente procédure en suspension, du fait qu'elle n'a pu développer ce moyen qu'après avoir pris connaissance du rapport d'analyse des offres, déposé par la partie adverse en même temps que son dossier administratif et que sa note d'observations, alors que seules les raisons ayant amené à considérer son offre comme étant irrégulière avaient été préalablement notifiées à la requérante.

Sur le plan du fond, il convient de rappeler que le rapport d'analyse des offres fait état de ce qui suit au sujet de l'irrégularité ainsi soulevée par la requérante en ce qui concerne l'offre remise par la partie intervenante:

" Le premier point relevé: Effectif et qualification – taux de présence.
Conformément au § III.4.1 du cahier spécial des charges, « L'adjudicataire prévoit la présence du chef de secteur à 80 % de son ETP sur le site du CHU ND des Bruyères ».
Les soumissionnaires devaient remettre le détail des moyens humains mis à disposition pour l'exécution du marché, comprenant les personnes, leurs qualifications et le nombre d'heures de prestée sur site par ces personnes.
L'association momentanée TGDI a indiqué pour un des chefs de secteur renseigné (...), un nombre d'heures de présence sur site de 816 heures. Or, sur base d'un nombre de 1.720 heures/an pour un équivalent temps plein, le nombre d'heures renseigné par l'association momentanée TGDI est de seulement 47,44 % (arrondi à 10^{-2} après la virgule) d'un équivalent temps plein, soit un pourcentage nettement inférieur au minimum de 80 % requis par le cahier des charges.
Le pouvoir adjudicateur a invité l'association momentanée TGDI à préciser la teneur de son offre afin de vérifier qu'il ne s'agissait pas d'une erreur d'interprétation du pouvoir adjudicateur. La société TDGI a répondu en indiquant que « TDGI a fait erreur en écrivant la valeur correcte dans son offre. En effet, nous devons considérer 1.376 heures par an ».
Le nombre de 1.376 heures par an correspond bien à 80 % de 1.720, comme cela est requis par le cahier spécial des charges.
Par ailleurs, suite à une demande de complément d'informations, l'association momentanée TDGI précise que la « clarification de la valeur des heures du chef de secteur n'a aucune incidence sur les prix remis dans notre offre ».
Le pouvoir adjudicateur considère que cette erreur matérielle n'est pas substantielle dès lors qu'elle n'emporte aucune conséquence sur le prix de l'offre du soumissionnaire".

Au regard de cette motivation, ainsi que des explications qui ont été apportées à l'audience, il convient tout d'abord d'observer que les raisons exactes qui ont amené la partie adverse à accepter la correction apportée par la partie intervenante à son offre laissent planer en la matière une certaine confusion, si pas une confusion certaine: en effet, tout en faisant allusion à l'existence d'une erreur matérielle commise par la partie intervenante, ce qui laisse à penser que l'on se trouve dans le champ d'application de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la motivation de la décision attaquée fait simultanément valoir que cette erreur matérielle n'est pas "substantielle", dès lors qu'elle n'emporte aucune conséquence sur le prix de l'offre, ce qui laisse cette fois à penser que l'on se trouve dans le champ d'application de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Dès lors de deux choses l'une:

- soit il convient d'admettre que l'on se trouve bien dans le champ d'application de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, mais il convient alors de considérer que l'erreur matérielle ainsi commise par la partie intervenante est à ce point importante

qu'elle ne répond pas aux conditions fixées par l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, pour qu'elle puisse être, sans plus, corrigée, sans qu'il n'y ait lieu de considérer que, ce faisant, la partie intervenante a, en réalité, modifié son offre, au sens du § 4 de cet article. Dans cette hypothèse, il y aurait également lieu de considérer que la partie adverse n'a pas dûment respecté le principe d'égalité entre soumissionnaires dès lors qu'elle n'a pas traité de manière égale, d'une part, certaines erreurs matérielles que prétendait corriger la requérante, à savoir une erreur de trois euros sur un montant de plus de 4.166,60 euros, et, d'autre part, celle qu'aurait pu corriger la partie intervenante, à savoir le remplacement d'un chiffre de "816" heures de présence sur site par celui de "1.376"heures, soit une différence de 560 heures;

- soit il convient d'admettre que l'on se trouve plutôt, comme l'affirme la partie adverse, dans le champ d'application de l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, auquel cas le Conseil d'Etat n'aperçoit pas comment la partie adverse a pu considérer, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation en la matière, qu'une telle irrégularité ne serait pas une irrégularité substantielle au sens de cette disposition. A cela s'ajoute que le Conseil d'Etat n'aperçoit en tout état de cause pas en quoi une telle décision de la part de la partie adverse pourrait être justifiée au regard du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, ne fût-ce que par la circonstance qu'il est incompréhensible, comme le fait également valoir la requérante à l'appui de son moyen nouveau, que la partie adverse puisse considérer qu'une telle irrégularité, permettant de passer de 47, 4 % à 80 %, ne serait pas substantielle du fait qu'elle n'emporte aucune conséquence sur le prix de l'offre de la partie intervenante, alors que la partie adverse a par ailleurs considéré, s'agissant de l'offre remise par la requérante, qu'une irrégularité portant sur 24,99993 % de la valeur de la garantie totale du marché pour 25 % requis par le cahier spécial des charges, est, elle, constitutive d'une irrégularité substantielle, alors que cette différence de 0,00007 % ne représente qu'une valeur de 33 cents sur les 119.829,91 euros HTVA que représente le montant de la garantie totale proposé par la requérante dans son offre et n'a donc vraiment pas non plus de conséquence sur le prix de l'offre de cette dernière. Face à une telle différence d'appréciation au regard des différentes irrégularités qui ont été découvertes par la partie adverse dans les offres de la requérante, d'une part, et de la partie intervenante, d'autre part, force est donc de considérer qu'il semble bien, *prima facie*, y avoir eu deux poids deux mesures dans l'analyse respective de la régularité matérielle des deux offres en cause.

Le moyen nouveau est, en conséquence, sérieux.

IX. BALANCE DES INTERETS

La requérante fait valoir ce qui suit à propos de la balance des intérêts :
"[...] Conformément à l'article 15 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, la partie requérante est dispensée de la démonstration d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable.

L'alinéa 3 de l'article 15 de la loi sus-énoncée précise que :

L'instance de recours peut, d'office ou à la requête d'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, en particulier en matière de défense et/ou de sécurité, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

En l'espèce, aucun élément n'est de nature à rendre nécessaire l'exécution immédiate de la décision d'attribution.

[...] Au contraire, en l'absence de suspension de l'exécution de la décision de sélection, la partie requérante risque de subir un préjudice lié à la perte des revenus résultant de l'exécution d'un contrat d'un montant de 725.000 euros par an. De manière générale, la perte d'un marché passé avec une autorité publique constitue toujours un préjudice pour une société dès lors qu'elle est ainsi privée d'une référence à faire valoir sur le marché.

[...] Aucun élément ne s'oppose à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué".

La partie adverse et la partie intervenante ne font pas valoir, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, un intérêt susceptible d'être lésé qui justifierait, qu'en dépit du sérieux d'un moyen, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué ne soit pas ordonnée, sur la base de l'article 15, alinéa 3, de la loi du 7 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.

X. DEMANDE DE CONFIDENTIALITE

X.1. Thèses des parties

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres des soumissionnaires, ainsi qu'une "partie du rapport d'analyse des offres". Ces pièces portent les numéros 8, 16 et 17 du dossier administratif.

Elle justifie ainsi qu'il suit cette demande de confidentialité :

" [...] Les offres [ainsi qu'une partie du rapport d'analyse des offres]des soumissionnaires sont déposées à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 10 et 26 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 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.

Ces documents doivent être déclarés confidentiels de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. En effet, à ce stade de la procédure, si votre Conseil devait suspendre l'acte attaqué et que le CHU de LIEGE devait, le cas échéant, recommencer une procédure d'attribution, une concurrence effective entre les différents soumissionnaires doit être garantie.

Il convient donc d'éviter que les offres des concurrents soient accessibles à l'un ou l'autre soumissionnaire, ce qui aurait pour conséquence de porter atteinte à la concurrence dans le cadre de ce marché, voire de futurs marchés dans ce secteur d'activités".

Cette demande est appuyée par les parties intervenantes qui sollicitent "la confidentialité de leur offre, laquelle a été versée au dossier de la procédure par la partie adverse à titre confidentiel".

La requérante dépose à titre confidentiel son offre (portant le numéro 9 des annexes à sa requête) et justifie comme suit cette demande :

" [...] La requérante dépose son offre à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément aux articles 10 et 26 de la loi du 17 juin 2013 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'État.

Ceci de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (article 26 précité) et une concurrence loyale entre les entreprises (article 10 précité).

En effet, à ce stade de la procédure, si Votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que la partie adverse devait, le cas échéant, recommencer une procédure d'attribution, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires".

X.2. Décision du Conseil d'Etat

Dans la mesure où la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

XI. INDEMNITE DE PROCEDURE

Dans sa note d'observations, la partie adverse sollicite la condamnation de la partie requérante à une indemnité de procédure chiffrée au montant de 1400 euros.

Il est prématuré de statuer sur cette demande dès lors que les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme TDGI et la société anonyme de droit portugais TDGI-TECNOLOGIA DE IMOVEIS dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision adoptée par le Centre Hospitalier Universitaire de Liège, adoptée le 29 juin 2016, déclarant l'offre de la société anonyme COFELY SERVICES irrégulière et attribuant le marché public de services ayant pour objet "Contrat de maintenance et de garantie totale des installations techniques du Centre Hospitalier Universitaire de Liège - site N.-D. des Bruyères" à la société anonyme TDGI et à la société anonyme de droit portugais TDGI-TECNOLOGIA DE IMOVEIS.

Article 3.

Les pièces portant le numéro 9 des annexes à la requête, ainsi que les numéros 8, 16 et 17 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-quatre août deux mille seize par :

M.	Jacques JAUMOTTE,	Président de chambre.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.