

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.445 du 17 novembre 2016

G./A.220.537/VI-20.888

En cause :

- 1. la société anonyme CLOSE,**
 - 2. la société anonyme AXIMA**
 - 3. la société anonyme DELTA THERMIC,**
- formant ensemble l'association momentanée
CLOSE-AXIMA-DELTA THERMIC

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

contre :

le centre hospitalier universitaire de Liège,

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

Partie intervenante :

**la société anonyme de droit espagnol INSTALACIONES
INABENSA,**

ayant élu domicile chez
Me Jens MOSSELMANS, avocat,
boulevard Bischoffsheim, n° 36,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 21 octobre 2016, la société anonyme CLOSE, la société anonyme AXIMA et la société anonyme DELTA THERMIC, formant ensemble l'association momentanée CLOSE-AXIMA-DELTA THERMIC, sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 28 septembre 2016 par le Centre Hospitalier Universitaire de Liège ayant pour objet d'attribuer le marché public relatif à la construction d'un nouveau

bâtiment CIO-UNILAB à savoir le regroupement des laboratoires d'analyses cliniques et le création d'un centre intégré d'oncologie lot 4 HVAC, cahier des charges CHUCIO/1547 à un autre soumissionnaire que les requérantes, en l'occurrence «la société INSTALACIONES INABENSA [...] pour le montant d'offre contrôlé et rectifié de 10.494.039,48 €»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme de droit espagnol INSTALACIONES INABENSA a, par une requête introduite le 3 novembre 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 24 octobre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 novembre 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. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Jean-Luc TEHEUX, Jean-Marie RIKKERS et Nicolas BOTTIN, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, Mes André DELVAUX et Renaud SIMAR, avocats, comparaisant pour la partie adverse et Me Jens MOSSELMANS et Dorian PYCKE *loco* Bart VANDEREECKT, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, 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

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

" [...]. Par décision du 23.09.2015, le Conseil d'Administration du CHU de LIEGE décide de lancer le marché de travaux du lot 4 «travaux d'équipements et installations HVAC », relatif au marché public portant sur la construction du bâtiment CIO-Unilab au Sart-Tilman.

A cet effet, le Cahier Spécial des Charges «CHUCIO/15.47» est adopté.

[...]. Les avis de marché sont publiés au JOUE le 5.10.2015 et au Bulletin des Adjudications le 5.10.2015.

L'objet du marché y est défini comme suit : «Construction d'un nouveau bâtiment CIO – Unilab à savoir le regroupement des laboratoires d'analyses cliniques et la création d'un centre intégré d'oncologie : HVAC».

Le mode de passation est l'adjudication ouverte.

L'ouverture des offres est fixée le 24.11.2015.

[...]. Le 23.10.2015, les documents du marché font l'objet d'un addendum («corrigendum n°1»).

[...]. Le 9.11.2015, un procès-verbal de clôture des questions est dressé.

[...]. Le 24.11.2015, cinq offres sont déposées, respectivement par :

- INABENSA : 14.339.966,75 EUR TVAC;
- CEGELEC : 19.125.507,60 EUR TVAC;
- SPIE BELGIUM : 19.293.526,61 EUR TVAC;
- D-FI / ENERGYS : 14.256.525,11 EUR TVAC;
- COFELY – CLOSE – DELTA THERMIC: 17.000.217,97 EUR TVAC.

[...]. Le 12.12.2015, la direction financière du CHU de LIEGE communique en interne l'analyse des bilans remis par les différents soumissionnaires, tel qu'exigés dans le cadre de la sélection qualitative (capacité économique et financière – page 15 et 16 du CSC).

Le 11.01.2016, le CHU de LIEGE interroge la société INABENSA comme suit :

«L'analyse des bilans transmis laisse apparaître un ratio de liquidité inférieur à 1 et un fonds de roulement net négatif.

En conséquence, pourriez-vous-nous fournir, pour le jeudi 21 janvier 2016 au plus tard, délai de rigueur :

- Un document pertinent démontrant la solidarité financière de votre maison mère;
- Les bilans et comptes de résultats de votre maison mère tels que déposés au greffe du tribunal de commerce et concernant les trois dernières années».

[...]. Le 12.01.2016, la société INBENSA répond entre autres au CHU de LIEGE:

«lors de notre offre nous avons remis les bilans des trois dernières années de Inabensa et Abeinsa qui est la maison mère, avec une lettre dont il est certifié la solidarité entre les deux».

[...]. Le 14.01.2016, une nouvelle analyse des comptes remis par la société INABENSA est sollicitée auprès de la direction financière du CHU de LIEGE.

Cette dernière transmet ses résultats le 20.01.2016, desquels il ressort que les exigences de sélection sont atteintes par la société INABENSA.

[...]. Le 1.02.2016, le CHU de LIEGE interroge la SA INABENSA et la SM COFELY – CLOSE – DELTA THERMIC sur la présence de prix apparemment anormaux.

La SM COFELY – CLOSE – DELTA THERMIC répond le 11.02.2016.

La SA INABENSA répond également le 11.02.2016.

[...]. Le 12.02.2016, le CHU de LIEGE adresse un courrier à la Commission d'Agréation des Entrepreneurs afin de s'assurer que la SA INABENSA dispose d'une agréation d'entrepreneur équivalente à celle requise.

[...]. Le 18.02.2016, l'auteur de projet transmet son rapport provisoire daté du 17.02.2016 au CHU de LIEGE.
Il ressort de ce rapport que l'offre de la société INABENSA présente le prix dont le montant corrigé est le plus bas.

[...]. Le 24.02.2016, le CHU de LIEGE décide de solliciter de la SA INABENSA des justifications de prix complémentaires.

Le rapport provisoire est présenté au Conseil d'Administration du CHU de LIEGE le 2.03.2016, qui le reprend à son compte et décide- en vertu de l'article 8 § 1^{er} de l'arrêté royal n° 542 du 31 mars 1987 - de :

«déléguer à Monsieur l'Administrateur délégué l'attribution du lot n°4 relatif aux travaux d'équipements et installations HVAC à la firme Inabensa pour un montant de 10.494.039,48 EUR HTVA, soit 12.697.787,88 EUR TVAC si les justifications reçues sont suffisantes et peuvent être prises en considération et l'équivalence de l'agréation accordée».

[...]. La SA INABENSA transmet ses justifications de prix complémentaires le 8.03.2016.

[...]. Le 28.06.2016, la Commission d'Agréation des Entrepreneurs rend son avis et estime que la SA INABENSA dispose d'une agréation équivalente aux agréations belges 1D17 et 8D18.

[...]. Le 29.06.2016, l'auteur de projet finalise son rapport d'analyse des offres et conclut comme suit :

- L'Architecte constate que la firme INBENSA sa a fourni dans le délai toutes les justifications nécessaires au sens du § 2 de l'article 99 de l'arrêté Royal du 15 juillet 2011, et que qualitativement ladite société satisfait donc à la sélection. Il apparaît par ailleurs que la Commission d'agréation a revu son avis et constate que l'agréation espagnole est équivalente à une agréation belge 8D18 et 1D17 pour le marché en cause.

- L'Architecte remarque aussi que, sur base des quantités retenues pour la comparaison des offres, l'offre conforme la plus basse est celle de la firme INABENSA sa pour un montant de 10.494.039,48 € HTVA.
- En conséquence, l'Architecte vous conseille de désigner la firme INABENSA sa adjudicataire pour le présent marché 04 «HVAC» et de lui passer commande pour un montant de 10.494.039,48 € HTVA sur base des quantités admises et du bordereau qui sera transmis ultérieurement.

[...]. Le 14.07.2016, l'Administrateur délégué du CHU de LIEGE décide d'attribuer le marché à la SA INABENSA pour un montant d'offre contrôlé de 10.494.039,48 EUR HTVA.

[...]. Par requête en suspension du 29.07.2016, les parties requérantes à la présente procédure ont introduit un premier recours en suspension.

[...]. Par arrêt n°235.653 du 31.08.2016, le Président de la VI^{ème} chambre du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la décision d'attribution du 14.07.2016.

[...]. Le 07.09.2016, l'Administrateur-délégué du CHU a décidé de retirer la décision d'attribution du 14.07.2016 et de réexaminer les suites à apporter à ce dossier à la lumière de l'arrêt précité du Conseil d'Etat.

[...]. Le 28.09.2016, le Conseil d'Administration du Centre Hospitalier de l'Université de Liège, en abrégé CHU, a décidé d'attribuer le marché litigieux au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, soit la société INSTALACIONES INABENSA SA pour le montant contrôlé et rectifié de 10.494.039, 48 EUR HTVA, soit 12.697.787,48 EUR TVAC.

La décision est rédigée comme suit :

«CONSEIL D'ADMINISTRATION – Séance du 28 septembre 2016
Notification des décisions
(sous réserve d'approbation du procès-verbal)
(EXTRAIT)

[...]. Marchés publics

[...]. CIO-Unilab: travaux d'équipements et installations HVAC – nouvelle décision motivée suite à l'arrêt du Conseil d'Etat

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment l'article 24;
vu 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;
vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ;
considérant le projet global de la construction d'un nouveau bâtiment CIO-Unilab estimé à 63.849.104,00 € hors TVA;
considérant le cahier des charges n° CHUCIO/15.47 relatif au marché "Construction d'un nouveau bâtiment CIO - Unilab à savoir le regroupement des laboratoires d'analyses cliniques et la création d'un centre intégré d'oncologie: Equipements et Installations HVAC";

considérant que le montant estimé de ce marché s'élève à 11,275.175,00 € hors TVA ou 13.642.961,75 €, 21% TVA comprise;
considérant la décision du Conseil d'Administration en sa séance du 23 septembre 2015 notamment d'approuver le cahier des charges relatif aux travaux d'équipements et installations HVAC, de recourir à la procédure d'adjudication ouverte, d'approuver son estimation, de charger l'Administrateur délégué de lancer la procédure;
considérant la décision du Conseil d'Administration en sa séance du 2 mars 2016 notamment de déléguer à Monsieur l'Administrateur délégué l'attribution du lot n°4 relatif aux travaux d'équipements et installations HVAC à la firme INABENSA pour un montant de 10.494.039,48 € HTVA, soit 12.697.787,88 € TVAC si les justificatifs reçus sont suffisants et peuvent être pris en considération et l'équivalence d'agrément accordée;
considérant la décision d'attribution prise par monsieur l'Administrateur délégué le 14 juillet 2016;
vu l'arrêt du Conseil d'Etat n°235.653 du 31 août 2016 ordonnant la suspension de cette décision d'attribution,
vu la décision du 7 septembre 2016 de Monsieur l'Administrateur délégué de retrait de la décision d'attribution le 14 juillet 2016 et d'examen des suites à apporter à ce dossier à la lumière de l'arrêt précité du Conseil d'Etat;
considérant le rapport d'analyse des offres du 29 juin 2016 qui fait partie intégrante de la présente décision, sous réserve des mises au point reprises ci-après, et qui considère les justifications du montant global de l'offre et des prix unitaires apportées par la société INABENSA comme pertinentes et suffisantes ;
que les mises au point précitées sont les suivantes :

a. Quant à la capacité financière de la SA INABENSA

Considérant que la suspension a été ordonnée pour défaut de motivation formelle de l'appréciation faite en ce qui concerne la capacité financière de la SA INABENSA par rapport aux exigences énoncées dans les documents du marché, en particulier en ce qui concerne les ratios de liquidités.

Vu le document de synthèse du 16 septembre 2016, validé par des réviseurs PWC en date du 19 septembre ainsi que l'analyse détaillée et argumentée du 26 septembre 2016 de la direction financière du CHU, qui constatent que l'analyse des comptes annuels du soumissionnaire INABENSA selon les normes comptables recommandées par la Banque Nationale conclut à ce que ses ratios de solvabilité répondent aux exigences énoncées dans l'avis de marché à l'article III.2.2 Capacité économique et financière ;

Pour les motifs de ces rapports, que le conseil d'administration fait siens et joint à la présente décision avec ses annexes, il est constaté que les ratios de solvabilité du soumissionnaire INABENSA répondent aux exigences précitées et que ce soumissionnaire satisfait au critère de capacité économique et financière.

Considérant pour le surplus que les débats dans le cadre du recours en suspension ayant abouti à l'arrêt précité du 31 août 2016 ont révélé que la décision d'attribution pouvait être précisée, pour autant que de besoin, sur deux points :

b. Quant à la capacité technique des soumissionnaires: sous-catégorie d'agrément à retenir pour l'appréciation de la capacité des soumissionnaires

Par décision du 2 mars 2016, le Conseil d'Administration - faisant sien le rapport d'analyse des offres du 17 février 2016 - a décidé que ne pouvait être retenue l'agrément de la sous-catégorie D16 (cf. page 10 du rapport d'analyse) dès lors que cette exigence ne correspond pas aux caractéristiques du marché.

Il en est de même de l'agrément dans la sous-catégorie D17, et ce pour les motifs suivants :

- L'art. 5 § 7 de l'A.R. du 26 septembre 1991 en matière d'agrément dispose que c'est sur la base du montant des offres déposées qu'il convient de déterminer la catégorie ou sous-catégorie «dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché».

- Il résulte du montant des offres reçues que les montants remis pour 85% des postes relèvent de la catégorie D18 de sorte que les travaux relevant de cette catégorie représentent le pourcentage le plus élevé du montant du marché.
- L'avis de marché a ouvert la sélection en n'envisageant que les travaux relevant de trois sous-catégories, à savoir la D16, la D17 et la D18.
Cette option a été prise sans pouvoir méconnaître la disposition réglementaire d'ordre public que constitue l'art. 5 § 7 al, 1^{er} de l'A.R. du 26 septembre 1991 imposant de prendre en considération la réalité du montant de l'offre.
- L'application rigoureuse de l'art. 5 § 7 précité s'impose de droit et ne porte en aucun cas atteinte à la concurrence dès lors que tout soumissionnaire - et non seulement les soumissionnaires ayant déposé une offre - pouvait remettre offre sous le bénéfice dudit article 5 § 7 et donc, en identifiant d'emblée de quelle catégorie ou sous-catégorie allaient [sic] relever le montant le plus important de l'offre.
- Dans ces conditions, l'exigence d'agrément est à apprécier par rapport à la seule sous-catégorie D18 eu égard aux montants des offres effectivement déposées.
- Il est constaté que chacun des soumissionnaires dispose de cette agrément D18.

c. Quant à l'appréciation du montant global de l'offre déposée par la société INABENSA et des prix des postes pour lesquels elle a été invitée, par lettres du 1/02/2016 et du 24/02/2016, à donner des justifications

[...]

Considérant l'avis de la Commission d'agrément qui constate que l'agrément espagnole est équivalente à l'agrément belge en 8D18 et 1D17 en application des articles 5 et 6 de la loi du 20 mars 1991 pour le marché du CHU de Liège ;
considérant que rien ne s'oppose à confirmer la décision du Conseil d'administration du 2 mars 2016 ;

le Conseil d'administration décide

1. de sélectionner les sociétés INABENSA sa, CEGELEC sa et SPIE BELGIUM sa, la société momentanée COFELY AXIMA sa – CLOSE sa – DELTA THERMIC pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative ;
2. de ne pas sélectionner la société momentanée ENERGYS sa - DFI pour ne pas avoir joint toutes les références relatives à la capacité technique ;
3. de considérer les offres des entreprises INABENSA sa, CEGELEC sa, la société momentanée COFELY AXIMA sa – CLOSE sa – DELTA THERMIC comme complètes et régulières ;
4. de déclarer l'offre de la société SPIE irrégulière et partant nulle ;
5. d'approuver le rapport d'examen des offres du 29 juin 2016 et de considérer ce rapport comme partie intégrante de la présente délibération sous réserve des précisions et compléments repris ci-avant ;
6. d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, soit la société Instalaciones INABENSA S.A., rue Enegia Solar n°1 à Séville pour le montant contrôlé et rectifié de 10.494.039,48 EUR hors TVA, soit 12.697.787,88 EUR TVAC.

Pour extrait conforme,

F. BONNET

Secrétaire».

[...]. Il s'agit de l'acte attaqué.

[...]. Par courrier du 06.10.2016, l'ensemble des soumissionnaires a été informé que le marché était attribué à la SA INABENSA".

IV. REQUÊTE EN INTERVENTION

Par une requête introduite 3 novembre 2016, la société anonyme de droit espagnol INSTALACIONES INABENSA demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

Cette société ayant été désignée comme attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITÉ QUANT À L'OBJET DE LA DEMANDE

L'article 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 est libellé comme suit:

" Art. 8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique :

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

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

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

La communication comprend également, le cas échéant :

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

2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout autre moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 15;

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

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

§ 2. La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 11 soient applicables.

Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché, la suspension de ce délai prend fin :

1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 11, alinéa 1^{er};

2° en cas de demande de suspension visée à l'article 11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 15;

3° en tout cas au plus tard 45 jours après la communication visée au § 1^{er}".

Par un courrier du 6 octobre 2016, l'administrateur délégué de la partie adverse, se référant expressément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 précitée, a déclaré communiquer aux requérantes qui, en l'espèce, sont – au sens de cette

disposition – des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie, la décision motivée d'attribution du marché litigieux.

Ce que la partie adverse déclare communiquer, par ce courrier du 6 octobre 2016, comme étant "la décision motivée du 28 septembre 2016" est un document intitulé :

"CONSEIL D'ADMINISTRATION – Séance du 28 septembre 2016
Notification des décisions
(sous réserve d'approbation du procès-verbal)
(EXTRAIT)".

Nonobstant cette mention de réserve d'approbation, la partie adverse n'a soutenu, dans le cadre de la présente procédure, ni que la décision attaquée n'avait pas été effectivement prise, ni que son objet et les motifs sur lesquels elle repose diffèraient de ce que laisse apparaître l'*instrumentum* communiqué, en la forme ainsi précisée, par le courrier du 6 octobre 2016 précité.

Il s'ensuit que la décision attaquée par la requête existe bel et bien et que la communication effectuée par la partie adverse est la première mesure par laquelle il est pourvu à son exécution, de sorte que cette décision – qui, jusqu'à nouvel ordre, apparaît donc exécutoire – peut, le cas échéant, faire l'objet d'un arrêt ordonnant la suspension de son exécution, prononcé dans le cadre d'une procédure initiée sur le fondement de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013.

Les effets ainsi reconnus à la communication de la décision d'attribution présentée comme ayant été effectuée conformément à l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 ne peuvent être mis en cause par la perspective hypothétique de l'adoption ultérieure d'un procès-verbal dont les termes apparaîtraient discordants au regard de la version communiquée à la requérante. C'est à la partie adverse qu'il appartiendrait, en pareille hypothèse, d'assumer les conséquences d'une telle discordance.

Il s'ensuit que la décision attaquée en termes de requête peut faire l'objet de la demande de suspension visée à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, de sorte que la présente demande doit être déclarée recevable.

VI. PREMIER MOYEN – PREMIÈRE BRANCHE

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un premier moyen, "pris de la violation des dispositions et principes suivants : 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 matières de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation [formelle] des actes administratifs et plus généralement l'obligation de motivation formelle et matérielle des actes administratifs[;] les articles 58, 59, 67, 68, 69, 70 et 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ainsi que des exigences relatives à la sélection qualitative reprise dans les documents du marché[;] les articles 10 et 13 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, constituant un moyen incident d'illégalité étant tiré, en application de l'article 159 de la Constitution, de la violation par la décision du 15 juillet 2016 du Gouvernement Wallon (Ministre de l'Economie, de l'Industrie, de l'Innovation et du Numérique) d'accorder à la société INSTALLACIONES INABENZA une équivalence d'agrément en classe 8, sous-catégorie D18 et classe 1, sous-catégorie D17[;] l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires du principe d'égalité entre les soumissionnaires[;] la commission d'une erreur manifeste d'appréciation[;] le devoir de minutie et du principe de bonne administration".

Au titre de première branche de ce moyen, elles font valoir ce qui suit:

" [...]. Première branche : Quant à la capacité technique – l'absence d'examen par la partie adverse des références produites par INABENZA – défaut de motivation [...]. L'article 4 de la loi du 17 juin 2013 prévoit que :

«l'autorité rédige une décision motivée lorsqu'elle attribue un marché quelle que soit la procédure».

L'article 5 de cette loi prévoit que :

«la décision motivée visée à l'article 4 comporte selon la procédure et le type de décision :

1° le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, l'objet et le montant du marché à approuver; (...)

6° les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes; (...)

Les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, outre l'obligation faite à une autorité administrative de motiver

l'acte administratif qu'elle adopte, ont pour objectif de permettre à la personne concernée par une décision d'examiner l'opportunité de sa contestation en justice.

[...]. Il a été exposé sous le titre I de la présente requête que l'article III.2.2. de l'avis de marché ainsi que l'article 5 page 14 du cahier spécial des charges énumère les critères de sélection qualitative dont les exigences que doivent atteindre les soumissionnaires en matière de capacité technique. A ce sujet, ces derniers doivent présenter un minimum de 3 références de travaux similaires au présent marché exécutés au cours des 5 dernières années. Ces travaux doivent être réceptionnés et avoir atteint, pour deux références, un montant minimum de 5.640.000 € HTVA chacune dans le secteur hospitalier et, pour l'autre référence, un montant de 8.460.000 € HTVA chacune en milieux autres qu'industriel. Des certificats de bonne exécution dûment signés par le maître de l'ouvrage doivent être joints. Enfin, les travaux étant rangés en sous-catégories D16, D17 et D18, le soumissionnaire présentera la preuve de son agréation dans ces sous-catégories ou la preuve démontrant son inscription à la liste des entrepreneurs agréés dans un autre état membre ou encore un dossier démontrant qu'il satisfait à ces exigences.

[...]. Alors que les dispositions de l'avis de marché et du cahier spécial des charges sont particulièrement explicites quant aux exigences de capacité technique qui doivent être réunies par les soumissionnaires, l'acte attaqué ne contient aucune motivation quant au respect par INABENSA de ses exigences. Seul le «rapport d'analyse des offres du 29 juin 2016» qui est considéré comme faisant partie intégrante de l'acte attaqué aborde la sélection qualitative des soumissionnaires sous l'angle des références présentées et de leur capacité technique à réaliser le marché. Néanmoins, la motivation contenue dans le rapport succinct (et par conséquent incomplet) d'analyse des offres adressé le 6 octobre 2016 (...) ne permet pas de vérifier que l'examen du respect par les soumissionnaires, dont INABENSA, de ces exigences ait été réalisé, de manière effective, par la partie adverse. Dans l'affirmative, *quod non*, aucun motif tant de fait que de droit tiré de cet examen au regard des dispositions précitées n'est contenu dans le rapport d'analyse des offres, ce dernier se réduisant en une simple affirmation qu'INABENSA répond au critère de capacité technique d'une part et dans un tableau indiquant qu'INABENSA a remis les documents exigés d'autre part. Les requérantes reproduisent ci-dessous les extraits du rapport:

- Page 12 du rapport succinct d'analyse des offres du 29 juin 2016 (...)

Les entreprises INABENSA sa. CEGELEC sa et SPIE BELGIUM sa ainsi que la société momentanée COFELY AXIMA sa – CLOSE sa – DELTA THERMIC sa répondent au critère de capacité technique

- Page 15 du rapport succinct d'analyse des offres du 29 juin 2016 – extrait concernant INABENSA

	Article 69 : Capacité technique justifiée par un des documents suivants :	
7°	Minimum 3 références de travaux similaires au présent marché exécutés au cours des 5 dernières années :	
	- deux références d'un montant minimum de 5.640.000 € HTVA chacune dans le secteur hospitalier	OUI
	- une référence d'un montant minimum de 8.460.000 € HTVA en milieu autres qu'industriels (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoire,...)	OUI
	Article 70	
1°	Agréation requise : D17(chauffage central, installations thermiques) et D18 (ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air), classe correspondant au montant global de l'offre	OUI

[...]. Au surplus, INABENSA apparaît, *prima facie*, uniquement active dans le secteur d'activité lié aux travaux d'installations électriques faisant l'objet d'une sous-catégorie d'agrégation distincte de la D-18 (retenue par la partie adverse) à savoir la catégorie P. On lit notamment sur son site internet que ces activités sont les suivantes :

«Nos Activités
Transmission and distribution
Transmission line
Substations

Railway
Catenary
Substations
Communications

Installations and infrastructures
Maintenance, electricity and instrumentation
Mechanical assemblies
Renewable energy and energy efficiency
Smart building

Manufacturing
Sectors
Products
Production centers»

L'on n'aperçoit pas dans la présentation de cette société que cette dernière réalise des travaux de «Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air » (sous-catégorie D-18).

[...]. De même, INABENSA dispose uniquement du code NACEBEL 4321 concernant les travaux d'installations électriques. Cette information résulte du rapport d'évaluation réalisé par la société GREYDON en octobre 2016 et versé par les requérante au dossier de pièces (...). Un extrait est reproduit infra :

Activities NACEBEL CODE 4321	Description Electrical installation
------------------------------------	--

Pour autant que de besoin, les requérantes rappellent que le système de nomenclature NACEBEL et la classification des différentes sociétés en fonction de celui-ci est réglementé par le règlement (CE) N° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 établissant la nomenclature statistique des activités économiques NACE Rév. 2 et modifiant le règlement (CEE) N° 3037/90 du Conseil ainsi que certains règlements (CE) relatifs à des domaines statistiques spécifiques. L'acronyme NACE désigne les différentes nomenclatures statistiques des activités économiques élaborées depuis 1970 dans l'Union européenne. La NACE offre un cadre pour la collecte et la présentation, d'après l'activité économique, d'un large éventail de statistiques dans les domaines économiques (par exemple production, emploi, comptes nationaux) ou autres. Les statistiques produites en se fondant sur la NACE sont comparables au niveau européen et, de manière générale, au niveau mondial. L'emploi de la NACE est obligatoire au sein du système statistique européen.

INABENSA ne dispose pas *prima facie* du code NACEBEL correspondant aux travaux HVAC (et repris sous le n° 43.222).

[...]. La motivation de l'acte attaqué est parfaitement insuffisante en ce qu'elle ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles les références produites par INABENSA, qui semble active dans secteurs étrangers au présent marché, ont été retenues. INABENSA a-t-elle fait appel à la capacité de sous-traitants ? Rien ne semble l'indiquer.

Or, la Jurisprudence unanime du Conseil d'Etat admet qu'il appartient à tout pouvoir adjudicateur de vérifier de façon effective si les soumissionnaires, dont l'attributaire du marché, répondent aux exigences de sélection qualitative et qu'il expose, dans sa décision d'attribution, les raisons pour lesquelles il estimait qu'ils y satisfaisaient. De même, «le pouvoir adjudicateur qui demande des références spécifiques des soumissionnaires a le devoir (...) d'énoncer dans la décision d'attribution les motifs pour lesquels ces références peuvent être retenues et, le cas échéant, d'écarter une offre si celle-ci ne satisfait pas aux exigences requises en termes de la sélection qualitative». Partant, la partie adverse viole 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 matières 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 des actes administratifs".

B. Note d'observations

Après avoir rappelé la teneur des exigences qu'elle avait édictées, dans l'avis de marché, en vue de la sélection des candidats, la partie adverse mentionne les mises au point qui, dans la décision attaquée, complètent le rapport d'analyse des offres établi le 29 juin 2016 et reproduit le contenu d'un rapport du 26 septembre 2016, rendant compte d'une analyse effectuée par sa Direction financière. Elle répond au moyen, en sa première branche, dans les termes suivants:

" Quant à la première branche mettant en cause l'absence d'examen des références produites par INABENSA et le défaut de motivation

[...]. Comme observé ci-avant, l'art. III.2.2 et l'art. 5 p. 14 du cahier spécial des charges énoncent qu'est exigé «un minimum de trois références de travaux similaires au présent marché exécuté au cours des cinq dernières années, les travaux ayant été réceptionnés et ayant atteints, pour deux références, un minimum de 5.640.000 EUR HTVA, chacune dans le secteur hospitalier et pour l'autre référence un montant de 8.460.000 EUR HTVA, chacune en milieu autre qu'industriel et avec production de certificat de bonne exécution du moins signé par les maîtres d'ouvrage avec, en outre, l'exigence d'agrément en sous-catégories D16, D17 et D18 avec la preuve d'une inscription sur la liste des entrepreneurs agréés dans un autre état membre ou un dossier démontrant qu'il est satisfait à ces exigences».

[...]. C'est erronément que les parties requérantes soutiennent que la décision attaquée faisant sienne le rapport d'examen des offres du 29 juin 2016 ne contient aucun motif de droit et de fait établissant le respect de cette exigence.

En effet, on peut lire dans le rapport succinct d'analyse des offres du 29.06.2016 :

- en page 12,

Les entreprises INABENSA sa, CEGELEC sa et SPIE BELGIUM sa ainsi que la société momentanée COFELY AXIMA sa – CLOSE sa – DELTA THERMIC sa répondent au critère de capacité technique

- En page 15,

	[...]	
	Article 69 : Capacité technique justifiée par un des documents suivants :	
7°	Minimum 3 références de travaux similaires au présent marché exécutés au cours des 5 dernières années :	
	- deux références d'un montant minimum de 5.640.000 € HTVA chacune dans le secteur hospitalier	OUI
	- une référence d'un montant minimum de 8.460.000 € HTVA en milieu autres qu'industriels (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoire,...)	OUI
	Article 70	
1°	Agrégation requise : D17(chauffage central, installations thermiques) et D18 (ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'aire), classe correspondant au montant global de l'offre	OUI

Les appréciations positives quant à l'existence des références produites sont dûment justifiées par lesdites références produites au point 5.3.1 de l'offre d'INABENSA.

Elles énoncent, par elles-mêmes, qu'elles correspondent à des travaux similaires quant à leur importance et leur objet : travaux de chauffage, ventilation et air conditionnée, conformément aux exigences énoncées.

[...]. Selon les documents produits aux points 5.3.1 et 5.3.3 de l'offre de la société INABENSA (...), dont les requérantes ont eu communication dans le cadre du premier recours par mail adressé à leurs conseils le 22 août 2016, les références produites sont assurément :

- 3 références de travaux similaires au présent marché exécutés au cours des 5 dernières années,
- dont 2 atteignent un minimum de 5.640.000 EUR HTVA pour le secteur défini au point 5.15
- et l'une d'un minimum de 8.460.000 EUR HTVA,

chacune «en milieu autre qu'industriel (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoire...)».

Le point 5.3.2 de l'offre d'INABENSA «certificats de bonne exécution et description des projets » fait clairement apparaître que

a) le marché de construction du nouvel hôpital CAMPUS de la société SALUD à Grenade, en Espagne, comprenait notamment des travaux de «gaz médicaux et gaz naturels»

b) les travaux de transformation de l'hôpital VIGIL de Quinones à Séville en Espagne portaient sur des travaux ou à des refroidisseurs, des chaudières, des installations de tuyauterie, des pompes à chaleur, des réfrigérateurs à absorption, des panneaux solaires

c) des travaux à l'extension du Palais des Congrès et des expositions de Séville comprenaient notamment des installations mécaniques, air conditionné, aérateur aux plafonds et en façade

d) les travaux du Centre Culturel MEXIQUENSE bicentenaire ont comporté notamment des travaux à usine de traitement des eaux et à la mise en place

d'appareils de climatisation, le tout pour entraîner des économies de consommation d'eau

e) les travaux d'installation électromécaniques pour l'hôpital de Herlev au Danemark, ont eu pour objet notamment le réseau de plomberie et de drainage, le système de climatisation (chaleur et froid), gaz médicaux, extension d'incendie, et le système général de ventilation par le biais d'Unités de traitement de l'air, le réseau de conduites et isolation des conduites

f) les travaux lot «mécanique» du Niels Bohr Science Park faisant partie de l'Université de Copenhague ont porté notamment sur les installations de plomberie, de traitement des eaux, dépôt des eaux, pompage, distribution d'eau, systèmes de gaz, systèmes d'air comprimé, ventilation, évacuation d'air et des fumées, froid échangeurs de chaleur et chauffage urbain...

g) les travaux d'installation de moyenne et basse tension à ITER à Cadarache en France comprenaient les installations de climatisation, l'extraction de fumées, les réseaux de tuyaux, le réseau d'air comprimé, d'eau minéralisée, d'eau chaude, le drainage industriel, le réseau d'azote, le réseau d'eau potable, équipement et chauffe-eau, le réseau de drainage des précipitations, le réseau de drainage sanitaire....

h) les travaux de l'hôpital zone nord de Manaus au Brésil portaient sur la construction de l'ensemble de l'hôpital et donc, avec l'ensemble des installations de chauffage, ventilation, etc

i) les travaux au Centre d'attention primaire et Centre spécialisé d'excellence à Cordoue en ont notamment eu pour objet les installations d'air conditionné, de ventilation et d'extraction, du système de plomberie avec eau chaude et froide, le contrôle et la gestion des installations

j) les travaux à l'hôpital Costa d'El Sol à Marbella en Espagne comprenaient les installations de plomberie, les centrales et systèmes de froid, les échanges de chaleur, les installations de traitement des eaux...

Il résulte de l'ensemble de ces éléments extraits du dossier justificatif des références que le tableau de synthèse du rapport d'examen des offres du 29.06.2016 intégré dans la décision d'attribution repose sur des éléments concrets et pertinents qui, par eux-mêmes, ne demandent pas une motivation spécifique explicitant les éléments déterminant du constat dressé.

[...]. La motivation de l'appréciation faite est parfaitement conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat :

- à propos d'une affaire dans laquelle tous les soumissionnaires avaient été sélectionnés, il a jugé qu'il ne pouvait être exigé du pouvoir adjudicateur « qu'il exprime en détails, pour chaque critère de sélection et à la lumière de chacun des documents remis par chaque soumissionnaire, les raisons positives pour lesquelles il estime qu'une candidature ne doit pas être écartée ».
- Dans un arrêt du 14 mars 2013, il a ajouté que dans l'hypothèse où tous les soumissionnaires sont sélectionnés, « même des mentions sommaires semblent pouvoir suffire et le pouvoir adjudicateur semble pouvoir se limiter à une décision formulée en termes généraux, sans violer de ce fait la moindre obligation de motivation formelle».
- une mention «OK» figurant dans un tableau, sans motivation plus détaillée, a été jugée suffisante . En l'espèce, il s'agissait d'un tableau intitulé «ensemble des documents requis», dans lequel le pouvoir adjudicateur a pu valablement écrire

la mention «OK» pour qu'il puisse être compris qu'il a constaté que les documents requis étaient bien joints à l'offre.

- cette position a été confirmée dans un arrêt du 25 février 2016, spécifiquement en matière de motivation de la décision de sélection, dans les termes suivants : «une décision positive qui sélectionne des soumissionnaires, sans que le déroulement de la phase de sélection ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui exclut un soumissionnaire ou refuse de le sélectionner». En l'espèce, le rapport d'analyse des offres contenait la mention que les soumissionnaires remplissaient les exigences fixées, accompagné d'un tableau dans lequel des mentions «OK» attestent que, selon le pouvoir adjudicateur, chaque soumissionnaire répondait bien à chacune des exigences édictées en vue de la sélection. Le Conseil d'Etat ajoute enfin que «les requérantes ne font état d'aucune circonstance qui, à propos de la sélection qualitative, appellerait des développements particuliers pour satisfaire à l'obligation de motivation formelle incombant à la partie adverse».

[...]. Les observations des parties requérantes, quant aux autres activités d'INABENSA, sont dès lors sans pertinence notamment par référence au code NACEBEL 4321 concernant les seuls travaux électriques.

La nomenclature NACEBEL relève des seules exigences en matière de statistiques, et non des exigences en matière de sélection telles qu'énoncées dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges.

[...]. La première branche du premier moyen n'est pas sérieuse".

C. Requête en intervention

En réponse au moyen, en sa première branche, l'intervenante fait état des considérations suivantes:

- " [...]. Dans la première branche de leur premier moyen, les parties requérantes allèguent un défaut de motivation de la décision d'attribution du marché dans la mesure où celle-ci ne contiendrait aucune motivation quant au respect, par la S.A. INSTALACIONES INABENSA, des critères de sélection qualitative dont les exigences que doivent atteindre les soumissionnaires en matière de capacité technique (exigences contenues à l'article II.2.3 de l'avis de marché). Les parties requérantes allèguent ensuite, afin de soutenir leur thèse, que la S.A. INSTALACIONES INABENSA, apparaît *prima facie* et selon les informations mentionnées sur son site internet uniquement active dans le secteur d'activité lié aux travaux d'installations électriques et non pas dans le secteur d'activité lié à la réalisation de travaux de «ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air» (catégorie D18). Cette théorie devrait, selon les parties requérantes, être confortée par le fait que la S.A. INSTALACIONES INABENSA ne dispose que du code NACEBEL 4321 (qui correspond aux travaux d'installations électriques) et non pas du code NACEBEL 43.222 (qui correspond aux travaux HVAC).

[...]. Les parties requérantes, dans la mesure où les allégations qu'elles soulèvent manquent tant en fait (1) qu'en droit (2), ne peuvent manifestement pas être suivies dans leur raisonnement.

1. Les allégations soutenues par les parties requérantes manquent en fait

[...]. Les parties requérantes soutiennent que la S.A. INSTALACIONES INABENSA n'est pas active dans l'exécution de travaux de «ventilation, chauffage à air chaud et conditionnement d'air».

Cette affirmation est manifestement erronée.

Outre le fait que les parties requérantes opèrent – à dessein- une lecture sélective et biaisée des données mentionnées sur le site internet de la S.A. INSTALACIONES INABENSA, il convient de faire remarquer que la S.A. INSTALACIONES a valablement présenté les références prouvant sa compétence dans l'exécution de ce type de marché et ce, en application de l'article III.2.3 de l'avis de marché.

Pour rappel, cet article se présente comme suit :

«Le soumissionnaire devra présenter un minimum de 3 références de travaux similaires au présent marché exécutés au cours des cinq dernières années. Ces travaux devront être terminés et réceptionnés et avoir atteint, pour deux références, un montant minimum de 5.640.000 EUR HTVA chacun dans le secteur hospitalier et, pour l'autre référence, un montant minimum de 8.460.000 EUR HTVA chacun en milieux autres qu'industriel (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maison de repos, laboratoires,...). Chaque référence produite de travaux exécutés et réceptionnés au cours des cinq dernières années doit être appuyé de certificats de bonne exécution qui indiqueront le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et préciseront s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin».

Dans le point 5.3.1 (Liste de référence) et 5.3.2 (Certificats de bonne exécution et descriptions des projets) de son offre, la S.A. INSTALACIONES fait état de ses références en matière de travaux exécutés. Ces références se retrouvent également à l'annexe F du dossier de justification des prix remis par la S.A. INSTALACIONES INABENSA au pouvoir adjudicateur en réponse à la lettre du 24 février 2016 (...). Les références mentionnées satisfont de toute évidence aux exigences de l'article III.2.3 de l'avis de marché.

A titre non exhaustif, on peut mentionner les références pertinentes suivantes :

- Les travaux exécutés au « Centre d'attention primaire et Centre spécialisé d'Excellence» à Cordoue, pour un montant s'élevant à 34,15 millions d'euros. Ces travaux avaient notamment pour objet les installations d'air conditionné présentant un système de réfrigération à volume variable, de ventilation et d'extraction, du système de plomberie avec eau chaude et froide, le contrôle et la gestion des installations.
- Les travaux exécutés pour l'Hôpital de Herlev au Danemark, pour un montant s'élevant à 38 millions d'euros. Ces travaux avaient notamment pour objet le réseau de plomberie et de drainage, le système de climatisation (chaleur et froid) et le système général de ventilation par le biais d'unités de traitement de l'air, le réseau des conduites et l'isolation de ce réseau.
- Les travaux exécutés pour le Centre pénitentiaire de Montevideo en Uruguay, dont le montant s'élevait à 88 millions d'euros. Ces travaux avaient notamment pour objet les installations de plomberie, les systèmes de gaz, la ventilation et l'évacuation d'air et de fumées de la totalité du bâtiment, les échangeurs de chaleur et chauffage urbain.
- Les travaux exécutés au Palais des congrès et des expositions de Séville, pour un montant s'élevant à 90,87 millions d'euros. Ces travaux avaient notamment

pour objet l'installation d'air conditionné, de refroidisseurs, de tours de refroidissement, de chaudière et le contrôle de la climatisation.

- Les travaux exécutés à l'hôpital VIGIL de Quinones à Séville. Les travaux avaient notamment pour objet la mise en place de refroidisseurs, des chaudières, des installations de tuyauterie, des pompes à chaleur, des réfrigérateurs à absorption, des panneaux solaires.
- Les travaux exécutés à Iter (Cardarache) en France, pour un montant s'élevant à 15,9 millions d'euros. Ces travaux avaient notamment pour objet les installations de climatisation, l'extraction des fumées, le réseau d'air comprimé, d'eau minéralisée, d'eau chaude, etc.

Ainsi qu'il ressort de cette liste (non exhaustive) des références présentées par la S.A. INSTALACIONES INABENSA, cette dernière est indubitablement active dans le secteur des travaux HVAC et satisfait aux exigences de l'article III.2.3 de l'avis de marché.

[...]. A titre subsidiaire, il convient de souligner que l'allégation des parties requérantes concernant la détention ou non par la S.A. INSTALACIONES INABENSA du code NACEBEL 43.222 est irrelevante dans le cadre de l'attribution de ce marché public.

En effet, en référence au Règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006, le code NACE-BEL peut être défini comme «le cadre de référence pour la production et la diffusion des statistiques relatives aux activités économiques en Belgique. Elle décompose l'univers des activités économiques de telle sorte qu'un code NACE-BEL puisse être associé à une unité statistique exerçant l'activité qu'il désigne».

Ainsi, le code NACEBEL est donc un simple cadre de référence pour l'établissement de données statistiques. Il ne peut, à ce titre, être considéré – contrairement à ce que les parties requérantes laissent entendre – comme un élément dont l'obtention serait nécessaire pour l'attribution du marché. Les documents du marché n'ont d'ailleurs jamais requis la possession d'un code NACEBEL 43.222.

Dans un souci d'exhaustivité, la partie requérante en intervention fait remarquer que la S.A. INSTALACIONES INABENSA dispose bien du code CNAE 4321 (équivalent espagnol du code belge NACEBEL 4321), ce qui correspond à son activité économique principale à savoir les installations électriques. A cet égard, il convient de souligner qu'en Espagne, l'activité principale détermine le code obtenu, mais que cela ne signifie pas que d'autres activités secondaires ne peuvent être développées.

2. Les allégations soutenues par les parties requérantes manquent en droit

[...]. Les parties requérantes ne peuvent manifestement pas être suivies quand elles soutiennent que la décision attaquée présente un défaut de motivation dans la mesure où «aucun motif tant de fait que de droit tiré de cet examen au regard des dispositions précitées n'est contenu dans le rapport d'analyse des offres, ce dernier se réduisant en une simple affirmation qu'INABENSA répond au critère de capacité technique d'une part et dans un tableau indiquant qu'INABENSA a remis les documents exigés d'autre part».

[...]. En effet, la décision attaquée mentionne expressément que le rapport d'analyse des offres du 29 juin 2016 fait partie intégrante de la décision.

Or, le rapport d'analyse des offres du 29 juin 2016 contient diverses observations établissant la vérification des offres quant au droit d'accès et l'appréciation des offres au regard des critères de sélection.

Ainsi, à la page 12 du rapport, on peut lire que « les entreprises INABENSA sa, CEGELEC sa et SPIE BELGIUM sa ainsi que la société momentanée COFELY AXIMA sa – CLOSE sa et DELTA THERMIC sa répondent au critère de capacité technique ».

La page 15 de ce rapport présente un tableau dans lequel on peut lire :
«Deux références d'un montant minimum de 5.640.000 EUR HTVA chacune dans le secteur hospitalier : OUI;
Une référence d'un montant minimum de 8.460.000 EUR HTVA en milieux autres qu'industriels : OUI»

Ces appréciations positives quant à l'existence de références pertinentes sont dûment justifiées par les références telles qu'elles sont présentée aux points 5.3.1 et 5.3.2 de l'offre remise par la S.A. INSTALACIONES INABENSA et à l'annexe F du dossier de justification des prix.

Les références reposent sur des éléments précis et elles sont adéquates.

L'appréciation opérée par le Bureau d'ARCHITECTURE ENGINEERING VERHAEGEN ne souffre, à ce titre, d'aucune contestation possible.

[...]. En ce qui concerne la forme que cette appréciation revêt dans le rapport d'analyse des offres – à savoir celle d'une affirmation et d'un tableau avec la mention «OUI» - il convient de souligner que celle-ci est parfaitement conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

En ce qui concerne la mention «OUI» dans le tableau présenté dans le rapport d'analyse des offres, le Conseil d'Etat a jugé, dans un arrêt du 24 octobre 2014, qu'une mention «OK» figurant dans un tableau, sans motivation plus détaillée, est suffisante. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un tableau intitulé «ensemble des documents requis». L'inscription de la mention «OK» a été considérée comme suffisante pour qu'il puisse être compris que le pouvoir adjudicateur avait constaté que les documents requis avaient bien été joints à l'offre.

Cette position du Conseil d'Etat a, par ailleurs, été confirmée dans un arrêt du 25 février 2016. Dans cette affaire, il était question d'un rapport d'analyse des offres qui faisait mention du fait que les soumissionnaires remplissaient les critères requis pour la sélection. Le rapport d'analyse des offres présentait également un tableau dans lequel les mentions «OK» renvoyaient au fait que les soumissionnaires répondaient bien aux exigences prévues pour la sélection. Le Conseil d'Etat a jugé que la décision de motivation était suffisamment motivée et que les requérantes ne faisaient état d'aucune circonstance qui, à propos de la sélection qualitative, appellerait des développements particuliers pour satisfaire à l'obligation de motivation formelle.

En ce qui concerne l'affirmation succincte selon laquelle les soumissionnaires répondent au critère de sélection qualitative, il convient de souligner que le Conseil d'Etat a, dans un arrêt du 24 juin 2009, à propos d'une affaire dans laquelle tous les soumissionnaires avaient été sélectionnés, considéré qu'il ne pouvait être exigé du pouvoir adjudicateur que celui-ci «exprime en détails, pour chaque critère de sélection et à la lumière de chacun des documents remis par chaque soumissionnaires, les raisons positives pour lesquelles il estime qu'une candidature ne doit pas être écartée» .

Dans un arrêt du 14 mars 2013, le Conseil d'Etat a confirmé que «même des mentions sommaires semblent pouvoir suffire et le pouvoir adjudicateur semble pouvoir se limiter à une décision formulée en termes généraux, sans violer de cet fait la moindre obligation de motivation formelle».

[...]. Eu égard aux développements opérés ci-dessus, la première branche du premier moyen n'est donc pas sérieuse".

D. Plaidoiries

A l'audience du 4 novembre 2016, les requérantes ont passé en revue les références dont l'intervenante avait entendu se prévaloir pour établir que sa candidature répondait aux exigences de capacité technique, et dont la partie adverse a fait état dans sa note d'observations pour soutenir que la décision reconnaissant la capacité technique de l'intervenante repose sur des éléments concrets et pertinents n'appelant pas de motivation spécifique. Elles ont cherché à démontrer que la plupart de ces références ne répondaient pas aux exigences fixées par la partie adverse (relevant notamment que les certificats de bonne exécution n'étaient pas joints, que l'objet des travaux ne faisait pas apparaître qu'ils relevaient des prestations "H.V.A.C.", ou encore que le rôle exact joué par l'intervenante dans les travaux n'apparaissait pas), de sorte que l'intervenante n'aurait pas pu être considérée comme satisfaisant aux exigences imposées en matière de capacité technique.

Rappelant qu'en termes de requête, le moyen, en sa première branche, se limitait à dénoncer une méconnaissance des obligations en matière de motivation formelle, la partie adverse fait valoir qu'en soutenant à l'audience que l'intervenante ne pouvait pas, au vu des références produites, être considérée comme satisfaisant aux exigences en matière de capacité technique, et qu'en critiquant ainsi l'appréciation de la candidature de l'intervenante, les requérantes ont soulevé un moyen nouveau, qui doit être déclaré irrecevable à raison de sa tardiveté. Elle a également relevé que la notion de "travaux similaires" pour lesquels des références devaient être présentées, ne s'identifiait pas exclusivement à des prestations "H.V.A.C.", et qu'importaient peu les modalités juridiques selon lesquelles l'intervenante avait participé aux travaux dont elle avait entendu se prévaloir.

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen

Ainsi que l'a relevé la partie adverse, les considérations développées en termes de plaidoiries par les requérantes à propos du fait qu'au vu des références de travaux produites, l'intervenante ne répondrait pas au critère de capacité technique fixé sont étrangères aux développements de la requête qui, pour la première branche du moyen, ne mettent en cause que la méconnaissance – par la partie adverse – de l'obligation de motivation formelle à l'appui de la décision qui admet la capacité technique de cette intervenante.

Un tel grief, qui est nouveau et aurait pu être formulé dans la requête, est tardif, de sorte qu'en sa première branche, le moyen ne peut être déclaré recevable qu'en tant qu'il met en cause la motivation formelle de l'acte attaqué.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

Une décision positive qui admet que des soumissionnaires répondent à un critère de capacité technique pour la vérification duquel était exigée la production de références, et ce sans que l'appréciation des références fournies puisse susciter quelque question, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui refuse de sélectionner un candidat.

S'agissant de la motivation de l'acte attaqué, en tant que celui-ci se prononce sur le respect des exigences fixées en matière de capacité technique des soumissionnaires, le rapport d'analyse des offres considère, en termes généraux, que les soumissionnaires INABENSA, CEGELEC, SPIE BELGIUM et COFELY AXIMA-CLOSE-DELTA THERMIC répondent au critère de capacité technique. A l'appui de cette affirmation, est présenté un tableau dans lequel les mentions "OUI" attestent que, selon la partie adverse, les soumissionnaires concernés répondaient à chacune des exigences édictées à ce propos.

Pour soutenir, dans le cadre de la présente procédure, que sont justifiées les appréciations positives portées sur la capacité technique de l'intervenante, la partie adverse s'autorise, dans sa note d'observations, de dix références de travaux que lui a soumises, à l'appui de son offre, cette société.

Sans qu'il soit question – au vu du moyen et dans la mesure où celui-ci est déclaré recevable – de contrôler cette appréciation qu'a portée la partie adverse sur la capacité technique de l'intervenante, force est, à tout le moins, de constater que la plupart des références évoquées par l'intervenante suscitent des questions pour ce qui concerne leur validité au regard de la période fixée, le caractère "similaire" des travaux mentionnés, la part qu'y a prise l'intervenante ou bien encore, et selon les cas, le respect de l'exigence de production de certificats de bonne exécution contenant les mentions prescrites par les documents du marché. Face à ces références, la partie adverse n'a nécessairement pu estimer rencontré le critère de capacité technique, qu'au prix d'une appréciation circonstanciée l'autorisant à identifier celles d'entre elles qui – selon cette appréciation – répondaient aux exigences fixées.

Dans ces circonstances, la motivation contenue dans le rapport d'analyse des offres, que l'acte attaqué déclare faire sien, ne permet ni d'identifier les références

retenues par la partie adverse pour décider que l'intervenante présentait la capacité technique requise, ni de comprendre les raisons pour lesquelles ces références ont été jugées admissibles, et ce nonobstant les questions qu'elles pouvaient susciter.

Dès lors qu'une telle motivation ne satisfait pas à l'obligation incombant à la partie adverse à ce propos, le moyen, qui – en sa première branche et dans la mesure où il est recevable – lui en fait grief, doit être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTÉRÊTS

VII.1. Thèse de la partie adverse

Pour soutenir que doit être activé le procédé dit de la "balance des intérêts", tel que le consacre l'article 15, alinéa 3, 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 adverse fait valoir, dans sa note d'observations, ce qui suit:

" [...]. L'exécution du marché litigieux constitue un lot important dans la réalisation globale du nouveau département CIO – UNILAB ayant pour objet le développement des soins en matière de cancérologie.

La réalisation de cet objet dans les meilleurs délais suppose que l'exécution de ce lot s'inscrive dans la programmation générale de l'exécution de l'ensemble des autres lots compte tenu notamment de l'avancement des travaux de gros-œuvre.

Dès lors qu'est poursuivi le développement de la qualité des soins dans un domaine humainement et socialement éminemment sensible, le CHU, partie adverse, fait valoir l'intérêt *in concreto* de privilégier la situation des patients par rapport à toute autre considération relevant de l'intérêt économique des requérantes, fût-il légitime.

Il en est d'autant plus ainsi dans la présente hypothèse où les requérantes font preuve d'un acharnement singulier".

A l'audience du 4 novembre 2016, outre qu'elle a rappelé l'importance des enjeux humains et sociaux auxquels a vocation à rencontrer la construction du nouveau bâtiment CIO-UNILAB, la partie adverse a fait état de mesures d'économie auxquelles les institutions hospitalières devront faire face, et qui lui imposent de ne pas pouvoir négliger la prise en considération d'offres qui, à raison des prix proposés, apparaîtraient préférables au regard d'une telle contrainte.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

Si importantes et évidentes puissent être les dimensions humaine et sociale du projet à la concrétisation duquel le marché litigieux doit contribuer, il y a

lieu de constater que la partie adverse n'indique pas concrètement en quoi la situation des patients serait directement affectée par une suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Par ailleurs, s'il faut comprendre la plaidoirie de la partie adverse comme indiquant que celle-ci porte une attention particulière au caractère plus avantageux de l'offre de l'intervenante sur le plan financier, force est de constater qu'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, sur la base du moyen déclaré sérieux en l'espèce, n'aurait pas nécessairement pour effet d'imposer à la partie adverse de refuser de sélectionner l'intervenante.

Dans ces circonstances, il s'impose de constater que la partie adverse reste en défaut de démontrer que les difficultés qui résulteraient d'un report de la date de début d'exécution du marché litigieux seraient insurmontables au point de justifier qu'il soit fait obstacle à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Il n'y a, en conséquence, pas lieu de recourir à la balance des intérêts.

VIII. CONFIDENTIALITÉ

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les pièces 11, 17 et 18 du dossier administratif.

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

Conformément à l'article 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, il y a également lieu de maintenir la confidentialité des pièces 3, 5 et 9 du dossier de la requérante en intervention.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme de droit espagnol INSTALACIONES INABENSA dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 28 septembre 2016 par le conseil d'administration du Centre Hospitalier Universitaire de Liège ayant pour objet d'attribuer le marché public relatif à la construction d'un nouveau bâtiment CIO-UNILAB, à savoir le regroupement des laboratoires d'analyses cliniques et la création d'un centre intégré d'oncologie, "travaux d'équipements et installations HVAC", régi par le cahier des charges portant la référence CHUCIO/1547, à la société anonyme INSTALACIONES INABEIVSA pour le montant d'offre contrôlé et rectifié de 10.494.039,48 €, hors T.V.A..

Article 3.

Les pièces contenues aux numéros 11, 17 et 18 du dossier administratif, et les pièces 3, 5 et 9 du dossier de la requérante en intervention, sont 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 sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
dix-sept novembre deux mille seize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.