CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 237.583 du 7 mars 2017

A.221.131/VI-20.934

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
M^es^ Jean-Luc TEHEUX et
Jean-Marie RIKKERS, avocats,
rue Denis Lecocq 35
4031 Angleur,

contre :

le Centre Hospitalier Universitaire de Liège,
en abrégé CHU de liège,

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

Partie intervenante :

la société anonyme de droit espagnol
INSTALACIONES INABENSA,

ayant élu domicile chez
M^e^ Jens MOSSELMANS, avocat,
avenue Bischoffsheim 36
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 janvier 2017, la société anonyme CLOSE, la société anonyme AXIMA et la société anonyme DELTA THERMIC, formant ensemble l'association momentanée CLOSE – AXIMA – DELTA THERMIC demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 21 décembre 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 la création d'un centre intégré d'oncologie lot 4 HVAC, cahier des charges CHUCI0/1547 à un autre soumissionnaire que les requérantes, en l'occurrence «la société INSTALACIONES INABENSA SA rue Enegia Solar n° 1 à Séville pour le montant d'offre contrôlé et rectifié de 10.494.039,48 € » ".

Par une requête introduite le 17 février 2017, les requérantes demandent l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 janvier 2016, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 janvier 2017 à 10 heures.

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

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'État le 20 janvier 2017, la société anonyme de droit espagnol INSTALACIONES INABENSA demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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'État ont été acquittés.

M. Jacques JAUMOTTE, président de chambre, a exposé son rapport.

M^es^ Jean-Luc TEHEUX et Jean-Marie RIKKERS, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, M^es^ André DELVAUX et Renaud SIMAR avocats, comparaissant pour la partie adverse et M^e^ Jens MOSSELMANS et M^e^ Dorian PYCKE, *loco* M^e^ Bart VANDEREECKT, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. Par avis de marché publié le 5 octobre 2015 au bulletin des adjudications et le 8 octobre 2015 au journal officiel de l'Union européenne, le Centre Hospitalier Universitaire de Liège (ci-après dénommé la partie adverse) met en concurrence le marché public de travaux ayant pour objet selon l'article II.1.1) de cet avis 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 : HVAC" [cette dernière expression signifiant "Heat, Ventilating, air conditioning", à savoir "Chauffage, Ventilation et Air conditionné"].

2. Les autres dispositions pertinentes de cet avis (et qui intéressent la présente procédure) sont les suivantes :

- L'article IV.1) prévoit que le mode de passation est l'adjudication ouverte.
- L'article III.2.2) de cet avis détermine les conditions de sélection qualitative concernant la capacité économique et financière auxquelles doivent répondre les soumissionnaires. Il prévoit notamment que les soumissionnaires ne seront sélectionnés que si, sur la base des trois derniers bilans et comptes de résultats, ils démontrent:
  + un ratio de liquidité égal ou supérieur à 1 (arrondi à la deuxième décimale) ainsi qu'un fonds de roulement net positif;
  + un ratio de rentabilité présentant une capacité d'autofinancement positive et une valeur ajoutée brute positive;
  + un ratio de solvabilité présentant une degré d'endettement global inférieur à 95 % (arrondi à la deuxième décimale) et un pourcentage de couverture des fonds de tiers par le cash-flow positif.

Si le soumissionnaire est une société momentanée, ces exigences peuvent être uniquement rencontrées par l'un des associés. Le soumissionnaire peut également faire état de la capacité de sa société mère. Dans cette hypothèse, il devra joindre "un document démontrant la solidarité financière des «garants»".

Enfin, cet article fait référence aux exigences d'agréation en matière financière et économique.

- L'art. III.2.3) de l'avis de marché exige au niveau de la capacité technique "un minimum de trois références de travaux similaires au présent marché exécuté 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 hors taxe sur la valeur ajoutée, chacune dans le secteur hospitalier, et, pour l'autre référence, un

montant de 8.460.000 EUR hors taxe sur la valeur ajoutée, chacune en milieux autres qu'industriel. Chaque référence produite de travaux exécutés et réceptionnés aux cours des cinq dernières années doit être appuyée 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. Les certificats de bonne exécution qui corroborent ces références ne pourront être pris en compte que si ils sont dûment signés par le maître de l'ouvrage".

Sous ces dispositions, la partie adverse range les travaux dans trois sous-catégories d'agréation, à savoir la D16, la D17 et la D18, et exige que le soumissionnaire présente :

" - soit la preuve de son agréation correspondant à la catégorie et/ou à la sous-catégorie d'agréation mentionnée […];
- soit la preuve de son inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre de l'Union européenne ainsi que les documents complémentaires éventuels;
- soit un dossier dont il ressort que l'entrepreneur satisfait aux exigences de la classe, de la catégorie et/ou de la sous-catégorie d'agréation à prendre en considération".

L'article prévoit également que les soumissionnaires doivent être agréés en "D16 (Installations sanitaires et installations de chauffage au gaz par appareils individuels), D17 (Chauffage central, installations thermiques) et D18 (Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air)" ainsi que dans la "classe correspondant au montant global de l'offre".

3. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° CHUCIO/1547. Les conditions de sélection qualitative tels que décrites dans l'avis de marché sont réitérées en page 7 (articles 5.15 à 5.17) des clauses administratives de ce cahier.

4. Par courrier du 23 octobre 2015, le Bureau Architecture Engineering VERHAEGEN SA, agissant en tant qu'auteur de projet pour la partie adverse, adresse aux sociétés ayant commandé les documents du marché, dont les requérantes, un "corrigendum" annulant et remplaçant le cahier des charges "coordination et logistique ainsi que son métré et ses annexes".

5. Le 9 novembre 2015, le Bureau d'Architecture Engineering VERHAEGEN SA dresse, sous l'en-tête de la partie adverse, un procès-verbal de clôture des questions.

6. Lors de la séance d'ouverture des offres du 24 novembre 2015, il apparaît que cinq soumissionnaires (dont les requérantes et la société INSTALACIONES INABENSA SA, ci après la "partie intervenante") ont déposé une offre en vue de la réalisation de ce marché. Les requérantes sont classées troisième selon le procès-verbal d'ouverture des offres, pour un montant de 17.000.217,97 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise, tandis que la partie intervenante apparaît en deuxième position pour un montant de 14.339.966,75 euros taxe sur la valeur ajoutée comprise.

7. Le 12 décembre 2015, la direction financière de la partie adverse communique en interne l'analyse des bilans remis par les différents soumissionnaires, tel qu'exigés dans le cadre de la sélection qualitative.

Le 11 janvier 2016, la partie adverse interroge la partie intervenante comme suit :

" L'analyse des bilans transmis laisse apparaitre 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 janvier 2016, la partie intervenante répond entre autres comme suit:

" [...] lors de notre offre nous avons remis les bilans des trois dernières années de Inabensa et Abeinsa qui est sa maison mère, avec une lettre dont il est certifié la solidarité entre les deux.
Compte tenu du fait que l'entreprise qui a remis offre est INABENSA, pouvez-vous nous confirmer [si vous désirez encore recevoir] les bilans de la maison-mère de ABEINSA, qui est ABENGOA, ou si les bilans de INABENSA et ABEINSA sont suffisants".

Le 14 janvier 2016, une nouvelle analyse des comptes remis par la partie intervenante est sollicitée auprès de la direction financière de la partie adverse. Cette dernière transmet ses résultats le 20 janvier 2016, desquels il ressort que les exigences de sélection sont atteintes par la partie intervenante.

8. Le 1er février 2016, la partie adverse interroge les requérantes et la partie intervenante sur la présence de prix apparemment anormaux.

Les requérantes et la partie intervenante répondent le 11 février 2016.

9. Le 12 février 2016, la partie adverse adresse un courrier à la commission d'agréation des entrepreneurs afin de s'assurer que la partie intervenante dispose d'une agréation d'entrepreneur équivalente à celle requise.

10. Le 18 février 2016, l'auteur de projet transmet son rapport provisoire, daté du 17 février 2016, à la partie adverse.

Il ressort de ce rapport que l'offre de la partie intervenante présente le prix dont le montant corrigé est le plus bas.

11. Le 24 février 2016, la partie adverse décide de solliciter de la partie intervenante des justifications de prix complémentaires, car elle considère ne pas encore disposer d'éléments suffisants pour apprécier ses prix.

12. Dans l'intervalle, le rapport provisoire est présenté au conseil d'administration de la partie adverse le 2 mars 2016, qui le reprend à son compte et décide, en vertu de l'article 8, § 1er, de l'arrêté royal n° 542 du 31 mars 1987 portant l'organisation, le fondement et la gestion des hôpitaux universitaires de l'État à Gand et à Liège, 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".

13. La partie intervenante transmet ses justifications de prix complémentaires le 8 mars 2016.

14. Le 28 juin 2016, la commission d'agréation des entrepreneurs rend son avis et estime que la partie intervenante dispose d'une agréation équivalente aux agréations belges 1D17 et 8D18.

15. Le 29 juin 2016, l'auteur de projet finalise son rapport d'analyse des offres.

Outre l'analyse des différentes offres remises par les soumissionnaires, le rapport d'analyse des offres dispose comme suit en ce qui concerne la question des agréations nécessaires à l'obtention du marché:

" Après un examen attentif de la législation sur l'agréation et de la jurisprudence sur le sujet, nous ne pouvons exclure de soumissionnaires au motif qu'ils ne sont pas agréés en classe D16 dès lors que cette exigence ne correspond pas aux caractéristiques du marché.

Par ailleurs, la ventilation des montants des postes du métré entre la sous-catégorie D17 chauffage central, installations thermiques et la sous-catégorie D18 ventilation, chauffage à air chaud et conditionnement d'air, montre que les postes qui ressortent de la sous-catégorie 17 représente 15 % du montant de l'estimation et que les postes qui ressortent de la sous-catégorie 18 représente 85 % du montant de l'estimation. Dès lors, en application de l'article 5 § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, le soumissionnaire doit à tout le moins être agréé en sous-catégorie D18 dans la classe correspondant au montant de son offre".

Le rapport d'analyse des offres conclut également comme suit :

" • L'Architecte constate que la firme INABENSA sa a fourni dans le délai imparti 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."

16. Le 14 juillet 2016, l'administrateur délégué de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la partie intervenante pour un montant d'offre contrôlé de 10.494.039,48 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Cette décision est adressée par pli recommandé et par courriel le même jour. Elle est motivée comme suit:

" […];
Considérant le projet global de la construction d'un nouveau bâtiment CIO-Unilab estimé à 63.849.104,00 euros 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 euros hors TVA ou 13.642.961,75 euros, 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 euros HTVA, soit 12.697.787,88

euros TVAC si les justificatifs reçus sont suffisants et peuvent être pris en considération et l'équivalence d'agréation accordée;

Considérant le rapport d'analyse des offres du 29 juin 2016 qui fait partie intégrante de la présente décision et qui considère les justifications apportées par la société comme pertinentes et suffisantes;

Considérant l'avis de la Commission d'agréation qui constate que l'agréation espagnole est équivalente à l'agréation 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;

Vu l'article 8, § 1er, 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;

Vu la décision prise par le Conseil d'Administration du Centre Hospitalier Universitaire de Liège le 24 juin 2009 relative aux délégations de compétences à l'Administrateur délégué;

Vu la décision du 2 mars 2016 prise par le Conseil d'Administration du Centre Hospitalier Universitaire de Liège;

Le soussigné Julien COMPERE, Administrateur Délégué du C.H.U.:

DECIDE
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. [...];
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. [...];
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;
6. d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, soit la société Instalaciones INABENSA S.A. [...], pour le montant d'offre contrôlé et rectifié de 10.494.039,48 euros HTVA, soit 12.697.787,88 euros TVAC".

La décision d'attribution est accompagnée d'un "extrait du rapport complet du 29 juin 2016 relatif à l'analyse des offres du 24 novembre 2015". La décision d'attribution du 14 juillet 2016 ne fait pas référence à cet "extrait de rapport complet" mais au "rapport d'examen des offres du 29 juin 2016" qui est considéré "comme partie intégrante de la présente délibération". Ce rapport, ainsi communiqué en extrait par la partie adverse, contient l'analyse effectuée par le Bureau Architecture Engineering VERHAEGEN SA du respect des critères d'exclusion (droit d'accès) et de sélection qualitative par les soumissionnaires, de la régularité des offres déposées et de l'attribution du marché. Ce rapport précise notamment ce qui suit :

" Après examen de la réponse de la société INABENSA sa à notre demande de preuve de solidarité financière au moment du dépôt des offres, il ressort que lors de la remise de son dossier initial, cette entreprise avait fournit ses propres bilans, les bilans de sa société mère et un document de solidarité financière.
Le pouvoir adjudicateur a fait un amalgame [de] ces documents lors de sa première analyse financière.
Une nouvelle analyse financière (jointe en annexe) a été réalisée suite à la réception de ces précisions et il en ressort que l'entreprise répond au critère de capacité économique et financière."

17. Par requête introduite le 29 juillet 2016, les requérantes sollicitent la suspension d'extrême urgence de l'exécution de la décision adoptée par la partie adverse le 14 juillet 2016. Est notamment soulevé comme deuxième moyen la violation des 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 des actes administratifs, plus généralement de l'obligation de motivation formelle et matérielle des actes administratifs, du devoir de minutie et du principe de bonne administration.

Selon les requérantes, la motivation de la décision ne permet en effet pas de comprendre qu'INABENSA satisfait aux conditions capacité financière et plus spécifiquement aux exigences de ratios de liquidité, de solvabilité et de rentabilité et ce d'autant plus qu'INABENSA déclare elle-même dans son offre qu'elle ne satisfaisait pas à certains ratios, raison pour laquelle cette dernière faisait valoir la "capacité" de sa société mère ABEINZA, société dont les requérantes ont appris l'existence à la lecture du dossier administratif. La motivation de la décision apparaît donc parfaitement inexacte.

18. Par arrêt n° 235.653 du 31 août 2016, le Conseil d'État suit le moyen précité et suspend l'exécution de la décision adoptée par la partie adverse. La motivation de cet arrêt est la suivante :

" Au terme d'une première analyse des données communiquées par les soumissionnaires, la partie adverse a considéré que l'intervenante ne présentait pas le niveau de capacité financière requis, dès lors qu'elle ne satisfait pas aux deux exigences relatives aux ratios de liquidité définis par les documents du marché.

Sur ce point, le rapport d'analyse des offres est formulé comme suit:

« Les éléments transmis par l'entreprise INABENSA sa sont complets. A l'analyse, il apparaît que son ratio de liquidité est inférieur à 1 et son fonds de roulement net n'est pas positif. Afin de poursuivre notre analyse, un courrier est envoyé à l'entreprise INABENSA sa pour lui demander de fournir un document démontrant pertinent [*sic*] la solidarité financière des associés ou de la maison-mère au moment du dépôt des offres».

En réponse à la demande que lui avait ainsi adressée la partie adverse, l'intervenante a rappelé avoir joint à son offre ses bilans des trois dernières années

et ceux de sa maison-mère ABEINSA, ainsi qu'une «lettre dont il est certifié la solidarité entre les deux».

A l'issue d'un nouvel examen effectué à la suite de cette réponse de l'intervenante, la capacité financière de celle-ci est admise. A ce propos, le rapport d'analyse des offres précise ce qui suit:

« Après examen de la réponse de la société INABENSA sa à notre demande de preuve de solidarité financière au moment du dépôt des offres, il ressort que lors de la remise de son dossier initial, cette entreprise avait fourni ses propres bilans, les bilans de sa société mère et un document de solidarité financière. Le pouvoir adjudicateur a fait un amalgame ces [sic] documents lors de sa première analyse financière. Une nouvelle analyse financière (jointe en annexe) a été réalisée suite à la réception de ces précisions et il en ressort que l'entreprise répond au critère de capacité économique et financière».

Pour aboutir à cette conclusion, la partie adverse a, *prima facie,* eu égard aux mêmes données comptables que celles qui avaient fondé sa première analyse, et à ces seules données, sans prendre en considération l'engagement de soutien financier souscrit par la maison-mère de l'intervenante. En admettant, sur cette seule base, la capacité financière de l'intervenante, elle a implicitement considéré que celle-ci affichait, à elle seule, la capacité financière requise.

A la lecture des extraits précédemment reproduits, la décision attaquée et le rapport d'analyse des offres qu'elle fait sien ne permettent pas de comprendre le revirement opéré par la partie adverse à l'issue de sa nouvelle analyse. La référence à l'«amalgame» reconnu par la partie adverse n'apporte aucun éclairage utile et la «nouvelle analyse financière» prétendument annexée au rapport ne l'est, en réalité, pas.

Ce revirement est d'autant plus incompréhensible et appelait, pour cette raison, une motivation d'autant plus soignée que, dès le dépôt de son offre, l'intervenante avait reconnu ne pas pouvoir, à elle seule, se prévaloir de la capacité financière requise, raison pour laquelle elle faisait appel à la capacité de sa maison-mère ABEINSA, produisant les bilans de celle-ci ainsi qu'une déclaration de soutien financier.

D'un examen effectué en extrême urgence, il apparaît ainsi que la partie adverse a méconnu les obligations de motivation formelle qui lui incombaient en vertu des dispositions dont le moyen invoque la violation. Il s'ensuit que celui-ci doit être déclaré sérieux".

Par ailleurs, la partie adverse avait demandé qu'il soit fait application de la balance des intérêts, et ce sur la base de la motivation suivante:

" 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, fusse-t-il légitime".

Dans son arrêt n° 235.653 précité, le Conseil d'État a rejeté comme suit cette demande:

" A défaut d'informations concrètes, portant notamment sur un calendrier prévisionnel de réalisation du projet et sur l'état d'avancement actuel de celui-ci, les considérations générales dont fait état la partie adverse à propos de la programmation de la réalisation globale du nouveau département CIO-UNILAB ne font pas apparaître en quoi cette programmation serait perturbée par une suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Par ailleurs, et quelle que soit l'importance de l'objectif de qualité des soins qu'a vocation à servir la réalisation du nouveau département, la partie adverse n'indique pas non plus concrètement en quoi la situation des patients serait directement affectée par une suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Dans ces circonstances, 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 en faveur de la partie adverse".

19. En date du 7 septembre 2016, la partie adverse décide de retirer la décision d'attribution du marché à la partie intervenante du 14 juillet 2016. Cette décision est communiquée aux requérantes par mail du 9 septembre 2016. L'arrêt n° 237.303 du 7 février 2017 constate le caractère définitif du retrait et conclut à la perte d'objet du recours.

20. En date du 6 octobre 2016, la partie adverse notifie par courriel et par pli recommandé la nouvelle décision motivée d'attribution prise le 28 septembre 2016 par son conseil d'administration. Cette décision attribue à nouveau le marché à la partie intervenante et fait toujours référence au "rapport d'analyse des offres du 29 juin 2016" qui est considéré comme faisant partie "intégrante de la présente décision sous réserve des mises aux points reprises ci-après […]".

Outre la décision d'attribution, sont communiqués un extrait du rapport d'analyse des offres (intitulé rapport succinct marché HVAC 4), identique à celui joint à la décision dont l'exécution avait été suspendue et qui doit, selon les requérantes, être distingué du rapport complet qui n'est pas joint à la décision motivée, ainsi qu'un document concernant l'analyse financière de la capacité financière de la société INSTALACIONES INABENSA SA signé par le directeur financier de la partie adverse et daté du 26 septembre 2016. Ce document est accompagné de 7 annexes :

-annexe 1 : Les bilans 2012, 2013 et 2014 d'INABENSA;
- annexe 2 : Les bilans 2012, 2013 et 2014 d'ABEINSA;
- annexe 3 : un extrait de l'offre d'INABENZA comprenant ses propres calculs des ratios;
- annexe 4 : une notice méthodologique de la Banque Nationale de Belgique;

- annexe 5 : un extrait du cours de Monsieur AM YLIEF (2007);
- annexe 6 : le modèle de bilan de la Banque National de Belgique;
- annexe 7 : un courrier du Bureau de Réviseurs PWC avec en annexe un document intitulé "document de synthèse" signé par l'administrateur délégué de la partie adverse.

La motivation de la décision et les "mises aux points" sont les suivantes :

" [...];
Considérant que 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'agréation 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'agréation 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'agréation 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'agréation 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. 1er 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 relever le montant le plus important de l'offre.
- Dans ces conditions, l'exigence d'agréation 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 agréation 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 01/02/2016 et du 24/02/16, à donner des justifications.

Par lettres du 11/02/2016 et du 8/03/2016, la société INABENSA a transmis un dossier particulièrement fourni contenant la décomposition de ses prix, les prix des offres de certains sous-traitants, et les accords-cadres portant sur les prix de fourniture du matériel offert.

c.1. Quant au montant global de l'offre

Au terme de leur analyse approfondie, les auteurs de projet ont relevé au point 5.4.2 de leur rapport que le montant global de l'offre de la société INABENSA ne pouvait être considéré comme anormalement bas, dès lors que le montant global était justifié par les éléments suivants :

- la fourniture de matériel bénéficiant de prix de fabrication plus bas que ceux du marché belge; tel est le cas du matériel produit localement en Espagne et au Portugal, c'est-à-dire sur base des coûts inférieurs à ceux du marché belge.

  Ainsi, le groupe de traitement d'air, représentant plus de 10% du marché est de marque OCRAM et de fabrication portugaise. CIAT, fournisseur international; pratique des prix différents en fonction de chaque pays et de la concurrence locale. Bénéficiant de certification Eurovent et au vu de la documentation fournie, ces produits n'apparaissent pas de qualité inférieure.

  Des éléments comme les tableaux électriques sont fabriqués par le soumissionnaire lui-même avec des coûts de main d'œuvre locale et sans intermédiaire.

- la taille importante de la SA INABENSA sur le marché international la faisant bénéficier d'accords-cadres relativement intéressants dûment produits au dossier justificatif.

  Les justificatifs produits font état d'accords commerciaux justifiant les prix remis à propos desquels le bureau d'études ne dispose d'aucun moyen d'investigation.

  Il est cependant constaté que ces produits émanent de sociétés réputées, portent sur des produits dont la qualité ne peut être mise en doute et qu'en définitive, ils résultent de l'ouverture à la concurrence au niveau européen,

comme exigé par la règlementation régissant l'attribution des marchés publics pour un marché de cette importance.

Dans ces conditions, les affirmations mentionnées dans le rapport établi par la SA SOPHIA BELGIUM produit par le soumissionnaire CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC dans le cadre de son action en cessation devant le tribunal de commerce de Liège - division Liège, selon lequel il apparaîtrait notamment que «la liste des équipements proposés par la SM (CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC) correspond bien aux équipements conformes les moins chers» est en fait démentie par les documents justificatifs produits par la société INABENSA.

En effet, comment la SA SOPHIA BELGIUM peut-elle affirmer qu'elle connaît tous les accords commerciaux entre des sociétés (installateurs et fournisseurs) sur le marche européen et ainsi, soutenir que la SM CLOSE AXIMA - DELTA THERMIC a assurément remis les prix les moins chers?

Au demeurant, les conclusions développées par la SA SOPHIA BELGIUM sont d'autant moins crédibles que seule une comparaison chapitre par chapitre présente un intérêt : ressortir quelques différences ponctuelles, comme le fait la SA SOPHIA BELGIUM dans son rapport ne permet pas de tirer la moindre conclusion et ce, au vu du nombre très important de postes du métré.

- pour ce qui concerne le coût de la main-d'œuvre, il convient d'avoir égard aux éléments suivants :

  - le coût de la main-d'œuvre est significativement plus bas en Espagne qu'en Belgique et ce, surtout pour l'ingénierie;

  - certains postes du marché, comme par exemple l'établissement du dossier préparant l'exécution ne concerne que de la main-d'œuvre espagnole propre à la société INABENSA;

  - le pourcentage de la main-d'œuvre pour certains postes peut être variable d'une entreprise à l'autre.

  Aussi, les prix remis dans l'offre d'INABENSA s'avèrent plus bas lorsqu'il y a recours à de la main-d'œuvre d'Espagne.

  Pour les postes où la main-d'œuvre sera employée sur chantier, les prix s'avèrent comparables à ceux des autres offres.

  En effet, si on examine les sept postes renseignés par la SA SOPHIA BELGIUM comme étant ceux avec le plus grand temps de montage, les prix de l'offre INABENSA sont similaires ou supérieurs aux prix du soumissionnaire CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC - ce qui va à l'encontre de l'argument défendu par la SA SOPHIA BELGIUM ainsi qu'il résulte du tableau ci-après.

	Prix AM CLOSE/DELTA THERMIC	Prix INABENSA	Prix d'INABENSA par rapport aux prix de l'AM CLOSE/AXIMA/DELTA THERMIC
DN 50 Acier	39,61 EUR	43,97 EUR	Soit 10 % de +
DN 100 Acier	58,43 EUR	96,59 EUR	Soit 39 % de +
Gaine rectangulaire	64,38 EUR	68,83 EUR	Soit 6% de +
Gaine ronde	34,41 EUR	39,15 EUR	Soit 12 % de +

DIAM 100			
Gaine ronde DIAM 125	38,38 EUR	40,36 EUR	Soit 5% de +
Gaine ronde DIAM 160	43,67 EUR	42,02 EUR	Soit 4% de +
Gaine ronde DIAM 200	49,69 EUR	43,92 EUR	Soit 13% de-

Au surplus, il a été dûment constaté que les prix de fabrication et de fournitures ont bien été majorés d'un pourcentage pour frais généraux et bénéfice.

Dans ces conditions, il est conclu au caractère non anormalement bas du montant global de l'offre de la société INABENSA.

c.2. Quant aux prix des postes ayant fait l'objet d'une demande de justification

Invitée par lettres 1/02/2016 et du 24/02/2016 du CHU à justifier le montant global de son offre et les prix de divers postes, la société INABENSA a, par lettres du 11/02/2016 et du 8/03/2016, produit un dossier complet et confidentiel comprenant pour chacun des postes en cause;

- La décomposition de ses prix (annexe 2 «Tableau des prix détachés»)

  Les postes soumis à justification sont décrits et décomposés comme suit : coûts matériaux / fournisseur / installation / coût sous-traitance / coût (fournisseur + installation + sous-traitance) / coûts indirects, frais généraux et profit industriel.

- Les offres de ses sous-traitants (annexe 3 «Offres qui justifient et soutiennent nos prix fournisseurs et sous-traitants») :

  Huit offres sont déposées et ont trait aux éléments suivants :

  Groupes frigorifiques;
  Sous-traitant mécanique;
  Corps de chauffe;
  Armoires de climatisation;
  Sous-traitant de Ventilation;
  Groupes de traitement d'air;
  Equipements électriques;
  Régulation.

- Les marque de matériel offert avec les accords-cadres portant sur les prix de fournitures (annexe 4d. «Accords-cadres avec nos fournisseurs»).

  Les accords-cadres (20) suivants sont déposés et ont trait aux éléments suivants :

  Appareillage et systèmes d'installation;
  Appareillage et systèmes d'installation;
  Groupes électrogènes;
  Câbles électriques de basse et moyenne tension;
  Régulation;
  Tuyauterie et instrumentation;
  Blocs de jonction;
  Inspection, vérification, analyse et certification;
  Systèmes de supportage;
  Systèmes de supportage;
  Distributeur de matériel électrique;
  Solutions logistiques et assistance technique;

Location de nacelles et plateformes élévatrices;
Construction modulaire. Modules préfabriqués;
Grues.

Au regard des interrogations du CHU de LIEGE, les justifications suivantes ont été apportées par la SA INABENSA:

Quant aux prix apparemment anormalement bas

- Partie CIO :

a) Poste 3 : PRODUCTION FRIGORIFIQUE

«Due à la relation commerciale avec la marque et son installation dans le bâtiment existant de l'hôpital de Liège le fournisseur choisi a été CIAT, qui est joint en annexe trois.

Pour la justification détaillée de la ventilation, le détachement direct des prix est joint au document numéro deux.

Pour le prix de départ de 3,13 - Plate-forme de maintenance, nous avons reçu une offre de la société 'Instaladores Reunidos' ainsi qu'une lettre d'engagement de l'entreprise qui est attaché en annexe numéro trois».

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, il est fait état de la marque, de l'identité du fournisseur et du prestataire, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori, d'une offre pour la maintenance et d'un engagement express du prestataire et du fournisseur.

L'offre de CIAT et l'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS sont reprises en annexe 3 et confirment que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

b) Poste 4 : CHAMBRES FROIDES

«Pour [une justification détaillée], le détachement direct des prix est joint au document numéro deux directement. Nous avons reçu une offre de la société 'Instaladores Reunidos' ainsi qu'une lettre d'engagement de l'entreprise qui est attaché en annexe numéro trois.
Inabensa est en cours d'exécution des travaux de construction Niels Bohr et l'hôpital Herlev, tous les deux à Copenhague, au Danemark, où les chambres froides seront installées, ce qui nous permet d'avoir les meilleurs prix. Les références sont jointes à l'annexe f.»

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, le détail des prix présente des rendements non critiquables a priori, et qu'existe un engagement express du prestataire INSTALADORES REUNIDOS.

L'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.
Les références annoncées sont bien reprises à l'annexe f des justifications.

c) Poste 10 : CORPS DE CHAUFFE

«Pour une justification détaillée le détachement direct des prix est joint au document numéro deux. L'offre de l'entreprise Ferroli est aussi attaché en annexe numéro trois.

Des accords-cadres avec nos magasins de confiance sont annexes au document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre fait état de l'identité du fournisseur, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables *a priori* et d'un engagement express du fournisseur FERROLI.

L'offre de fa société FERROLI est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant le prix remis.

d) Poste 11: TRAITEMENT ET DISTRIBUTION D'AIR

«Pour une justification détaillée le détachement direct des prix est joint au document numéro deux
Pour l'installation de traitement de l'air et de distribution du même l'offre de notre sous-traitance de confiance Vieira Lopes est attaché en annexe trois.

L'offre pour les groupes de traitement d'air du fournisseurr Ocram est jointe. Ocram est un fournisseur international avec lequel nous avons une relation d'affaires étroite dans d'autres projets est fixé, ce qui nous a permis d'obtenir des prix compétitifs pour cela.

Des accords-cadres avec nos magasins de confiance sont annexes au document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du fournisseur et du prestataire, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori, et d'un engagement express du prestataire et du fournisseur.

L'offre de la société VIEIRA LOPES et l'offre de la société OCRAM sont reprises en annexe 3 et confirment que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant le prix remis

e) Poste 12 : EQUIPEMENTS ELECTRIOUES

«Inabensa est spécialisée dans les installations électriques depuis plus de 75 ans la société.
Inabensa a son propre atelier des panneaux et de contrôle, ce qui a permis d'optimiser les processus d'usinage et de fabrication atelier de fabrication. Cela nous a permis d'économiser des marges car nous n'avons pas besoin de les acheter biais de sociétés intermédiaires, ce qui se traduit par des économies considérables et une compétitivité accrue dans cette gamme. Ses installations sont situées à Séville, Alcalà de Henares (Espagne) et Tianjin (Chine).

L'offre de l'atelier d'Inabensa est joint au document numéro trois.

Une présentation de l'atelier d'Inabensa, qui montre nos capacités techniques ainsi que les capacités du personnel est jointe au annexe 4b.

Des accords-cadres avec les fournisseurs d'équipements électriques et de commutation sont joints dans le document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base des capacités internes de la société INABENSA, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori.

L'offre de l'Atelier INABENSA est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

Par ailleurs, la présentation détaillée de l'Atelier est bien présente en annexe 4b.

Les accords-cadras sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant le prix remis.

f) Poste 13: REGULATION

«Pour une justification détaillée le détachement direct des prix est joint au document numéro deux directement.

Nous avons reçu une offre de Cofely Services, responsable de l'entretien du bâtiment existant et qui connait le système de réglementation compétent. L'offre est jointe en tant que document 3.

Ci-joint des accords-cadres avec nos fournisseurs de régulation, Johnson Controls et automatisation ZIV, Grille, qui collaboreront avec nous, dans le document de projet 4d.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du fournisseur, du détail du prix calculés avec des rendements non critiquables a priori, et d'un engagement express du prestataire fournisseur.

L'offre de COFELY SERVICES est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres mentionnés sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données avancées par la SA INABENSA.

g) Poste 19 : TRAVAUX DIVERS, CONTROLES, ESSAIS ET RECEPTIONS

«Pour une justification détaillée des prix le détachement des prix directs est joint en annexe sur le document numéro deux est attaché.

Instaladores Reunidos, qui garantit les prix rendus, ainsi qu'une lettre d'engagement de la société - l'offre du sous-traitant Irsa est annexe au document trois.

Au même temps, on a fait une étude de ces éléments et, si elles choisissent de ne pas externaliser, le coût des matériaux serait couvert par nos prix, en laissant le coût du personnel inclus dans nos coûts globaux, qui ont été transmis généralement tout au long du projet, menée par le personnel de l'entreprise.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du prestataire, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori, et d'un engagement express du prestataire fournisseur.

L'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en oeuvre de produits conformes aux documents du marché.

- Partie LTCG

    - Traitement et distribution d'air:

«Pour une justification détaillée des prix le détachement des prix directs est joint en annexe sur le document numéro deux est attaché.

Pour l'installation de traitement de l'air et de distribution du même l'offre de notre sous-traitance de confiance Vieira Lopes est attaché en annexe trois.

L'offre pour l'approvisionnement de climatiseurs Ocram est jointe. Ocram est un fournisseur international avec lequel nous avons une relation d'affaires étroit dans d'autres projets est fixé, ce qui nous a permis d'obtenir des prix compétitifs pour cela.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité des fournisseurs et prestataires, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori, et d'un engagement express des prestataires et fournisseurs,

L'offre de VIEIRA LOPES et l'offre de ORCAM sont reprises en annexe 3 et confirment que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

    - Equipements électriques

«Inabensa est spécialisée dans les installations électriques depuis plus de 75 ans la société.

Inabensa a son propre atelier des panneaux et de contrôle, ce qui a permis d'optimiser les processus d'usinage et de fabrication atelier de fabrication. Cela nous a permis d'économiser des marges car nous n'avons pas besoin de les acheter biais de sociétés intermédiaires, ce qui se traduit par des économies considérables et une compétitivité accrue dans cette gamme. Ses installations sont situées à Séville, Alcalà de Henares (Espagne) et Tianjin (Chine).

L'offre de l'atelier d'Inabensa est joint au document numéro trois.

Une présentation de l'atelier d'Inabensa, qui montre nos capacités techniques ainsi que les capacités du personnel est joint à l'annexe 4b.

Des accords-cadres avec les fournisseurs d'équipements électriques et de commutation sont joints dans le document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base des capacités Internes de la société INABENSA, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori.

L'offre de l'Atelier INABENSA est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

La présentation de l'Atelier en annexe 4b confirme la réalité de la justification apportée par la SA INABENSA.

Les accords-cadres mentionnés sont également produits en annexe 4d et confirment aussi la réalité des données justifiant les prix remis.

- Régulation

«Pour une justification détaillée le détachement directe des prix est joint au document numéro deux directement.

Nous avons reçu une offre de Cofely Services, responsable de l'entretien du bâtiment existant et qui connait le système de réglementation compétent. L'offre est jointe en tant que document 3.

Ci-joint des accords-cadres avec nos fournisseurs de régulation, Johnson Controls et automatisation ZIV Grille, qui collaboreront avec nous dans le document de projet 4d. »

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du fournisseur, du détail des prix calculé avec des rendements non critiquables, a priori, et d'un engagement express du prestataire fournisseur.

L'offre de COFELY SERVICES est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres mentionnés sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant les prix remis.

Quant au prix apparemment anormalement haut :

- Partie CIO :

h) Poste 9 ROBINETTERIE

«Pour [une justification détaillée], le détachement direct des prix est joint au document numéro deux directement. Nous avons reçu une offre de la société 'Instaladores Reunidos' ainsi qu'une lettre d'engagement de l'entreprise qui est attaché en annexe numéro trois.

Une présentation de notre bureau d'études est jointe dans le document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du prestataire, du détail des prix calculé avec des rendements non critiquables a priori, et d'un engagement express du prestataire.

L'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en oeuvre de produits conformes aux documents du marché.

La présentation du bureau d'études en annexe 4c confirme la réalité des données justifiant les prix remis.

***

En synthèse, les prix ainsi détaillés sont justifiés pièces à l'appui.
En outre, les justifications d'INABENSA sont renforcées par les considérations qui précèdent relatives aux conditions de fabrication des fournitures aux prix du marché espagnol, à la taille d'INABENSA sur le marché international lui permettant de bénéficier d'accords-cadres relativement intéressants, au recours à la

main-d'œuvre espagnole à l'exclusion de tout intermédiaire pour nombre d'éléments fabriqués tels les tableaux électriques.
Pour le surplus, il est constaté que les prix de main-d'œuvre sont plus bas lorsqu'il y a recours à de la main-d'œuvre payée au tarif de l'Espagne par rapport au coût de la main-d'œuvre appelée à travailler sur chantier.

c.3. En conclusion

Il apparaît que les prix des postes pour lesquels la société INABENSA a été invitée à justifier les prix sont dûment justifiés et ne peuvent être considérés comme anormalement bas ou pour le seul poste en question comme anormalement haut.

Dans ces conditions, de ce point de vue l'offre doit être considérée comme régulière.

Considérant l'avis de la Commission d'agréation qui constate que l'agréation espagnole est équivalente à l'agréation 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. […];

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. […];

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, son la société Instalaciones INABENSA S.A., […] pour le montant contrôlé et rectifié de 10.494.039,48 EUR hors TVA, soit 12.697.787,88 EUR TVAC."

21. En date du 21 octobre 2016, les requérantes introduisent une (deuxième) requête en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la décision de la partie adverse du 28 septembre 2016. Est invoqué dans le cadre de cette requête un moyen tiré de la violation des 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, 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 requérantes soutiennent à l'appui de ce moyen qu'il n'est pas

possible de comprendre à la lecture de l'acte attaqué les motifs pour lesquels INABENSA a été sélectionnée (capacité technique) alors qu'il apparaissait que cette dernière n'était pas active dans le secteur de l'H.V.A.C., objet des travaux.

Par arrêt n° 236.445 du 17 novembre 2016, le Conseil d'État suit le moyen précité et fait droit à la demande des requérantes. Le Conseil d'État ordonne, dans ces conditions, la suspension de l'exécution de la décision prise par la partie adverse le 28 septembre 2016. La motivation de l'arrêt est la suivante :

" 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".

Par ailleurs, la partie adverse avait à nouveau demandé qu'il soit fait application de la balance des intérêts, et ce sur la base de la motivation suivante dans sa note d'observations:

" [...]. 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, fusse-t-il légitime. Il en est d'autant plus ainsi dans la présente hypothèse où les requérantes font preuve d'un acharnement singulier".

De même, à 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.

Dans son arrêt n° 236.445 précité, le Conseil d'État a rejeté comme suit cette demande:

" 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".

22. A la suite de ce nouvel arrêt de suspension, le conseil d'administration de la partie adverse s'est à nouveau réuni le 21 décembre 2016. Lors de cette réunion, il a décidé, d'une part, de retirer la deuxième décision d'attribution du marché du 28 septembre 2016 et, d'autre part, d'attribuer une nouvelle fois le marché litigieux à la partie intervenante. L'extrait du procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 21 décembre 2016, qui doit encore faire l'objet d'une approbation

par les membres du conseil d'administration, qui constitue l'acte présentement attaqué, présente comme suit la motivation de cette troisième décision d'attribution du marché litigieux:

" CONSEIL D'ADMINISTRATION - Séance du 21 décembre 2016
Notification des décisions
(sous réserve d'approbation du procès-verbal)
(EXTRAIT)

5. Marchés publics

I) Construction d'un nouveau bâtiment CIO-UNILAB : Equipements et Installations HVAC – retrait de la décision du 28/09/2016 – nouvelle décision attribution du marché

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'agréation accordée;

considérant la décision d'attribution prise par monsieur l'Administrateur délégué le 14 juillet 2016;

vu l'arrêt du Conseil d'État 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'État,

vu la décision du Conseil d'Administration du 28 septembre 2016 d'attribution du marché,

vu l'arrêt du Conseil d'État n° 236.445 du 17 novembre 2016 ordonnant la suspension de cette décision d'attribution,

considérant qu'il est proposé au Conseil d'administration de procéder au retrait de sa décision d'attribution du 28 septembre 2016 et d'examiner les suites à apporter à ce dossier à la lumière de l'arrêt précité du Conseil d'État,

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,

A. Quant à la sélection

a.1. Capacité technique : les références

Considérant qu'il résulte de l'arrêt du 17 novembre 2016 que le Conseil d'État a estimé que

«La plupart des références évoquées par l'intervenante suscite des questions pour ce qui concerne leur validité au regard de la période fixée, le caractère «similaire» des travaux mentionnés, la part qu'a prise l'intervenante ou bien encore, et selon les cas, le respect et 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 rencontrer 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 fait sien, ne permet ni d'identifier les références retenues par la partie adverse pour décider que l'intervenant 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.»

Considérant que l'avis de marché énonçait quant à la capacité technique sous l'art. III.2.3 : Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies:

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 chacune dans le secteur hospitalier et, pour l'autre référence, un montant minimum de 8.460.000 EUR HTVA chacune en milieux autres qu'industriel (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoires, ...).
Chaque référence produite de travaux exécutés et réceptionnés au cours des cinq dernières années doit être appuyée 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.
Ces trois références ne pourront être prises en compte que si elles sont corroborées par des certificats de bonne exécution dûment signés par le Maître de l'ouvrage.

Que la SA INABENSA a joint à son offre sous le point 5.3.1 les références dont elle entendait se prévaloir.

Que parmi ces références, il y a lieu de retenir au moins les trois références suivantes :

1. Secteur hospitalier : construction nouvel hôpital Campus de la Salud, localisation Grenade en Espagne, montant total du contrat : 150.571.466,46 € dont 14.486.290 EUR HTVA de travaux HVAC, date d'exécution : 08/2002-novembre/2011 avec certificat de bonne exécution
2. Secteur hospitalier : Réaménagement et mises à jour des installations de Hôpital Militaire Vigil de Quinones, à Séville en Espagne pour le montant total de contrat de 8.328.338 EUR HTVA dont la totalité de travaux HVAC pour la période du 07/2007 à 12/2010 avec certificat de bonne exécution
3. Extension du Palais des Congrès et des expositions de Séville en Espagne pour le montant total de contrat de 90.867.850,53 € dont 8.500.001 EUR HTVA de travaux HVAC de décembre 2007 à juillet 2012 avec certificat de bonne exécution

Que ces 3 références peuvent s'analyser comme suit :

Référence 1

Installations :
Installation CVC (Chauffage, ventilation, conditionnement d'air)
Services concernés:
Zone d'hospitalisation disposant des ressources nécessaires à 700 lits et 28 salles d'opération
Traitement nucléaire, chirurgie, cardiologie, gastroentérologie, pneumologie, oncologie, biotechnologie, anatomo-pathologie, radiologie.

Référence 2

Installations :
Les systèmes à continuation, parmi d'autres ont été mis a niveau :
• 2 refroidisseurs condenses par des tours de refroidissement a sec (2200 KW/unité).
• 3 chaudières d'eau (2200 KW/unité) utilisées pour le système de chauffage d'eau.
• 2 chaudières d'eau (2900 KW/unité) utilisées pour la blanchisserie et 3 autres comme système de réserve.
• Installation de tuyauterie.
• 4 pompes à chaleur (1250 KW/unité) se dissipant sur les nappes phréatiques.
• 2 réfrigérateurs à absorption, flamme directe (2000 KW/unité).
• 156 panneaux solaires 2,2m1/unité pour la production d'eau chaude.
Services concernés:

Modernisation et mise en conformité des installations centrales de génération et transformation d'énergie de l'hôpital.

Référence 3

Installations :
• Air conditionné: 2x1800 KW + 1x216 KW refroidisseurs, 2x2081 KW +lx267 KW;
tours de refroidissement, 3x1120 KW, chaudières VRV.
Contrôle de la climatisation.
• Aérateur au plafond et en façade, a lames fixes et mobiles. Rideaux coupe-feu et pare-fumée.
Services concernés:
Bâtiment de 4 étages avec des galeries techniques, services administratifs, restaurant, entrepôts, salles polyvalentes, auditorium.

Considérant qu'il en résulte des données ci-avant que la société INABENSA justifie

- de deux références d'un montant minimum de 5.640.000 EUR HTVA chacune dans le secteur hospitalier, à savoir les références 1 et 2 précitées et d'une référence d'un montant minimum de 8.460.000 EUR HTVA en milieu autre qu'industriel (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoire...), comme prescrit par l'art. III.2.3. de l'avis de marché, à savoir la référence 3 précitée;

- le tout avec certificat de bonne exécution indiquant le montant, l'époque, le lieu d'exécution et confirmant que les travaux ont été effectués selon les règles de l'art et menées régulièrement à bonne fin.

Considérant, surabondamment, que, si par impossible, l'adéquation de ces références devait être davantage explicitée, il importe de relever que

- l'avis de marché et le cahier des charges exigeaient «un minimum de 3 références de travaux similaires au présent marché exécuté au cours des 5 dernières années».

  Par travaux similaires, il faut comprendre tous travaux correspondant - et non identiques- à l'objet du marché en cause, compte tenu de tous les types de prestations à exécuter et donc des prestations relevant non seulement de la sous-catégorie d'agréation D 18 «Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air», mais également des autres sous-catégories dont relèvent plusieurs postes du métré correspondant à d'autres sous-catégories, telles la sous-catégorie D 17.

- Les références précitées répondent, en outre, aux exigences d'une exécution «au cours des cinq dernières années», à entendre comme les cinq dernières années par rapport au jour de l'avis du marché (C.E. n° 232.772 du 29 octobre 2015).

  Il est jugé qu'il n'y a pas lieu de compter les 5 années par référence à la date de la décision d'attribution - ce qui - au demeurant - serait de donner un effet exorbitant à tout recours en suspension.

  Considérant que dans ces conditions, sur la base des considérations qui précèdent et par référence au tableau d'analyse des références joint à la présente décision qui en fait partie intégrante, il est constaté que la société INABENSA répond aux exigences des documents du marché en ce qui concerne les références.

a.2. sous-catégorie d'agréation 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'agréation de la sous-catégorie D16 (cfr. 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'agréation 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'agréation 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 règlementaire d'ordre public que constitue l'art. 5 § 7 al. 1er 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 relever le montant le plus important de l'offre.

- Dans ces conditions, l'exigence d'agréation 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 agréation D18.

a.3. agréation

Considérant l'avis de la Commission d'agréation qui constate que l'agréation espagnole est équivalente à l'agréation belge en classe 8D18 et 1D17 en application des articles 5 et 6 de la loi du 20 mars 1991 pour le marché du CHU de Liège;

Que le CHU fait sien cet avis.

a.4. 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.

Vu l'analyse complémentaire faite, pour autant que de besoin, par la direction financière du CHU des comptes annuels du soumissionnaire INABENSA de l'année 2015 qui confirme qu'elle satisfait aux ratios précités,

Pour les motifs de ces rapports et analyses, 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.

B. Quant à la régularité des offres

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.

Par lettres du 11/02/2016 et du 8/03/2016, la société INABENSA a transmis un dossier particulièrement fourni contenant la décomposition de ses prix, les prix des offres de certains sous-traitants, et les accords-cadres portant sur les prix de fourniture du matériel offert.

b.1 montant global de l'offre

Au terme de leur analyse approfondie, les auteurs de projet ont relevé au point 5.4.2 de leur rapport que le montant global de l'offre de la société INABENSA ne pouvait être considéré comme anormalement bas, dès lors que le montant global était justifié par les éléments suivants :

- la fourniture de matériel bénéficiant de prix de fabrication plus bas que ceux du marché belge; tel est le cas du matériel produit localement en Espagne et au Portugal, c'est-à-dire sur base des coûts inférieurs à ceux du marché belge.

  Ainsi, le groupe de traitement d'air, représentant plus de 10% du marché est de marque OCRAM et de fabrication portugaise. CIAT, fournisseur international; pratique des prix différents en fonction de chaque pays et de la concurrence locale. Bénéficiant de certification Eurovent et au vu de la documentation fournie, ces produits n'apparaissent pas de qualité inférieure.

  Des éléments comme les tableaux électriques sont fabriqués par le soumissionnaire lui-même avec des coûts de main-d'œuvre locale et sans intermédiaire.

- la taille importante de la SA INABENSA sur le marché international la faisant bénéficier d'accords-cadres relativement intéressants dûment produits au dossier justificatif.

  Les justificatifs produits font état d'accords commerciaux justifiant les prix remis à propos desquels le bureau d'études ne dispose d'aucun moyen d'investigation.

  Il est cependant constaté que ces produits émanent de sociétés réputées, portent sur des produits dont la qualité ne peut être mise en doute et qu'en définitive, ils résultent de l'ouverture à la concurrence au niveau européen, comme exigé par la règlementation régissant l'attribution des marchés publics pour un marché de cette importance.

  Dans ces conditions, les affirmations mentionnées dans le rapport établi par la SA SOPHIA BELGIUM produit par le soumissionnaire CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC dans le cadre de son action en cessation devant le tribunal de commerce de Liège - division Liège, selon lequel il apparaîtrait notamment que «la liste des équipements proposés par la SM (CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC) correspond bien aux équipements conformes les moins chers» est en fait démentie par les documents justificatifs produits par la société INABENSA.

  En effet, comment la SA SOPHIA BELGIUM peut-elle affirmer qu'elle connaît tous les accords commerciaux entre des sociétés (installateurs et fournisseurs) sur le marché européen et ainsi, soutenir que la SM CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC a assurément remis les prix les moins chers ?

  Au demeurant, les conclusions développées par la SA SOPHIA BELGIUM sont d'autant moins crédibles que seule une comparaison chapitre par chapitre

présente un intérêt : ressortir quelques différences ponctuelles, comme le fait la SA SOPHIA BELGIUM dans son rapport ne permet pas de tirer la moindre conclusion et ce, au vu du nombre très important de postes du métré.

• pour ce qui concerne le coût de la main-d'œuvre, Il convient d'avoir égard aux éléments suivants :

- le coût de la main-d'œuvre est significativement plus bas en Espagne qu'en Belgique et ce, surtout pour l'ingénierie;
- certains postes du marché, comme par exemple l'établissement du dossier préparant l'exécution ne concerne que de la main-d'œuvre espagnole propre à la société INABENSA;
- le pourcentage de la main-d'œuvre pour certains postes peut être variable d'une entreprise à l'autre.

Aussi, les prix remis dans l'offre d'INABENSA s'avèrent plus bas lorsqu'il y a recours à de la main-d'œuvre d'Espagne.

Pour les postes où la main-d'œuvre sera employée sur chantier, les prix s'avèrent comparables à ceux des autres offres.

En effet, si on examine les sept postes renseignés par la SA SOPHIA BELGIUM comme étant ceux avec le plus grand temps de montage, les prix de l'offre INABENSA sont similaires ou supérieurs aux prix du soumissionnaire CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC - ce qui va à l'encontre de l'argument défendu par la SA SOPHIA BELGIUM ainsi qu'il résulte du tableau ci-après.

	Prix AM CLOSE/ AXIMA/DELTA THERMIC	Prix INABENSA	Prix d'INABENSA par rapport aux prix de l'AM CLOSE/AXIMA/DELTA THERMIC
DN 50 Acier	39,61 EUR	43,97 EUR	Soit 10 % de+
DN 100 Acier	58,43 EUR	96,59 EUR	Soit 39 % de+
Gaine rectangulaire	64,38 EUR	68,83 EUR	Soit 6% de +
Gaine ronde DIAM 100	34,41 EUR	39,15 EUR	Soit 12 % de+
Gaine ronde DIAM 125	38,38 EUR	40,36 EUR	Soit 5 % de +
Gaine ronde DIAM 160	43,67 EUR	42,02 EUR	Soit 4% de+
Gaine ronde DIAM 200	49,69 EUR	43,92 EUR	Soit 13 % de -

Au surplus, il a été dûment constaté que les prix de fabrication et de fournitures ont bien été majorés d'un pourcentage pour frais généraux et bénéfice.

Dans ces conditions, il est conclu au caractère non anormalement bas du montant global de l'offre de la société INABENSA.

b.2.prix des postes ayant fait l'objet d'une demande de justification

Invitée par lettres 1/02/2016 et du 24/02/2016 du CHU à justifier le montant global de son offre et les prix de divers postes, la société INABENSA a, par lettres du 11/02/2016 et du 8/03/2016, produit un dossier complet et confidentiel comprenant pour chacun des postes en cause

• La décomposition de ses prix (annexe 2 «Tableau des prix détachés») :

Les postes soumis à justification sont décrits et décomposés comme suit : coûts matériaux / fournisseur / installation / coût sous-traitance / coût (fournisseur + installation + sous-traitance) / coûts indirects, frais généraux et profit industriel.

• Les offres de ses sous-traitants (annexe 3 «Offres qui justifient et soutient nos prix fournisseurs et sous-traitants») :

Huit offres sont déposées et ont trait aux éléments suivants :

Groupes frigorifiques;
Sous-traitant mécanique;
Corps de chauffe;
Armoires de climatisation;
Sous-traitant de Ventilation;
Groupes de traitement d'air;
Equipements électriques;
Régulation.

• Les marques de matériel offert avec les accords-cadres portant sur les prix de fournitures (annexe 4d. «Accords-cadres avec nos fournisseurs»).

Les accords-cadres (20) suivants sont déposés et ont trait aux éléments suivants:

Appareillage et systèmes d'installation;
Appareillage et systèmes d'installation;
Groupes électrogènes;
Câbles électriques de basse et moyenne tension;
Régulation;
Tuyauterie et Instrumentation;
Blocs de jonction;
Inspection, vérification, analyse et certification;
Systèmes de supportage;
Systèmes de supportage;
Distributeur de matériel électrique;
Solutions logistiques et assistance technique;
Location de nacelles et plateformes élévatrices;
Construction modulaire. Modules préfabriqués;
Grues.

Au regard des interrogations du CHU de LIEGE, les justifications suivantes ont été apportées par la SA INABENSA:

Quant aux prix apparemment anormalement bas:

• Partie CIO :

a. Poste 3 : PRODUCTION FRIGORIFIQUE

«Due à la relation commerciale avec la marque et son installation dans le bâtiment existant de l'hôpital de Liège le fournisseur choisi a été CIAT, qui est joint en annexe trois.

Pour la justification détaillée de la ventilation, le détachement direct des prix est joint au document numéro deux.

Pour le prix de départ de 3,13 - Plate-forme de maintenance, nous avons reçu une offre de la société 'Instaladores Reunidos' ainsi qu'une lettre d'engagement de l'entreprise qui est attaché en annexe numéro trois».

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, il est fait état de la marque, de l'identité du fournisseur et du prestataire, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori, d'une offre pour la maintenance et d'un engagement express du prestataire et du fournisseur.

L'offre de CIAT et l'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS sont reprises en annexe 3 et confirment que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

b. Poste 4: CHAMBRES FROIDES

«Pour [une justification en détail], le détachement direct des prix est joint au document numéro deux directement. Nous avons reçu une offre de la société Instaladores Reunidos' ainsi qu'une lettre d'engagement de l'entreprise qui est attaché en annexe numéro trois.

Inabensa est en cours d'exécution des travaux de construction Niels Bohr et l'hôpital Herlev, tous les deux à Copenhague, au Danemark, où les chambres froides seront installées, ce qui nous permet d'avoir les meilleurs prix. Les références sont jointes à l'annexe f.».

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, le détail des prix présente des rendements non critiquables *a priori*, et qu'existe un engagement express du prestataire INSTALADORES REUNIDOS.

L'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

Les références annoncées sont bien reprises à l'annexe f des justifications.

c. Poste 10: CORPS DE CHAUFFE

«Pour une justification détaillée le détachement direct des prix est joint au document numéro deux. L'offre de l'entreprise Ferroli est aussi attaché en annexe numéro trois.

Des accords-cadres avec nos magasins de confiance sont annexes au document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre fait état de l'identité du fournisseur, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables *a priori* et d'un engagement express du fournisseur FERROLI.

L'offre de la société FERROLI est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant le prix remis.

d. Poste 11 : TRAITEMENT ET DISTRIBUTION D'AIR

«Pour une justification détaillée le détachement direct des prix est joint au document numéro deux

Pour l'installation de traitement de l'air et de distribution du même l'offre de notre sous-traitance de confiance Vieira Lopes est attaché en annexe trois.

L'offre pour les groupes de traitement d'air du fournisseur Ocram est jointe. Ocram est un fournisseur international avec lequel nous avons une relation d'affaires étroite dans d'autres projets est fixé, ce qui nous a permis d'obtenir des prix compétitifs pour cela.

Des accords-cadres avec nos magasins de confiance sont annexes au document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du fournisseur et du prestataire, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables *a priori*, et d'un engagement express du prestataire et du fournisseur.

L'offre de la société VIEIRA LOPES et l'offre de la société OCRAM sont reprises en annexe 3 et confirment que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant le prix remis

e. Poste 12: EOUIPEMENTS ELECTRIQUES

«Inabensa est spécialisée dans les installations électriques depuis plus de 75 ans la société.

Inabensa a son propre atelier des panneaux et de contrôle, ce qui a permis d'optimiser les processus d'usinage et de fabrication atelier de fabrication. Cela nous a permis d'économiser des marges car nous n'avons pas besoin de les acheter biais de sociétés intermédiaires, ce qui se traduit par des économies considérables et une compétitivité accrue dans cette gamme. Ses installations sont situées à Séville, Alcalà de Henares (Espagne) et Tianjin (Chine).

L'offre de l'atelier d'Inabensa est joint au document numéro trois.

Une présentation de l'atelier d'Inabensa, qui montre nos capacités techniques ainsi que les capacités du personnel est jointe au annexe 4b.

Des accords-cadres avec les fournisseurs d'équipements électriques et de commutation sont joints dans le document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base des capacités internes de la société INABENSA, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables a priori.

L'offre de l'Atelier INABENSA est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en oeuvre de produits conformes aux documents du marché.

Par ailleurs, la présentation détaillée de l'Atelier est bien présente en annexe 4b.
Les accords-cadres sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant le prix remis.

f. Poste 13: REGULATION

«Pour une justification détaillée le détachement direct des prix est joint au document numéro deux directement.

Nous avons reçu une offre de Cofely Services, responsable de l'entretien du bâtiment existant et qui connait le système de réglementation compétent. L'offre est jointe en tant que document 3.

Ci-joint des accords-cadres avec nos fournisseurs de régulation, Johnson Controls et automatisation ZIV Grille, qui collaboreront avec nous, dans le document de projet 4d.»

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du fournisseur, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables *a priori*, et d'un engagement express du prestataire fournisseur.

L'offre de COFELY SERVICES est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres mentionnés sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données avancées par la SA INABENSA

g. Poste 19 : TRAVAUX DIVERS, CONTROLES, ESSAIS ET RECEPTIONS

«Pour une justification détaillée des prix le détachement des prix directs est joint en annexe sur le document numéro deux est attaché.

Instaladores Reunidos, qui garantit les prix rendus, ainsi qu'une lettre d'engagement de la société - l'offre du sous-traitant Irsa est annexe au document trois.

Au même temps, on a fait une étude de ces éléments et, si elles choisissent de ne pas externaliser, le coût des matériaux serait couvert par nos prix, en laissant le coût du personnel inclus dans nos coûts globaux, qui ont été transmis généralement tout au long du projet, menée par le personnel de l'entreprise.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du prestataire, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables *a priori*, et d'un engagement express du prestataire fournisseur.

L'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

- Partie LTCG :
  - Traitement et distribution d'air :

«Pour une justification détaillée des prix le détachement des prix directs est joint en annexe sur le document numéro deux est attaché.

Pour l'installation de traitement de l'air et de distribution du même l'offre de notre sous-traitance de confiance Vieira Lopes est attaché en annexe trois.

L'offre pour l'approvisionnement de climatiseurs Ocram est joint. Ocram est un fournisseur international avec lequel nous avons une relation d'affaires étroit dans d'autres projets est fixé, ce qui nous a permis d'obtenir des prix compétitifs pour cela.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité des fournisseurs

et prestataires, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables *a priori*, et d'un engagement express des prestataires et fournisseurs.

L'offre de VIEIRA LOPES et l'offre de ORCAM sont reprises en annexe 3 et confirment que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

• Equipements électriques :

«Inabensa est spécialisée dans les installations électriques depuis plus de 75 ans la société.

Inabensa a son propre atelier des panneaux et de contrôle, ce qui a permis d'optimiser les processus d'usinage et de fabrication atelier de fabrication. Cela nous a permis d'économiser des marges car nous n'avons pas besoin de les acheter biais de sociétés intermédiaires, ce qui se traduit par des économies considérables et une compétitivité accrue dans cette gamme. Ses installations sont situées à Séville, Alcalà de Henares (Espagne) et Tianjin (Chine).

L'offre de l'atelier d'Inabensa est joint au document numéro trois.

Une présentation de l'atelier d'Inabensa, qui montre nos capacités techniques ainsi que les capacités du personnel est joint à l'annexe 4b.

Des accords-cadres avec les fournisseurs d'équipements électriques et de commutation sont joints dans le document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaître que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base des capacités internes de la société INABENSA, du détail des prix calculés avec des rendements non critiquables *a priori*.

L'offre de l'Atelier INABENSA est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

La présentation de l'Atelier en annexe 4b confirme la réalité de la justification apportée par la SA INABENSA.

Les accords-cadres mentionnés sont également produits en annexe 4d et confirment aussi la réalité des données justifiant les prix remis.

• Régulation

«Pour une justification détaillée le détachement direct des prix est joint au document numéro deux directement.

Nous avons reçu une offre de Cofely Services, responsable de l'entretien du bâtiment existant et qui connait le système de réglementation compétent. L'offre est jointe en tant que document 3.

Ci-joint des accords-cadres avec nos fournisseurs de régulation, Johnson Controls et automatisation ZIV Grille, qui collaboreront avec nous dans le document de projet 4d.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du fournisseur, du détail des prix calculé avec des rendements non critiquables *a priori*, et d'un engagement express du prestataire fournisseur.

L'offre de COFELY SERVICES est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture de produits conformes aux documents du marché.

Les accords-cadres mentionnés sont également produits en annexe 4d et confirment la réalité des données justifiant les prix remis.

Quant au prix apparemment anormalement haut :

• Partie CIO :

h. Poste 9: ROBINETTERIE

«Pour [une justification détaillée], le détachement direct des prix est joint au document numéro deux directement. Nous avons reçu une offre de la société 'Instaladores Reunidos' ainsi qu'une lettre d'engagement de l'entreprise qui est attaché en annexe numéro trois.

Une présentation de notre bureau d'études est jointe dans le document 4d.»

La décomposition du prix fait apparaitre que le prix de ce poste n'est pas anormal dès lors que, notamment, l'offre est établie sur la base de l'identité du prestataire, du détail des prix calculé avec des rendements non critiquables a priori, et d'un engagement express du prestataire.

L'offre de la société INSTALADORES REUNIDOS est reprise en annexe 3 et confirme que le prix couvre la fourniture et la mise en œuvre de produits conformes aux documents du marché.

La présentation du bureau d'études en annexe 4c confirme la réalité des données justifiant les prix remis.

***

En synthèse, les prix ainsi détaillés sont justifiés pièces à l'appui.
En outre, les justifications d'INABENSA sont renforcées par les considérations qui précèdent relatives aux conditions de fabrication des fournitures aux prix du marché espagnol, à la taille d'INABENSA sur le marché international lui permettant de bénéficier d'accords-cadres relativement intéressants, au recours à la main-d'œuvre espagnole à l'exclusion de tout intermédiaire pour nombre d'éléments fabriqués tels les tableaux électriques.
Pour le surplus, il est constaté que les prix de main-d'œuvre sont plus bas lorsqu'il y a recours à de la main-d'œuvre payée au tarif de l'Espagne par rapport au coût de la main-d'œuvre appelée à travailler sur chantier.

En conclusion

Il apparaît que les prix des postes pour lesquels la société INABENSA a été invitée à justifier les prix sont dûment justifiés et ne peuvent être considérés comme anormalement bas ou pour le seul poste en question comme anormalement haut.

Dans ces conditions, de ce point de vue l'offre doit être considérée comme régulière.

Vu le décret de la communauté française du 16 juin 2016 publié au Moniteur belge en date du 29 juillet 2016 qui adapte notamment en son article 6, §1er, 10°, de l'arrêté royal n° 542 la compétence du Conseil d'Administration en matière de passation et d'exécution des marchés publics.

Le Conseil d'administration décide

1. de retirer la décision du 28 septembre 2016 ayant pour l'objet repris sous rubrique;

2. 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;
3. […];
4. de considérer les offres des entreprises INABENSA sa, CEGELEC sa, la société momentanée COFELY AXIMA sa - CLOSE sa — DELTA THERMIC comme complètes et régulières;
5. […];
6. 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;
7. d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, soit la société Instalaciones INABENSA S.A., […] pour le montant contrôlé et rectifié de 10.494.039,48 EUR hors NA, soit 12.697.787,88 EUR TVAC.
8. que cette décision est définitive et de notification immédiate."

Cet extrait du procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 21 décembre 2016 a été communiqué aux soumissionnaires le 22 décembre 2016.

23. Au sujet de cette troisième décision d'attribution du marché litigieux, les requérantes observent encore ce qui suit:

" Sont joints à cette décision les mêmes documents que ceux joints à la décision du 28 septembre 2016 [...]. Deux nouveaux documents sont également joints, un premier intitulé «MAJ comptes 2015» (correspondant aux comptes 2015 d'INABENSA – [...]) et un second intitulé «analyse des références 'HVAC' [...]. La dernière page de ce document correspond à un tableau succinct des trois références produites par INABENSA, ayant été retenues par la partie adverse ainsi qu'à une analyse des travaux, objet des références. Cette analyse est, intégralement, reproduite dans le corps même de la décision du 21 décembre 2016 [...] dont un extrait est reproduit sous le point ... ci-dessous".

24. La partie adverse attire, pour sa part, l'attention sur ce que, par jugement du 20 décembre 2016, la présidente du tribunal de commerce de Liège, division de Liège, siégeant comme en référé, a déclaré non fondée la demande des requérantes en cessation "d'offrir et /ou de réaliser pour le CHU de Liège, les travaux ayant fait l'objet", fondée sur le fait que l'offre aurait contenu des prix de vente à perte.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 20 janvier 2017, la société anonyme de droit espagnol INSTALACIONES INABENSA, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a 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. § 1er. 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 1er;
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 § 1er 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 1er;
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 § 1er".

Par un courrier du 22 décembre 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 22 décembre 2016, comme étant "la décision motivée du 21 décembre 2016" est un document intitulé :

" CONSEIL D'ADMINISTRATION – Séance du 21 décembre 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 différaient de ce que laisse apparaître l'*instrumentum* communiqué, en la forme ainsi précisée, par le courrier du 22 décembre 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 aux requérantes. 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 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques 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'agréation 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'agréation 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, [;] le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires[;] la commission d'une erreur manifeste d'appréciation[;] le devoir de minutie et [le] principe de bonne administration".

Après avoir rappelé le contenu des articles 58 et 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, de l'article III.2.3 de l'avis de marché et de l'article 5 des clauses administratives du cahier spécial des charges, les requérantes mettent l'accent sur ce que l'exigence de "minimum trois références de travaux similaires au présent marché exécuté au cours des cinq dernières années" doit donc porter, compte tenu de l'objet du marché à attribuer tel que défini par l'article II.1.1) de l'avis de marché et par l'article 5.2 des clauses administratives du cahier spécial des charges, sur des travaux d'"HVAC". Elles observent à cet égard que l'acte attaqué fait état de trois références produites par la partie intervenante afin de justifier la sélection sur le plan technique, à savoir: 1°) l'hôpital Campus de la Salud à Grenade en Espagne; 2°) l'hôpital Vigil de Quinones à Séville en Espagne; et 3°) l'extension du Palais des congrès à Séville en Espagne.

Or, les requérantes considèrent qu'aucune de ces références ne satisfont aux conditions de capacité technique de sorte que la partie intervenante ne pouvait être sélectionnée. En résumé, elles invoquent six griefs à l'encontre des trois attestations produites: 1°) alors que les travaux référencés concernent soit des travaux d'entreprise générale (construction de l'ensemble d'un hôpital et d'une extension d'un palais des congrès), soit des travaux de mise en conformité d'un hôpital réalisés en société momentanée, INABENSA reste en défaut de préciser la part et la nature des travaux qu'elle a réalisés et, en conséquence, la réalité de l'exécution par elle de travaux similaires au présent marché, soit des travaux HVAC; 2°) quand bien même l'on considérerait qu'INABENSA a réalisé les travaux référencés, la deuxième référence ne correspond pas à des travaux similaires aux travaux faisant l'objet du marché; 3°) il n'est pas possible de déterminer si les travaux d'HVAC soi-disant compris dans les références citées ont été réalisés dans la période de référence de 5 ans (d'octobre 2010 à octobre 2015). Pour la référence 3 relative à la construction de l'extension du Palais des Congrès à Séville, est uniquement joint un procès-verbal de réception provisoire (et non un certificat de bonne exécution) qui ne renseigne pas la période d'exécution et fait au surplus état d'une réception à venir de ces travaux; 4°)

INABENSA n'a pas produit deux références en milieu hospitalier; 5°) le montant des travaux référencés est inférieur à celui exigé par les documents du marché; et 6°) INABENSA n'a pas joint pour la référence 1 l'original du certificat de bonne exécution signé, tandis qu'aucun certificat n'est joint pour la référence 3.

Les requérantes développent comme suit ces différents griefs:

" A. Impossibilité de déterminer les travaux réalisés par INABENSA : les références concernent soit des travaux d'entreprise générale (construction de l'ensemble d'un hôpital – référence 1 - et d'une extension d'un palais des congrès – référence 3 -), soit des travaux de mise en conformité d'un hôpital (référence 2); travaux qui ont été réalisés en société momentanée et pour lesquels il est impossible d'identifier la part et la nature des travaux qu'a réalisés INABENSA et en conséquence la réalité de l'exécution par cette dernière de travaux similaires au présent marché, soit des travaux d'HVAC.

29.La référence n° 1 concerne des travaux d'entreprise générale de construction de l'ensemble de l'hôpital Campus à Grenade réalisés par le Groupement d'intérêt économique FCC CONSTRUCCION SA – INSTALACIONNES INABENSA SA pour un montant de 150.571.466 euros [Ces travaux ne relèvent d'ailleurs pas de la sous-catégorie D18 (HVAC) mais de la catégorie D définie comme suit par l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agréation des entrepreneurs: "D. Entreprises générales de bâtiments. Les marchés complexes comprenant la réalisation de travaux de construction, de rénovation ou de réhabilitation d'édifices et de bâtiments à destinations diverses jusqu'à leur parfait achèvement]. La traduction de l'attestation de bonne exécution jointe à l'offre (l'original n'étant pas produit) et émise au nom du groupement d'intérêt économique ne fait pas état de la partie du marché qui a été réalisée par INABENSA et corrélativement que cette dernière a effectivement exécuté les travaux H.V.A.C. En fait, la partie adverse s'est uniquement fondée sur les affirmations d'INABENSA elle-même pour estimer, d'une part, que les travaux H.V.A.C. s'élèvent à 14.486.289 euros et, d'autre part, qu'ils ont été exécutés par INABENSA. Ces affirmations reposent sur des documents rédigés par INABENSA dont un tableau des références [...] repris sous le point 5.3.1. de son offre ainsi qu'une présentation par INABENSA sous le point 5.3.2. de son offre du marché référencé [...]. Ce tableau est le suivant:

Liste de références

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 € HTVA chacune dans le secteur défini au pont 5.15 ci-dessous et pour l'autre référence, un montant minimum de 8.460.000 € HTVA chacune en milieu autres qu'industriel (logement groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoires,…)

Project	Montant HVAC	Montant des installations	Montant du contrat
Hôpital Campus de la Salud, Grenade, Espagne.*	14.486.259,50 €	32.810.900,23 €	150.57.466,46€
Hôpital Vigil de Quiñones Séville,	8.328.337,64 €	8.328.337,64 €	8.326.937,64 €

	Espagne.*			
	Extension du palais du congrès et des expositions de Séville.*	8.500.000,59 €	13.744.042,05 €	90.867.850,83 €
* Certificats de bonne exécution et descriptions des projets sont attachés				

Ainsi, on constate qu'INABENSA précise dans ce tableau pour la référence 1 (et 3 également) le montant de la partie HVAC comprise dans l'ensemble des travaux d'entreprise générale. Or, la traduction de l'attestation de bonne exécution jointe à son offre [...] ne fait nullement état d'une telle répartition.

Quant au second document pris en compte par la partie adverse, à savoir la présentation du marché référencé par INABENSA [...], celui-ci est reproduit ci-dessous :

Projet :	Hôpital Campus de la Salud à Grenade (Espagne)
Période de réalisation :	Août 2002- Novembre 2011. 112 mois
Surface construite :	157.211 m²
Valeur du contrat :	150 € millions
Nom du client :	Service Andalou de la santé (S.A.S.) Gouvernement régionale d'Andalousie
Description du projet : [photos non reproduites]	Inabensa a construit le nouvel hôpital Campus de la Salud à Grenade, Espagne Avec une capacité de 700 lits le bâtiment est distribué autour de deux grands axes de circulation qui séparent et organisent les processus se déroulant à l'hôpital. Situées au-dessus de ces axes, les unités médicales présentent des géomètries différentes en fonction de l'activité en question. Le désign soigné de la façade combinant pierre jaune et mur-rideau, confère une unité à un bâtiment fonctionnel aux volumes complexes. La zone d'hospitalisation dispose des ressources nécessaires à 700 lits et 28 salles d'opération. Le nouvel hôpital est équipé des technologies et des équipements les plus récents destinés au diagnostic et au traitement de maladies, au traitement nucléaire, à la chirurgie, à la cardiologie, à la gastroentérologie, à la pneumologie, au système d'information radiologique et PEP, aux rayons X, à l'oncologie, à la biotechnologie, à l'anatomo-pathologie et aux unités de radiologie Inabensa a mené a bien les travaux suivants : - Installations électriques de moyenne et basse tension - CVC - Gaz médicaux et gaz naturel - Installations à rayons X - Système de sonorisation - Système d'interphonie - Sécurité - Voix et données - Protection anti- incendie - GTB

A nouveau, ce document et l'affirmation péremptoire d'INABENSA selon laquelle elle a réalisé les travaux d'"installation CVC [Chauffage, Ventilation et

Conditionnement d'air (CVC est en fait le pendant d'HVAC en français)]", relayée par la partie adverse dans l'acte attaqué, ne sont pas corroborés par la traduction de l'attestation de bonne exécution, laquelle n'indique nullement l'identité de la société qui a réalisé cette partie du marché. Les requérantes rappellent à ce sujet que selon le cahier des charges, les références doivent être "corroborées" par les certificats de bonne exécution, lesquels "ne pourront être pris en compte que s'ils sont dûment signés par le maître de l'ouvrage". Tant la liste des références que la présentation par INABENSA du marché référencé ne répondent donc pas aux prescriptions de l'avis de marché et du cahier des charges et ne peuvent donc suffire à démontrer la réalisation de la partie HVAC de ce marché par INABENSA ainsi que le montant effectif de cette partie. La partie adverse aurait donc du écarter cette référence et non la retenir sur la base des affirmations d'INABENSA.

30. La référence n° 2 concerne des travaux de réforme et de mise en conformité des installations de l'ancien hôpital militaire Vigil de Quinones de Séville réalisés par l'Union Temporelle d'entreprises TECYSU SL et INSTALACIONNES INABENSA SA pour un montant de 8.328.337,64 euros. L'attestation de bonne exécution jointe à l'offre [...] et émise au nom l'Union Temporelle d'entreprises ne fait pas état de la partie du marché qui a été réalisée par INABENSA et corrélativement que cette dernière a effectivement exécuté les travaux d'HVAC. A nouveau, la partie adverse s'est fondée sur la présentation du marché par INABENSA [...], présentation qui n'est pas corroborée par l'attestation de bonne exécution du maître de l'ouvrage. Ce document ne peut donc suffire à démontrer la part du marché réalisée par INABENSA et plus spécifiquement la réalisation par elle des travaux d'HVAC (travaux similaires au présent marché).

Au demeurant, les requérantes démontreront sous le titre B3, points 36 à 45, que cette référence ne concerne pas des travaux similaires à l'objet du marché (sous-catégorie D18) mais principalement des travaux de production et de génération d'énergie (qui entrent dans la sous catégorie D17).

L'absence de détermination par INABENSA de la partie du marché qu'elle a réellement exécutée ne surprend pas puisque son partenaire, TECYSU SL, actuellement en liquidation, était une société uniquement active dans les travaux d'HVAC [...]. Ainsi, à la lecture du site d'AXESOR, agence de notation espagnole, l'on s'aperçoit que TECYSU SL est active dans l'installation de système de climatisation :

Tecysu sl en Liquidacion Sevilla
Información General de la Empresa Tecysu sl en Liquidacion

Tecysu sl en Liquidacion

Forma juridica :	SOCIEDAD LIMITADA
Dirección :	AV/ PRINCIPE DE ASTURIAS 100 - POL INDUSTRIA. 41500, ALCALA DEGUADAIRA. SEVILLA
Telefono:	Ver Teléfono de Tecysu si en Liquidacion
CIF:	Ver CIF de Tecysu sl en Liquidacion
Constituida hace:	30 años, 8 meses y 3 días
Objeto social:	ACTIVIDADES DE COMERCIALIZACION, INSTALACION Y VENTA DE ELEMENTOS RELACIONADOS CON SISTEMAS DE CLIMATIZACION Y EQUIPOS DE SEGURIDAD;SUMINISTROS PARA SU MANTENIMIENTO "ARTÍCULO 2.- LA SOCIEDAD TIENE POR OBJET° LA COMERCIALIZACION, INSTALACION Y VENTA DE TODO TIPO DE ELEMENTOS RELACIONADOS CON LOS SISTEMAS DE CLIMATIZACION, CALEFACCION Y AGUA CALIENTE SANITARIA A.C.S. INSTALACIONES DE FONTANERIA, SANITARIAS, DE GAS, REDES, EDIFICIOS E

INTERIORES-, DE ALMACENA FRIO INDUSTRIAL, INSTALACIONES DE ENERGIA SO

CNAE: 4322 Fontaneria, instalaciones de sistemas de calefacción y aire acondicionado

SIC: 1711 Fontaneria, catefaccicón y aire acendicionado

L'on peut, donc, à juste titre, douter qu'INABENSA ait réalisé pour ce marché la part de travaux HVAC alors que ce secteur d'activité relève de la spécialité de son partenaire.

31. La référence n° 3 concerne des travaux d'extension du palais des congrès de Séville réalisés par l'union temporelle des entreprises FIBES SEVILLA (UTE) [Il s'agit d'une société momentanée composée des sociétés HELIOPOL, INABENSA et ACCIONA. Les documents joints par INABENSA sont particulièrement muets à ce sujet. Seul l'un de ceux-ci intitulé "certificat 54" indique ce qui suit : "ENTREPRISE DE CONSTRUCTION FIBES SEVILLA U.T.E. – acciona – INABENSA HELIOPOL"] dont fait partie INABENSA pour un montant de 90.867.850,83 euros. Cette dernière n'a néanmoins pas joint d'attestation de bonne exécution corroborant la référence dont elle se prévaut mais une traduction d'un procès-verbal de réception et d'un document intitulé "certificat n° 54", chacun établi au nom de l'union temporelle FIBES SEVILLA (et non d'INABENSA) [...]. Ces documents traduits, d'une part, ne répondent pas à l'exigence formelle de l'avis du marché et du cahier des charges de joindre une attestation de bonne exécution dûment signée, et d'autre part, ne font pas état de la partie du marché qui a été réalisée par INABENSA et, corrélativement, du fait que cette dernière a effectivement exécuté les travaux HVAC. A nouveau, la partie adverse s'est uniquement fondée sur les affirmations d'INABENSA elle-même pour estimer que les travaux HVAC s'élèvent à 8.500.000 euros (pièce [...] – tableau de référence) et qu'ils ont été exécutés par INABENSA (pièce [...] – présentation du marché). Or, ces documents et l'affirmation péremptoire d'INABENSA selon laquelle elle a réalisé les travaux "d'air conditionné" et d' "aérateur au plafond et en façade", relayée par la partie adverse dans l'acte attaqué, ne sont pas corroborés par la traduction du procès-verbal de réception et du certificat n° 54. Ces documents ne répondent donc pas aux prescriptions de l'avis de marché et du cahier des charges et ne peuvent donc suffire à démontrer la réalisation de la partie HVAC de ce marché par INABENSA ainsi que le montant effectif de cette partie. La partie adverse aurait donc du écarter cette référence et non la retenir sur la base des affirmations d'INABENSA

Surabondemment, les requérantes soulignent que la présentation par INABENSA de ce marché est contraire à la réalité, voire tendancieuse. En effet, elle ne mentionne même pas l'existence du consortium FIBES SEVILLA (UTE) qui a réalisé ce marché. Pire encore, cette présentation indique qu' "en 2007, le projet d'extension du palais des congrès et des expositions de Séville (FIBES) a été attribué à INABENSA pour un montant supérieur à 90 millions d'euros", ce qui est parfaitement inexact et contraire au procès-verbal de réception et au certificat n° 54 joints à la référence [...].

Ces documents ne peuvent donc suffire à démontrer qu'INABENSA a réalisé les travaux d'HVAC et en conséquence des travaux similaires au présent marché.

32. Enfin, tout comme il l'avait déjà été indiqué dans la précédente requête en suspension de la décision du 28 septembre 2016, la conviction qu'ont les requérantes qu'INABENSA n'a pas réalisé les travaux d'HVAC est renforcée par le fait qu'elle apparaît, *prima facie*, active dans le secteur d'activité lié aux travaux d'installations électriques, travaux différents des travaux HVAC et faisant l'objet d'une sous-catégorie d'agréation distincte de la D-18 (retenue par la partie adverse) à savoir la catégorie P. On lit notamment sur son site internet

[http://www.inabensa.com/web/fr/nuestras_actividades/fabricacion/centros_de_produccion/index.html] que ces activités sont les suivantes :

OUR ACTIVITIES	
Transmission and distribution	Railway
Transmission line [Photo non reproduite]	Catenary [photo non reproduite]
Substations	Substations
	Communications
Installations and infrastructures	Manufacturing
Maintenance, electricity and instrumentation	Sectors [Photo non reproduite]
Mechanical assemblies [Photo non reproduite]	Products
Renewable energy and energy efficiency	Production centers
Smart building	

L'on n'aperçoit pas dans la présentation de cette société que cette dernière réalise donc des travaux de «Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air» (sous-catégorie D-18). De plus INABENSA dispose uniquement du code NACEBEL 4321 concernant les travaux d'installations électriques. Cette information résulte du rapport d'évaluation réalisé par la société GRAYDON en octobre 2016 et versé par les requérante au dossier de pièces [...].

33. Alors que dans son arrêt de suspension du 17 novembre 2016, le Conseil d'État s'interrogeait de manière explicite sur la part et la nature du marché réalisé par INABENSA dans les travaux qu'elle a exécutés en société momentanée, ni la motivation de l'acte attaqué, ni les traductions des attestations d'exécution et du procès-verbal de réception jointes par INABENSA à son offre ne permettent de les déterminer et, en conséquence, de corroborer la réalité et l'exactitude des références vantées par INABENSA et retenues par la partie adverse dans l'acte attaqué. Dans ces conditions, la partie adverse ne pouvait juger qu'INABENSA répondait aux exigences de capacité technique prescrites par les documents du marché sans violer les dispositions et principes visés aux moyens et sans commettre une erreur manifeste d'appréciation. En effet, conformément à la Jurisprudence du Conseil d'État, «admettre l'offre de la société adjudicataire au motif qu'elle a fourni pour toutes ses références des attestations» et qu'elle est «par ailleurs la seule (offre) conforme au niveau technique», alors qu'il ressort du dossier administratif que ce n'est pas le cas, revient à méconnaître les critères de sélection fixés par le cahier spécial des charges de même qu'à fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et, dès lors, à violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé. (Art. 19 et 20 A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics)" [C.E. (6e ch.), n° 160.374, 21 juin 2006].

Au surplus, «l'obligation de motivation matérielle qui s'impose à tout pouvoir adjudicateur implique que chaque acte administratif soit étayé par des motifs acceptables en droit et en fait. Cette obligation exige qu'il existe pour chaque décision administrative des motifs acceptables en droit reposant sur des bases suffisamment solides et qu'il s'agisse de faits véritablement existants constatés par l'administration avec tout le soin nécessaire […]. Les motifs doivent être factuellement corrects […] et doivent être suffisamment puissants; ils doivent en d'autres termes être capables d'étayer et de justifier la décision en droit» [C. DE KONINCK, la motivation du choix de l'offre, www.mercatus.be, fiche thématique, 31 janvier 2014].

En l'espèce, les motifs avancés par la partie adverse pour sélectionner techniquement INABENSA sont factuellement incorrects et contraires aux

éléments du dossier en possession des requérantes et plus spécifiquement aux traductions des attestations de bonne exécution et au procès-verbal de réception accompagnant les références de travaux citées.

B. Quand bien même l'on considèrerait qu'INABENSA a réalisé les travaux référencés, ceux-ci ne concernent pas des travaux similaires à l'objet du marché soit des travaux d'HVAC

B.1. Précisions quant à l'objet du marché et en conséquence quant à la notion de «travaux similaires»

34. Comme il l'a été rappelé *supra*, l'avis de marché et le cahier des charges exigent «un minimum de trois références de travaux similaires au présent marché». L'objet du marché défini par l'article II.1.1) de l'avis de marché [...] et par l'article 5.2 du cahier des charges [...] fait état de travaux "HVAC". Ces travaux entre dans la sous-catégorie D18 de l'Arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agréation des entrepreneurs. L'article 2 définit cette sous-catégorie comme suit :

> «D. 18. Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air. La ventilation et la climatisation, ainsi que les installations qui s'y rapportent, notamment la réfrigération, le réchauffement, le dépoussiérage, l'humidification, la dessiccation de l'air et les installations de transport et de distribution par pulsion et par extraction de l'air».

B.2. Les références 1 et 3

35. La traduction de l'attestation de bonne exécution jointe par INABENSA quant à la référence 1 [...] concerne "la construction d'un nouveau centre hospitalier" tandis que la traduction du procès-verbal de réception et du certificat n° 54 jointe par INABENSA à la référence 3 [...] concerne "la construction de l'extension du palais des congrès et des expositions de Séville".

Ces travaux ne relèvent pas de la sous-catégorie D 18 (HVAC) mais de la catégorie D définie comme suit par l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agréation des entrepreneurs :

> «D. Entreprises générales de bâtiments. Les marchés complexes comprenant la réalisation de travaux de construction, de rénovation ou de réhabilitation d'édifices et de bâtiments à destinations diverses jusqu'à leur parfait achèvement».

Tout comme indiqué sous le titre A, points 29 à 33, il n'est pas possible d'identifier si INABENSA a réalisé les travaux HVAC dans le cadre de cette entreprise générale de travaux. Ces références devaient donc être écartées.

B.3. La référence 2

36. La traduction de l'attestation de bonne exécution de la référence n° 2 jointe à l'offre d'INABENSA [...] dispose que :

> «4. Les travaux mentionnés ont consisté à la modernisation et mise en conformité des installations centrales de génération et transformation énergétique de l'Hôpital Vigil de Quinones de Séville, comprenant ainsi une superficie totale d'équipement de 1.355 m^2 de la centrale des installations, 580 de la sous-centrale de pompage et 780 de la toiture pour les capteurs solaires thermiques. La superficie hospitalière construite maximale qu'il pourra desservir est de 56.000 m^2».

Or, de tels travaux ne sont pas des travaux relevant de la sous-catégorie D 18 mais «des travaux d'installations de production de chaleur à distance» relevant de la sous-catégorie D 17 laquelle est définie comme suit par l'arrêté ministériel précité:

> «D. 17. Chauffage central, installations thermiques. La réalisation et l'équipement des installations de chauffage central telles que les installations de chauffage de toutes sources d'énergie primaire - notamment solaire - sauf les installations de chauffage où la seule source d'énergie est l'électricité. Les installations ainsi que les équipements thermiques, tels que les installations de production de chaleur à distance, le chauffage urbain, les chaudières industrielles, l'installation et l'équipement de chaudières aux combustibles solides, liquides ou gazeux, y compris les installations d'aménagement et de distribution de combustibles. Les installations spéciales de production ou de récupération de chaleur des condenseurs de centrales ou d'installations thermo-électriques, des centrales nucléaires, des installations d'incinération d'immondices, ainsi que l'équipement de celles-ci».

On constate la parfaite cohérence entre la description des travaux reprise dans l'attestation produite par INABENSA et la définition légale de la sous-catégorie D 17 puisqu'on retrouve, dans l'une comme dans l'autre, des installations centrales de production d'énergie à distance [et] des installations d'énergie solaire thermique.

La partie adverse, qui a précisé que les travaux objet du marché étaient classé en sous-catégorie D 18, ne peut considéré comme «similaires» des travaux nécessairement classés en sous-catégorie D 17.

37. La partie adverse admet d'ailleurs implicitement que ces travaux relèvent de la sous-catégorie D 17 puisqu'elle prétend, sans pour autant citer la référence concernée, dans l'acte attaqué que :

> «Par travaux similaires, il faut comprendre tous travaux correspondant – et non identiques – à l'objet du marché en cause, compte tenu de tous les types de prestations à exécuter et donc des prestations relevant non seulement de la sous-catégorie d'agréation D 18 'Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air', mais également des autres sous-catégories dont relèvent plusieurs postes du métré correspondant à d'autres sous-catégories, telles la sous-catégorie D 17».

Cette définition entreprise par la partie adverse dans l'acte attaqué de la notion de «travaux similaires» et l'indication par cette dernière que les travaux relevant de la sous-catégorie D 17 y sont inclus n'auraient pas lieu d'être si INABENSA n'avait produit que des références à des travaux HVAC relevant de la sous-catégorie D 18. L'on comprend donc que cette définition a pour objet de «couvrir» l'une des références produites par INABENSA, qui ne peut être que la deuxième (la première et la troisième concernant des travaux d'entreprise générale de construction de la totalité d'un hôpital et d'une extension d'un palais des congrès). Cette deuxième référence concerne en effet à plus de 90 % des travaux de production de chaleur distincts de travaux d'HVAC et faisant chacun l'objet de catégories d'agréation différentes.

Or, une telle définition de la notion de «travaux similaires» est parfaitement erronée et a pour unique objectif d'avantager et de sélectionner INABENSA.

En effet, l'analyse de l'acte attaqué dans sa globalité permet de vérifier que la partie adverse a, au mépris de la nature même du marché, adopté un argumentaire à géométrie variable aux fins de sélectionner INABENSA.

Ainsi, s'il est vrai que le marché était initialement classé en sous-catégorie D 16, D 17 et D 18, on lit néanmoins dans l'acte attaqué ainsi que dans le rapport succinct d'attribution que le marché concerne à 85 % des travaux d'HVAC relevant de la sous-catégorie D 18.

Ces documents sont reproduits ci-dessous :

- page 13 du rapport succinct:

> «Après un examen attentif de la législation sur l'agréation et de la jurisprudence sur le sujet, nous ne pouvons exclure de soumissionnaires au motif qu'ils ne sont pas agréés en classe D 18, dès lors que cette exigence ne correspond pas aux caractéristiques du marché.
>
> Par ailleurs, la ventilation des montants des postes du métré entre la sous-catégorie D 17 ('chauffage central – Installations thermiques') et la sous-catégorie D 18 ('Ventilation, chauffage et conditionnement d'air'), montre que les postes qui ressortent de la sous-catégorie 17 représente 15 % du montant de l'estimation et que les postes qui ressortent de la sous-catégorie 18 représentent 85 % du montant de l'estimation. Dès lors, en application de l'article 5, § 7, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, le soumissionnaire doit à tout le moins être agréé en sous-catégorie D 18 dans la classe correspondant au montant de son offre»;

- acte attaqué titre a.2. [...]:

> « - L'application rigoureuse de l'article 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 relever le montant le plus important de l'offre.
> - Dans ces conditions, l'exigence d'agréation est à apprécier par rapport à la seule sous-catégorie D 18 eu égard aux montants des offres effectivement déposées.
> - Il est constaté que chacun des soumissionnaires dispose de cette agréation D 18».

38. Ce reclassement du marché dans la sous-catégorie D 18, quand bien même il serait conforme à la nature du marché, a, à l'évidence, permis à INABENSA d'être sélectionnée puisqu'elle n'a obtenu une équivalence d'agréation que dans la sous-catégorie D 18 classe 8. Elle a également obtenu une agréation en sous-catégorie D 17, mais en classe 1, soit un montant nettement inférieur à la classe d'agréation correspondant au montant de son offre.

La partie adverse ne peut donc sans se contredire tantôt estimer que les travaux relèvent majoritairement de la catégorie D 18, à savoir les travaux HVAC, et tantôt retenir comme "similaires" des références à des travaux relevant de la sous-catogorie D 17, alors que de tels travaux ne représentent, selon le rapport succinct et l'acte attaqué, que 15 % du marché.

39. Au-delà de l'inadéquation entre les classifications des travaux faisant l'objet du marché (D 18) et des travaux faisant l'objet de l'attestation produite (D 17), les travaux réalisés à l'hôpital Vigil de Quinones à Séville en Espagne (référence n° 2 selon la partie adverse) [...] n'existent pas dans le marché litigieux.

En effet, le marché lancé par la partie adverse doit être exécuté dans un immeuble (hôpital) déjà alimenté par une centrale d'énergie (tous les immeubles du site du CHU et plus généralement de tous les sites du domaine universitaire du Sart Tilman sont alimentés par une chaufferie centrale existante). En d'autres mots, ce marché ne comporte aucune production de chaleur alors que la référence produite par INABENSA ne concerne que des travaux de production d'énergie centralisée à distance. Il ne s'agit donc pas de travaux similaires puisque le marché adjugé par la

partie adverse ne comprend pas de centrale d'énergie alors que la référence 2 ne concerne que des centrales d'énergie.

40. Partant, la partie adverse ne pouvait retenir cette deuxième référence et juger qu'INABENSA répondait aux exigences de capacité technique prescrites par les documents du marché. Ce faisant, la partie adverse a violé les dispostions visées au moyen, le principe d'égalité entre les soumissionnaires et commis une erreur manifeste d'appréciation.

C. Les périodes de référence sont impossibles à identifier, d'une part, et se situent en dehors de la période de 5 ans, d'autre part.

41. Ce moyen est le corollaire du moyen développé sous le titre A, points 29 à 33.

Ainsi, les travaux doivent selon les documents du marché avoir été "exécutés au cours des cinq dernières années". L'avis de marché et le cahier des charges précisent également qu'il doit s'agir de "référence produite de travaux exécutés et réceptionnés aux cours des cinq dernières années". L'on comprend donc que les travaux doivent avoir été réalisés et réceptionnés endéans cette période de 5 ans.

42. Conformément à la Jurisprudence du Conseil d'État [arrêt n° 232.775 du 29 octobre 2015], il y a lieu de prendre en considération la période de cinq ans précédant le document qui y fait référence, à savoir la période de cinq ans précédant l'avis de marché. En l'espèce, l'avis de marché ayant été publié le 5 octobre 2015, la période de référence s'étend du 4 octobre 2010 au 4 octobre 2015.

43. Or, la référence 1 concerne des travaux d'entreprise générale relatif à la construction d'un hôpital. Ces travaux ont, selon la traduction de l'attestation du certificat de bonne exécution, été réalisés entre le mois d'août 2002 et d'octobre 2011. Il échet donc de constater que 85 % de ces travaux ont été exécutés en dehors de la période de référence. Au surplus, la traduction du certificat de bonne exécution ne permet pas de déterminer la période endéans laquelle les travaux d'HVAC ont été réellement exécutés. En d'autres mots, ces travaux ont parfaitement pu être intégralement réalisés entre 2002 et 2009, soit avant même le commencement de la période de référence. Cette référence ne pouvait donc être retenue.

44. La référence 2 concerne des travaux de mise en conformité des installations énergétiques d'un hôpital. Ces travaux ont, selon la traduction de l'attestation du certifcat de bonne exécution, été réalisés entre le mois de juillet 2007 et de 2010. Il échet à nouveau de constater que 85 % de ces travaux ont été exécutés en dehors de la période de référence. Au surplus et pour autant qu'il s'agissent de travaux similaires, la traduction du certificat de bonne exécution ne permet pas de déterminer la période endéans laquelle les travaux d'HVAC ont été réellement exécutés. En d'autres mots, ces travaux ont parfaitement pu être intégralement réalisés entre 2007 et 2009 soit avant même le commencement de la période de référence. Cette référence ne pouvait donc être retenue.

45. La référence 3 concerne des travaux d'extension d'un palais des congrès. Ces travaux auraient, selon INABENSA, été réalisés entre le mois de décembre 2007 et de juillet 2012. Il échet à nouveau de constater que 85 % de ces travaux ont été exécutés en dehors de la période de référence. Au surplus et pour autant qu'il s'agissent de travaux similaires, la traduction du procès-verbal de réception ne permet pas, contrairement aux exigences prescrites par les document du marché, de déterminer la période endéans laquelle les travaux d'HVAC ont été réellement exécutés et, en conséquence, de corroborer l'affirmation d'INABENSA, relayée par la partie adverse dans l'acte attaqué. Au demeurant, compte tenu de la période d'exécution, ces travaux ont parfaitement pu être intégralement réalisés entre 2007 et 2009, soit avant même le commencement de la période de référence. Enfin, ce procès-verbal indique que le bâtiment doit encore être réceptionné et ce

contrairement à ce qui est exigé par les documents du marché. L'extrait de ce procès-verbal est reproduit ci-dessous :

> «8. Conformément aux dispositions de la documentation susmentionnée, le bâtiment sera réceptionné par EMVISESA à partir de la date de l'en-tête. Un procès-verbal indépendant, auquel les annexes I et II ci-jointes font référence, reflètera la correction des réserves émises».

Cette référence ne pouvait donc être retenue.

46. Partant, la partie adverse ne pouvait retenir ces trois références et juger qu'INABENSA répondait aux exigences de capacité technique prescrites par les documents du marché. Ce faisant, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen, le principe d'égalité entre les soumissionnaires et commis une erreur manifeste d'appréciation.

D. INABENSA n'a pas produit deux références en milieu hospitalier

47. L'avis de marché et le cahier spécial des charges exigent 2 références à des travaux en milieu hospitalier. La partie adverse a, de la sorte, considéré que les références 1 et 2 produites par INABENSA concernaient des travaux dans le secteur hospitalier.

48. Tout comme il l'a été démontré sous le point B, les travaux relevant de la référence 2 ne concernent pas une installation située dans l'hôpital même mais «à l'intérieur d'un bâtiment faisant partie du complexe hospitalier». L'analyse de la description du marché par INABENSA [...] permet de conforter cette position puisqu'elle écrit ce qui suit :

> «Les installations, objet du contrat, sont situées à l'intérieur d'un bâtiment faisant partie du complexe hospitalier et incluent la fourniture de nouveaux équipements et d'installations pour l'approvisionnement en eau (eau chaude et froide et protection contre incendie). Ces dernières sont conduites, à travers une galerie sous-terraine, jusqu'à la sous-station située au bâtiment principal de l'hôpital. Une fois à l'intérieur de l'hôpital, le système alimente les installations intérieures».

Il s'agit donc de travaux dans un bâtiment autre que l'hôpital mais situé sur le même site. En d'autres mots, La réalisation de ces travaux ne s'inscrit pas dans le secteur hospitalier et ne confronte donc pas l'installateur aux spécificités de ce secteur : unités de soins intensifs; urgences; réanimation; salles d'opérations; laboratoires; unités d'hébergement; …

49. Les travaux relatifs à cette référence servent juste à alimenter en énergie l'hôpital. Le certificat produit par INABENSA précise d'ailleurs que : «La superficie hospitalière qu'il pourra desservir est de 56.000 m²», ce qui démontre le caractère indépendant des travaux de la référence de la superficie hospitalière qu'elle ne fait que desservir. De tels travaux pourraient desservir de façon strictement équivalente des bâtiments communs comme des complexes de bureaux, des commerces ou des logements.

E. Les montants minimum requis par les documents du marché ne sont pas atteints ou ne sont pas déterminables

50. Selon les documents du marché, les travaux devront avoir atteint, pour deux références, un minimum de 5.640.000 euros HTVA, chacune dans le secteur hospitalier et, pour l'autre référence, un montant de 8.460.000 euros HTVA, chacune en milieu autre qu'industriel. A supposer que l'on prenne en considération les montants des travaux HVAC tels qu'arrêtés unilatéralement par INABENSA, il convient de constater que les montants sont, soit inférieurs aux montants requis, soit impossibles à déterminer.

51. Ainsi, la référence 1 (relative à des travaux dans un secteur hospitalier) concerne des travaux réalisés en société momentanée, INABENSA ayant (selon la traduction du certificat de bonne exécution – [...]) 20 % des parts dans cette société. Les travaux d'HVAC s'élèvent, selon INABENSA, à 14.486.289 euros. Néanmoins, à défaut de pouvoir définir quelle est la part et la nature de travaux qu'elle a exécutés dans la société momentanée dont elle fait partie, INABENSA ne peut se prévaloir que de 20 % du montant des travaux HVAC compris dans le marché référencé. Le montant à prendre en considération serait donc de 14.486.289 X 20%, soit 2.897257 euros, montant inférieur au montant requis. Cette référence ne pouvait donc être retenue.

52. La référence 2 (relative à des travaux dans un secteur hospitalier) concerne également des travaux réalisés en société momentanée. Contrairement à la référence 1, il n'est pas possible de connaître la part d'INABENSA dans cette société et, en conséquence, d'évaluer le montant des travaux qu'elle a réalisés. Cette référence ne pouvait donc être retenue.

53. La référence 3 (relative à des travaux en milieu autre qu'industriel) concerne également des travaux réalisés en société momentanée. Il n'est pas non plus possible de connaître la part d'INABENSA dans cette société. Cependant, INABENSA a joint pour cette référence un document intitulé «certificat n° 54» [...] qui semble [Les requérantes soulignent qu'il est néanmoins difficile de comprendre ce document. L'on peut cependant supposer que celui-ci concerne la part des travaux HVAC] préciser la partie HVAC des travaux réalisés par la société momentanée FIBES SEVILLA. Ce certificat indique en toutes lettres que le montant réalisé s'élève à 5.628.329 euros HTVA (soit en-deçà du montant de 8.460.000 euros HTVA, exigé par les documents du marché).

54. Partant, la partie adverse ne pouvait retenir ces trois références et juger qu'INABENSA répondait aux exigences de capacité technique prescrites par les documents du marché. Ce faisant, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen, le principe d'égalité entre les soumissionnaires et commis une erreur manifeste d'appréciation.

F. Les attestations de bonne exécution produites par INABENSA ne sont pas conformes aux exigences des documents du marché.

55. Selon les documents du marché, «chaque référence produite de travaux exécutés et réceptionnés aux cours des cinq dernières années doit être appuyée 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. Les certificats d'exécution qui corroborent ces références ne pourront être prise en compte que si elles (sic) sont dûment signées par le maître de l'ouvrage».

56. Or, à la référence 1 n'est jointe qu'une traduction de l'attestation de bonne exécution. L'original signé n'est pas joint. Au surplus, cette traduction ne précise pas si les travaux «ont été effectués selon les règles de l'art». Cette référence ne pouvait donc être retenue.

57. A la référence 3 n'est jointe qu'une traduction d'un procès-verbal de réception et d'un document intitué «cerficat n° 54». Ces documents ne correspondent pas à un certificat de bonne exécution. Dans un arrêt du 29 juin 2001, le Conseil d'État a, à ce sujet, souligné l'importance que revêtent la sélection qualitative et, plus spécifiquement, l'obligation de joindre les documents exigés par le cahier spécial des charges ou l'avis de marché. Cet arrêt dispose que :

> «En vertu de l'article 16, alinéa 1er, 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, en cas d'adjudication publique, il appartient au pouvoir

adjudicateur de procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires sur la base des renseignements et documents prévus aux articles 17 à 19 du même arrêté royal. Ledit article 19, après avoir dressé l'inventaire des références susceptibles de justifier la capacité technique de l'entrepreneur, prévoit que le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché celles des références qu'il entend obtenir. Il ressort de ces dispositions que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non, est sans pertinence et que parce que le pouvoir adjudicateur a entendu les obtenir en les précisant dans l'avis de marché, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé» (CE, n° 97.319, 29 juin 2001).

Au demeurant, la traduction de ce procès-verbal n'indique pas la période d'exécution des travaux et prévoit que ceux-ci doivent encore être réceptionnés. Les réquérantes ont développés ce point sous le titre C. Cette référence ne pouvait donc être retenue.

58. Partant, la partie adverse ne pouvait retenir ces deux références et juger qu'INABENSA répondait aux exigences de capacité technique prescrites par les documents du marché. Ce faisant, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen, le principe d'égalité entre les soumissionnaires et commis une erreur manifeste d'appréciation.

1.1.3. Conclusion de la branche

59. Les références produites par INABENSA ne répondent en droit et en fait à aucune des conditions de capacité technique exigées par les documents du marché. Ci-dessous, les requérantes dressent un tableau synthétique de l'ensemble des illégalités soulevées :

	Réalité de l'éxécution par INABENSA de travaux similaires (HVAC)	Période de référence Octobre 2010 à octobre 2015	Montant	Attestation de bonne exécution corroborant la référence
Référence 1 (milieur hospitalier)	Entreprise générale de construction (et non d'HVAC) en société momentanée	Non : début en août 2002 et impossible de vérifier si les travaux HVAC ont été réalisés dans la période de référence	Non : aucune indication du MO quant aux travaux HVAC	Non : Attestation non signée
Référence 2 (milieur hospitalier)	Travaux de production de chaleur (et non d'HVAC) en société momentanée	Non : début en juillet 2007 et impossible de vérifier si les travaux HVAC ont été réalisés dans la période de référence	Non : aucune indication du MO quant aux travaux HVAC	OK
Référence 3 (hors milieu industriel)	Entreprise générale de construction (et non d'HVAC) en société momentanée	Non : aucune indication du MO dans le procès verbal joint	Non : aucune indication du MO quant aux travaux HVAC	Non : PV de réception

60. Alors que l'arrêt de suspension du 17 novembre 2016 avait mis en évidence les questions que suscitaient les références d'INABENSA «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», la partie adverse a décidé d'uniquement remotiver, dans un nouvel acte, l'acte suspendu sans même vérifier *in concreto* si INABENSA répondait au exigences de capacité technique.

61. La partie adverse s'est, en fait, contentée de réitérer dans l'acte attaqué les affirmations d'INABENSA, affirmations non «corroborées» par les traductions des attestations de bonne exécution (références 1 et 2) et par la traduction du procès verbal de réception (référence 3) jointes à l'offre d'INABENSA.

62. Elle a, également, avec légèreté, admis, en faveur d'INABENSA, des documents tels qu'une traduction d'une attestation de bonne exécution sans que l'original signé ne soit joint au dossier ainsi qu'un procès verbal de réception en lieu et place d'une attestation de bonne exécution signée, ce qui ne peut être accepté au regard du principe d'égalité des soumissionnaires et de l'ensemble des dispositions visées au moyen.

63. En conclusion, en sélectionnant INABENSA alors qu'il ressort que cette dernière n'avait pas fourni les documents demandés et, pour le surplus, ne respectait pas les conditions d'exigence de capacité technique, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, violé les articles 58 et 69 de l'arrêté royal visé au moyen, le cahier spécial des charges ainsi que le principe d'égalité entre les soumissionnaires. L'analyse de l'offre d'INABENSA par la partie adverse fait également apparaître des manquements patents dans le devoir de minutie qui s'impose à toute administration".

B. Note d'observations

Tout en se référant, d'une part, aux exigences de capacité technique qui ont été énoncées dans l'avis de marché, sous l'article III.2.2 et III.2.3, et dans le cahier spécial des charges, sous l'article 5.15 des clauses administratives, et, d'autre part, à la motivation de la décision attaquée, la partie adverse considère, au contraire, que les trois références invoquées par la partie intervenante répondent assurément aux prescriptions des documents du marché par rapport aux six éléments demandés, à savoir: a) le nombre de références; b) les domaines des travaux, objet des références; c) la période de référence; d) le montant des travaux exécutés par la partie intervenante; e) les attestations signées de bonne exécution; et f) les travaux similaires. Elle en conclut qu'un examen limité *prima facie* de la première branche du premier moyen doit conduire à la conclusion que cette branche doit être déclarée dépourvue de tout caractère sérieux, du fait de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans son chef.

La partie adverse développe à l'appui de sa position l'argumentation suivante:

" a. Nombre de références

29. La décision attaquée identifie les 3 références prises en compte.

b. Domaines des travaux objet des références

30. La décision attaquée identifie les domaines dont relèvent les références :
- la référence 1 : secteur hospitalier – construction nouvel hôpital Campus de la Salud à Grenade,
- la référence 2 : secteur hospitalier – réaménagement et mise à jour des installations de l'Hopital militaire Vigil de Quinones à Séville

- la référence 3 : milieu autre qu'industriel – extension du palais des congrès et des expositions de Séville.

31. C'est abusivement que les requérantes contestent au point 48 de leur requête que la référence 2 relève du «secteur hospitalier» au motif qu'elle concerne «un bâtiment faisant partie du complexe hospitalier» et non un hôpital.

En effet:

a. L'avis de marché demande des références relevant du "secteur hospitalier" au sens large. Il n'exige pas de références particulières, telles des réalisations salles d'opération …
b. En l'espèce, il est évident que lorsque le CHU de Liège a exigé, dans son CSC, deux références «dans le secteur hospitalier», il n'a en aucune manière exigé des références réalisées dans des "unités de soins intensifs, urgences, réanimation, salles d'opérations, laboratoires, unités d'hébergement», - ce que les requérantes considèrent restrictivement comme étant le "secteur hospitalier".
   Par «secteur (ou milieu) hospitalier», il faut entendre les unités de soins, les services médico-techniques, les quartiers opératoires, les services de consultation et tous les locaux (techniques, logistiques, administratifs,...) nécessaires au bon fonctionnement de l'hôpital; même si ce n'est pas dans des locaux dédicacés à une activité de soins. Ceci est d'autant plus évident que le bâtiment en construction lui-même ne contient ni services d'urgence, ni soins intensifs, ni service de réanimation, lesquels restent situés dans d'autres tours du CHU de Liège.
c. Cette mise en cause est invraisemblable. Elle porte à croire que les requérantes ignorent qu'un établissement hospitalier est généralement composé de plusieurs bâtiments qui sont reliés et interconnectés avec le plus haut niveau d'exigences d'ordre technique pour permettre à l'ensemble de dispenser des soins de qualité.

c. Période de référence

32. La période de 5 ans dont question dans l'avis de marché doit être déterminée par rapport au jour de l'avis de marché (C.E., 29 octobre 2015, n° 232.772), soit en l'espèce à rebours à dater du 5 octobre 2015.

33. - La référence 1, Hôpital de Grenade, a pour objet des travaux achevés le 23/04/2014 [lire: le 30 octobre 2011].

Par nature, les travaux relevant du HVAC et similaires sont exécutés en fin de l'ensemble du chantier.

- La référence 2, Hôpital de Séville, a pour objet des travaux achevés en décembre 2010.

Par nature, les travaux relevant du HVAC et similaires sont exécutés en fin de l'ensemble du chantier.

- La référence 3, palais des congrès et des expositions de Séville, a pour objet des travaux achevés en septembre 2012.

Par nature, les travaux relevant du HVAC et similaires sont exécutés en fin de l'ensemble du chantier.

d. Montant des travaux exécutés par INABENSA

34. Les montants des travaux exécutés sont usuellement déterminés par la part des travaux assumés ou pris en charge le soumissionnaire en cause.
L'article 5.15 des clauses administratives du C.S.Ch. limite la demande de référence à des "marchés exécutés en entreprise générale dans les hôpitaux", sans précision complémentaire quant au véhicule juridique sous lequel le soumissionnaire a opéré pour obtenir ses références, ni la part des travaux effectivement réalisés par lui ou assumé à l'égard du Maître de l'ouvrage.

Il en est ainsi :

- en cas de recours à la sous-traitance indépendamment de la part de ces travaux confiée à un ou des sous-traitants
- en cas d'exécution par une société momentanée dès lors que la responsabilité solidaire, qui est de droit selon l'article 53 du code des sociétés, et ce, que la société momentanée soit intégrée ou non.

C'est ce qui permet, au demeurant, à tout prestataire qui se lie à un autre plus expérimenté d'accroître ses références et, en définitive, d'augmenter la concurrence potentielle dans l'intérêt des pouvoirs adjudicateurs.

Les requérantes font elles-mêmes état de référence de la même manière [...]:

- les références invoquées par la société CLOSE reposent sur des déclarations de la société elle-même sur son papier à en-tête, ni daté, ni signé. Les informations reprises sur les certificats d'exécution ne permettent pas d'identifier la part réelle de travaux en HVAC. Par ailleurs, la plupart des certificats d'exécution ne mentionnent ni date de réception provisoire ni date de réception définitive. Les éléments repris sur ces certificats ne permettent pas de corroborer les déclarations de la société. Les pièces remises ne permettent pas de déterminer si les travaux HVAC ont été réalisés dans la période de références des 5 ans. Les certificats de bonne exécution ne font pas état de dates de réceptions provisoire et définitive;

- Il en est de même des références invoquées par la société DELTA THERMIC. Les certificats de bonne exécution ne décrivent pas avec précision les travaux en cause (seule mention : travaux HVAC et sanitaires) et ne mentionnent pas la période des travaux- ou encore ne sont pas signés, voire sont absents;

- les références invoquées par la société COFELY
  • ne mentionnent pas la description des travaux (sur le certificat de BE uniquement HVAC et sanitaire) [et]
  • déclarent le type de travail effectué sur un document sur leur en-tête dont les informations ne sont nullement corroborées par les informations reprises sur le certificat de bonne exécution.

Au surplus, dès lors qu'un soumissionnaire peut, selon l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, faire valoir les capacités d'autres entités à charge de prouver qu'il disposera par le biais de celles-ci des moyens nécessaires pour l'exécution du marché à exécuter *a fortiori* peut-il pour faire état d'une référence d'une exécution antérieure en groupement avec d'autres entités puisqu'est ainsi établi qu'il a disposé des moyens.

Aussi, c'est à bon droit que le CHU de Liège a pu prendre en considération les montants des travaux invoqués par la société INABENSA et qui répondent aux exigences documents du marché. Ils sont, en effet, pour les travaux relevant uniquement du chauffage, de la ventilation et de l'air conditionné (HVAC), respectivement de :

- pour la référence 1, Hôpital de Grenade : 14.486.289, 50 euros en HVAC imputable à INABENSA, responsable technique de toutes les installations sur un total de 42.840.806 euros;
- pour la référence 2, Hôpital de Séville : 8.328.337,64 euros de climatisation HVAC;
- pour la référence 3, palais des congrès et des expositions de Séville: 8.500.000,69 euros installations électriques, HVAC et plomberie.

e. Attestations de bonne exécution signées par le maître d'ouvrage

35. Le CHU de liège a dûment pris en compte les attestions de bonne exécution signées par les maîtres d'ouvrage :

- pour la référence 1, Hôpital de Grenade: datée du 1° septembre 2013;

- pour la référence 2, Hôpital de Séville, datée du 13 février 2014;
- pour la référence 3, palais des congrès et des expositions de Séville: datée du 2 septembre 2012.

f. Notion de travaux similaires

36. Les références prises en compte par le CHU de Liège portent assurément sur des «travaux similaires au présent marché»

a. elles ont pour objet des travaux de chauffage, ventilation, air conditionné;
b. il s'agit même de travaux «identiques»;
c. les documents du marché exigent qu'elles concernent des «travaux similaires» - ce qui ne signifie pas que seuls les travaux «identiques» peuvent être pris en compte, mais au contraire qu'il s'agit de faire application d'une «acception» large de la notion de travaux à prendre en référence, et ce, sous peine de :
   - ne pouvoir trouver avec certitude la référence de travaux «identiques»;
   - d'être limité à une concurrence réduite, voire nulle;
   - de ne pouvoir projeter le recours à des techniques innovantes, qui, par essence, seraient sans précédent;
   - de méconnaître la portée pertinente de la demande de références, à savoir la vérification de la compétence et du savoir-faire humain, organisationnel et technique correspondant aux travaux à exécuter.

C'est dans ce cadre que le CHU de Liège a motivé, surabondamment, sa décision par la considération que pouvaient être pris en compte les références de «tous travaux correspondant – et non identiques – à l'objet du marché en cause, compte tenu de tous les types de prestations à exécuter et donc des prestations relevant non seulement de la sous-catégorie d'agréation D 18 «Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air», mais également des autres sous catégories dont relèvent plusieurs postes du métré correspondant à d'autres sous-catégories, telles la sous-catégorie D 17».

36. La motivation de l'appréciation faite est parfaitement conforme à la jurisprudence du Conseil d'État :

- 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» [C.E., n°194.625, 24 juin 2009, p.15];

- 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» [C.E., n°222.853, 14 mars 2013, p.17, n° 7.4., C.D.P.K., 2013/4, p.485, http://www.mercatus.be/];

- une mention «OK» figurant dans un tableau, sans motivation plus détaillée, a été jugée suffisante [C.E., n° 228.931 du 24¬ octobre 2014, J. MERODIO, R. SIMAR, N. VAN DAMME, "La motivation formelle des actes administratifs – Questions choisies" in Droit administratif et contentieux (sous la dir. De M. Pâques et A.-L. DURVIAUX), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 365]. 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 [Ibid.];

- cette position a été confirmée dans un arrêt du 25 février 2016, spécifiquement

en matière de motivation de la décision de sélection [C.E., n°233.939, 25 février 2016, p.13, M.C.P./O.&.O, 2016/2, p.347], 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 [Ibid]. Le Conseil d'État 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» [Ibid.].

37. 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.

g. Absence d'erreur manifeste – examen limité *prima facie*

38. Il est de jurisprudence constante de votre Conseil que l'examen des griefs formulés par les parties requérantes doit se limiter, dans le cadre d'une demande en suspension d'extrême urgence, à ce qui est manifeste. Le Conseil d'État doit s'en tenir à un contrôle marginal visant uniquement à censurer ce qui est manifestement déraisonnable, sans s'immiscer dans l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative. Ce contrôle revêt d'ailleurs un caractère encore plus marginal dans le cadre d'une demande de suspension d'extrême urgence :

«Le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande en suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif» (C.E., 1er avril 2009, n°192.128, Quadra Architecture) (...).

Le caractère limité à ce qui est manifestement déraisonnable, de l'examen *prima facie* confié à Votre Conseil procède également de la volonté du législateur :

«[…] le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs» […] (Doc. Parl. Ch., Sess. 2009-2010, n° 52, 2276/1, p.31).

39. En l'espèce, le caractère manifeste des griefs formulés par les parties requérantes fait largement défaut, dès lors que :

- celles-ci se sont abstenues de critiquer, dans leurs deux premiers recours en suspension, la capacité technique ou la qualité des références présentées par INABENSA et prises en considération par le CHU;
- ce caractère manifeste doit s'apprécier de manière objective, et non selon la connaissance particulière du litige qu'ont pu se forger les parties et Votre Conseil, au gré des nombreux recours introduits par les parties requérantes, tant devant Votre Conseil, que devant le Président du Tribunal de commerce;
- les critiques avancées par les parties requérantes impliquent une analyse détaillée et approfondie des références produites par INABENSA, incompatible avec un examen *prima facie* (C.E., 4 février 2013, n°222.372, Esco Benelux);
- faire droit aux griefs ainsi formulés par les parties requérantes reviendrait à contraindre Votre Conseil à procéder à l'examen des références présentées par INABENSA en lieu et place du CHU, excédant par là-même son pouvoir d'appréciation marginal.

40. Au demeurant, il ressort de ce qui précède, et plus particulièrement du point 34 de la présente note (d. Montant des travaux exécutés par INABENSA), que le CHU a suivi une ligne de conduite uniforme dans l'appréciation de la capacité technique des soumissionnaires et des références présentées par eux. En acceptant de manière équivalente les références avancées par les parties requérantes et INABENSA, le CHU a respecté le principe d'égalité.

Toute autre appréciation aurait disqualifié en premier lieu les requérantes.

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

C. La requête en intervention

La partie intervenante, à l'appui d'un organigramme qu'elle reproduit dans sa requête en intervention, tient tout d'abord à observer qu'il convient d'opérer une distinction essentielle entre trois sociétés dont le nom intervient à de multiples reprises dans cette affaire :

" le groupe ABENGOA (HOLDING), la société-mère ABEINSA et la société-fille S.A. INSTALACIONES INABENSA (la partie requérante en intervention).

Le groupe ABENGOA (HOLDING) est une entreprise technologique qui applique des solutions innovatrices au développement durable dans les secteurs d'infrastructures, environnement et énergie. Actuellement, le siège principal d'ABENGOA (HOLDING) se situe à Séville. Grâce à ses filiales et sociétés de participation, comptoirs et bureaux, elle opère dans plus de 70 pays du monde, via ses trois groupes d'affaires : ingénierie et construction (ABEINSA), production industrielle et infrastructures de type concession.
ABEINSA (la société-mère de la S.A. INSTALACIONES INABENSA, partie requérante en intervention), est l'entreprise d'ABENGOA (HOLDING) qui chapeaute le groupe d'affaire qui se consacre à l'ingénierie, la construction et la maintenance d'infrastructures électriques, mécaniques et d'instrumentalisation pour les secteurs de l'énergie, de l'industrie, des transports et des services.
La S.A. INSTALACIONES INABENSA, partie requérante en intervention, est une société de droit espagnol qui développe ses activités sur le marché de l'ingénierie, de la construction, de la maintenance industrielle et des infrastructures dans les secteurs de l'énergie, l'industrie, le transport, les services et les communications. Elle dispose d'un positionnement de leader en Espagne et d'une forte implantation internationale".

La partie intervenante fait ensuite valoir ce qui suit au sujet de la première branche du premier moyen développée par les requérantes:

" IV.1.2 .2. La première branche du premier moyen n'est pas sérieuse

33. La partie requérante en intervention rappelle qu'il est de jurisprudence constante du Conseil d'État que l'examen des griefs soulevés par les parties requérantes dans le cadre d'une demande en suspension d'extrême urgence doit se limiter à un contrôle *prima facie*.

Dans un arrêt du 1er avril 2009 [C.E., arrêt n° 192.128 du 1er avril 2009] , le Conseil d'État a d'ailleurs rappelé que : «Le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande en suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure en référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'en suit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif».

Il est indéniable que les griefs soulevés par les parties requérantes dans la première branche de leur premier moyen requièrent un examen minutieux, et non «sommaire» des références produites dans le cadre de ce marché. Dans cette mesure, et ne fût-ce que parce qu'elle incite le Conseil d'État à se positionner comme expert, à s'immiscer outre mesure dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative et, par voie de conséquence, à largement dépasser le cadre d'un examen *prima facie*, la première branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

En outre, et ainsi que la partie requérante en intervention le démontre dans les développements qui suivent, les parties requérantes ne parviennent aucunement à convaincre que le CHU de LIEGE aurait commis une erreur d'appréciation des références produites par la S.A. INSTALACIONES INABENSA, et encore moins que celui-ci aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

IV.1.2 .3. Les griefs des parties requérantes ne sont pas sérieux

34. Les parties requérantes ne peuvent être suivies quand elles allèguent que les références retenues par le CHU de LIEGE ne rempliraient pas les exigences du marché. Après avoir exposé des considérations communes aux trois références (point A), la partie requérante en intervention s'attachera à opérer des remarques spécifiques concernant les références particulières retenues par le CHU de LIEGE (point B).

Pour rappel, l'article III.2.3 de l'avis de marché 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 chacune dans le secteur hospitalier et, pour l'autre référence, un montant minimum de 8.460.000 EUR HTVA chacune en milieux autres qu'industriels (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoires,…). Chaque référence produite de travaux exécutés et réceptionnés au cours des cinq dernières années

doit être appuyée 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. Les certificats de bonne exécution qui corroborent ces références ne pourront être pris en compte que si ils sont dûment signés par le Maitre de l'Ouvrage.»

A. Considération communes aux trois références : la période de référence, l'objet et la nature des travaux exécutés

34. Les parties requérantes ne peuvent être suivies quand elles allèguent que les périodes de référence se situent en dehors de la période de cinq années exigée par les documents du marché.

La période de cinq années dont il est question doit, selon la jurisprudence du Conseil d'État, être déterminée par rapport au jour de l'avis de marché [C.E. 29 octobre 2015, n° 232.772].

En l'espèce, la période de référence s'étale donc du 5 octobre 2010 au 5 octobre 2015.

Les travaux relatifs à la référence 1 ont été exécutés de août 2002 à octobre 2011 [La déclaration responsable (pièce 28) mentionne que les travaux ont été achevés en date du 23 avril 2014. Pour le bon ordre, la partie requérante en intervention souligne que les travaux principaux ont bel et bien été achevés en octobre 2011, ainsi que l'attestation de bonne exécution le mentionne. Après l'exécution des travaux principaux, la S.A. INSTALACIONES INABENSA et la S.A. FCC CONSTRUCCION ont encore été chargés d'exécuter des travaux de maintenant et ce, jusqu'en avril 2014], les travaux relatifs à la référence 2 ont été exécutés de juillet 2007 à décembre 2010 et les travaux relatifs à la référence 3 ont été exécutés de décembre 2007 à juillet 2012. Les dates d'achèvement des travaux et de réception de ceux-ci se situant indubitablement dans la période de cinq années, il est incontestable que ces références satisfont aux exigences du marché.

En effet, l'article III.2.3 de l'avis de marché dispose que les références seront retenues si les travaux ont été exécutés «au cours des cinq dernières années », et que ceux-ci devront être «terminés et réceptionnés» au cours des cinq dernières années.

Ainsi, l'avis de marché ne requiert aucunement que les travaux aient été commencés et terminés dans une période de cinq années, mais uniquement que les travaux aient été exécutés, c'est à dire «terminés et réceptionnés» dans la période de cinq années.

Cette interprétation de l'article III.2.3 s'impose, tout d'abord, par la nature et l'ampleur des travaux dont il est question. Il est, en effet, difficilement concevable que des travaux importants, impliquant la construction de multiples infrastructures et la mise en place d'un nombre d'installations techniques considérable, en particulier dans le milieu hospitalier, puisse être réalisés en seulement cinq années.

Cette lecture de l'avis de marché est également soutenue par l'article III.2.3 qui dispose que les travaux doivent être «terminés et réceptionnés» dans la période de cinq années.

La date à prendre en considération est donc bel et bien la date de l'achèvement des travaux, plutôt que la date de commencement de ceux-ci.

Enfin, il convient de souligner que ni les documents du marché, ni la réglementation en matière de marché public ne s'oppose à cette telle interprétation de l'article III.2.3.

Si l'on devait suivre la thèse soutenue par les parties requérantes, il serait extrêmement difficile, voire quasiment impossible de pouvoir se présenter comme candidat à l'attribution du marché. Cela est d'autant plus vrai pour des soumissionnaires comme la S.A. INSTALACIONES INABENSA qui est particulièrement active dans les installations techniques sur des chantiers importants, comme ceux relatifs aux hôpitaux.

La date à prendre en considération pour la recevabilité des références produite est donc la date d'achèvement des travaux. En l'espèce, force est de constater que tous les travaux dont font état les références retenues par le CHU de LIEGE ont été «exécutés», c'est-à-dire «terminés et réceptionnés» dans les cinq années précédant le jour de l'avis de marché.

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur d'appréciation, et encore moins une erreur manifeste d'appréciation, en considérant que les références de la S.A. INSTALACIONES INABENSA satisfaisaient, sur ce point, aux exigences de l'article III.2.3 de l'avis de marché.

35. En ce qui concerne la question de l'objet et de la nature des travaux réalisés, il est manifeste que les parties requérantes se fourvoient dans leur interprétation des références produites par la S.A. INSTALACIONES INABENSA.

Quant à l'objet des travaux, l'article III.2.3 de l'avis de marché exige que les travaux de deux références aient été exécutés «dans le secteur hospitalier».

Il n'est pas contestable, ni d'ailleurs contesté par les parties requérantes, que la première référence produite par la S.A. INSTALACIONES INABENSA (Hôpital campus de la Salud à Grenade) concerne des travaux réalisés dans ce secteur.

Pour la deuxième référence produite (Hôpital Vigil de Quinones à Séville), il est évident que les parties requérantes jouent intentionnellement sur les mots quand elles soutiennent que les travaux ont été réalisés «à l'intérieur d'un bâtiment faisant partie du complexe hospitalier» et qu'ils ne peuvent dès lors pas être considérés comme ayant été réalisés «dans le secteur hospitalier». Cette conclusion s'impose par la simple lecture des termes de l'article III.2.3., qui requiert des références relevant du secteur hospitalier au sens large et n'exige aucunement des références hospitalières au sens strict comme la réalisation de salle d'opération ou des unités de soins intensifs. Par «secteur hospitalier», il faut donc entendre tant les unités de soin au sens strict que les autres services et locaux (techniques, logistiques, administratifs) nécessaires au bon fonctionnement de l'hôpital.

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur d'appréciation, et encore moins une erreur manifeste d'appréciation, en considérant que 2 des 3 références produites par la S.A. INSTALACIONES INABENSA concerne des travaux réalisés «dans le secteur hospitalier» et que ces références remplissent ainsi les exigences du marché.

Quant à la question de la nature des travaux, il est évident que les parties requérantes ne peuvent être suivies quand elles soutiennent que les travaux mentionnés dans les références de la S.A. INSTALACIONES INABENSA «ne concernent pas des travaux similaires à l'objet du marché, soit des travaux HVAC». La contradiction même de leur raisonnement se retrouve dans l'énoncé de leur grief. Les parties requérantes confondent en effet intentionnellement la notion de travaux «identiques» et la notion de travaux «similaires» au présent marché. L'article III.2.3 indique que le soumissionnaire devra présenter 3 références de travaux similaires au présent marché, et non identiques. La décision d'attribution relève à cet égard que par «travaux similaires», il faut comprendre tous travaux correspondants - et non identiques – à l'objet du marché en cause, compte tenu de tous les types de prestations à exécuter et donc des prestations relevant non seulement de la sous-catégorie d'agréation D18 «Ventilation, chauffage à air

chaud, conditionnement d'air», mais également des autres sous-catégories dont relèvent plusieurs postes du métré correspondant à d'autres sous-catégories, telle la sous-catégorie D17. Cette façon de considérer les travaux pouvant attester de la capacité technique des soumissionnaires à exécuter le marché en question s'explique tant par des considérations économiques et techniques que par le souci de ne pas être limité à une concurrence qui serait extrêmement réduite voire nulle si seuls les références de travaux «identiques» au présent marché étaient acceptées.

En l'espèce, et comme il sera démontré ci-après (voir point B. «Remarques spécifiques»), les travaux effectués par la S.A. INSTALACIONES INABENSA pour les références 1 […] et 3 […], relèvent indubitablement de la catégorie «HVAC» et non de «travaux d'entreprises générales de bâtiment». En ce qui concerne la référence 2 […], d'importants travaux de climatisation ont été exécutés.
Les parties requérantes suggèrent que la qualification de la catégorie de ces travaux peut faire l'objet de discussions (catégorie D18 ou catégorie D17 ?). La partie requérante en intervention souligne, d'une part, qu'une partie importante de ces travaux relève de la catégorie D18 (production équipement de climatisation, production accessoires, tubes et vannes de climatisation) et, d'autre part, que cette discussion n'a, en tout état de cause, pas lieu d'être dans la mesure où les travaux de catégorie D17 sont considérés comme des travaux «similaires» à l'objet du marché.

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que les trois références produites par la S.A. INSTALACIONES INABENSA correspondent aux exigences du marché.

B. Remarques spécifiques : part des travaux, montants et attestations de bonne exécution

36. La partie requérante en intervention s'attache à démontrer que les allégations des parties requérantes relatives à la part de travaux («HVAC» ou «similaires») exécutés par la S.A. INSTALACIONES INABENSA, aux montants de ceux-ci et à la validité des attestations de bonne exécution ne sont pas sérieuses.

37.La première référence retenue par le CHU de LIEGE concerne les travaux de construction et d'installations techniques à l'Hôpital Campus de la Salud à Grenade.

Ainsi que l'attestation de bonne exécution datée du 1er septembre 2013 et signée par le maitre de l'ouvrage le mentionne […], les travaux ont été réalisés par un groupement d'intérêt économique composé de deux entreprises: FCC CONSTRUCCIÒN et la S.A. INSTALACIONES INABENSA.

Les parties requérantes allèguent qu'il est impossible de déterminer la part de travaux réalisée par la S.A. INSTALACIONES INABENSA et que l'attestation de bonne exécution ne contient pas cette information.

A titre liminaire, il convient de souligner que les documents du marché et en particulier l'article III.2.3 de l'avis de marché ne mentionne aucunement que les attestations de bonne exécution doivent mentionner la répartition des travaux entre les entreprises participant à un groupement d'intérêt économique. Les documents du marché imposent uniquement que le montant des travaux soit indiqué sur l'attestation de bonne exécution, ce qui est manifestement le cas en l'espèce. Le montant total des travaux s'élève à 150.571.466,46 EUR.

Pour le bon ordre, les documents joints à la présente requête en intervention apportent néanmoins les précisions demandées quant au montant précis des travaux HVAC et quant à la répartition des travaux entre les entreprises du groupement d'intérêt économique.

Ainsi qu'il ressort du document «budget des installations» pour ce marché (pièce 25), le total des travaux HVAC s'élève à 14.486.289,50 EUR et dépasse ainsi largement le montant de 5.640.000 EUR requis par l'article III.2.3 de l'avis de marché.

La partie requérante en intervention joint également à la présente requête un document signé par les représentants de FCC CONSTRUCCIÒN […] attestant le fait que la S.A. INSTALACIONES INABENSA a été conjointement et solidairement responsable pour tous les travaux et responsable technique pour toutes les installations. Ainsi, c'est donc bel et bien la S.A. INSTALACIONES INABENSA qui a réalisé l'ensemble des travaux techniques, en ce compris les travaux HVAC. En conséquence, la S.A. INSTALACIONES INABENSA peut tout à fait se prévaloir de ce montant de travaux HVAC.

La condition relative au montant des travaux est donc remplie.

Dans la mesure où l'attestation de bonne exécution du marché contient toutes les informations requises par l'article III.2.3. de l'avis de marché, les allégations des parties requérantes concernant la validité de cette attestation ne sont, elles non plus, pas fondées.

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que la première référence produite par la S.A. INSTALACIONES INABENSA pouvait valablement être prise en compte dans l'appréciation de la capacité technique de cette dernière à exécuter le marché objet de la présente procédure.

38.La seconde référence retenue par le CHU de LIEGE concerne les travaux de mise en conformité des installations de l'ancien Hôpital Militaire Vigil de Quinones à Séville.

Ainsi que le certificat de bonne exécution le mentionne […], les travaux ont été exécutés par l'Union Temporelle d'Entreprises formées par l'entreprise TECYSU et par la S.A. INSTALACIONES INABENSA.

Les parties requérantes allèguent, pour cette référence également, qu'il est impossible de déterminer la part de travaux réalisée par la S.A. INSTALACIONES INABENSA et que l'attestation de bonne exécution ne contient pas cette information.

A nouveau, la partie requérante en intervention souligne que les documents du marché et en particulier l'article III.2.3 de l'avis de marché ne mentionne aucunement que les attestation de bonne exécution doivent mentionner la répartition des travaux entre les entreprises participant à un groupement d'intérêt économique. Les documents du marché imposent uniquement que le montant des travaux soit indiqué sur l'attestation de bonne exécution, ce qui est manifestement le cas en l'espèce. Le montant total des travaux s'élève à 8.328.337,64 EUR.

De plus, la partie requérante en intervention fait remarquer qu'il n'est, pour cette référence particulière, aucunement nécessaire de démontrer quelle est la part précise de travaux effectuée par la S.A. INSTALACIONES INABENSA. En effet, à la différence des deux autres références retenues par le CHU de LIEGE et qui concernent des travaux de construction et d'installation technique, les travaux exécutés à l'Hôpital Vigil de Quinones relèvent, pour leur ensemble, de travaux HVAC et d'installation électrique. La question de la répartition des travaux entre «construction» et «HVAC» ne se pose donc pas.

En ce qui concerne la question de la répartition de travaux effectués entre les entreprises participant au groupement d'intérêt économique, la partie requérante en intervention rappelle que ni l'article III.2.3 de l'avis de marché, ni l'article 5.15 des

clauses administratives du cahier spécial des charges n'interdisent que les soumissionnaires se prévalent de références exécutées en groupement d'entreprise. L'article 5.15 du cahier spécial des charges limite d'ailleurs la demande de référence à des «marchés exécutés en entreprise générale dans les hôpitaux», sans précision complémentaire. Le soumissionnaire peut donc exécuter les travaux seul, ou en société momentanée, comme il pourrait également faire appel à des sous-traitants. En convenir autrement serait, en tout état de cause, manifestement contraire aux exigences du marché, à l'objectif du système des références et à la réalité économique de la réalisation de tels travaux. L'objectif essentiel d'ouverture à la concurrence serait, elle aussi, inévitablement mise à mal si un soumissionnaire ne pouvait se prévaloir de références de travaux exécutées en société momentanée. Les parties requérantes se sont d'ailleurs elles-mêmes constituées en société momentanée pour prétendre à l'attribution du marché objet de la présente procédure.

Le montant total des travaux exécutés à l'Hôpital Vigil de Quinones peut donc, pour les besoins du marché objet de la présente procédure, entièrement être attribué à la S.A. INSTALACIONES INABENSA. La condition relative au montant des travaux est donc remplie.

Dans la mesure où l'attestation de bonne exécution du marché contient toutes les informations requises par l'article III.2.3. de l'avis de marché, les allégations des parties requérantes concernant la validité de cette attestation ne sont, elles non plus, pas fondées.

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur d'appréciation, et encore moins une erreur manifeste d'appréciation, en considérant que la première référence produite par la S.A. INSTALACIONES INABENSA pouvait valablement être prise en compte dans l'appréciation de la capacité technique de cette dernière à exécuter le marché objet de la présente procédure.

39.La troisième référence retenue par le CHU de LIEGE concerne à nouveau des travaux de construction et d'installations techniques relatifs à l'agrandissement du Palais des expositions et des Congrès de Séville et du parc de stationnement souterrain.

Les parties requérantes allèguent que cette référence n'aurait pu être retenue par le CHU de LIEGE dans la mesure où la bonne exécution des travaux est attestée par une «procès-verbal de réception» […] et non par un «certificat de bonne exécution».

La partie requérante en intervention tient, à cet égard, à souligner que le document joint à l'offre remise par la S.A. INSTALACIONES INABENSA, dans la mesure où il contient toutes les informations requises par l'article III.2.3 de l'avis de marché, peut valablement être considéré comme une attestation de bonne exécution.

En effet, par ce document daté du 6 septembre 2012, le directeur général d'EMVISEA (entreprise municipale du logement de Séville et pouvoir adjudicateur du marché) et l'Auteur du projet et Directeur des travaux, déclarent en effet que «les travaux ont été inspectés, et que de manière générale, leur exécution a été jugée conforme aux projets et à la documentation contractuelle par les directions techniques impliquées, selon leur compétences professionnelles respectives». Le document indique, en outre, que «le 2 juillet 2012, l'attestation de bonne exécution des travaux, à caractère obligatoire, et approuvée par les ordres professionnels correspondants, a été délivrée».
Enfin, le document mentionne que «conformément aux dispositions de la documentation susmentionnée, le bâtiment sera réceptionné par EMVISEA à partir de la date de l'en-tête».

Le document indique également le montant total des travaux s'est élevé à 90.867.850,83 EUR.

Ainsi, ce document, signé par le pouvoir adjudicateur et par le maitre de l'ouvrage, confirme explicitement la bonne exécution des travaux et le montant de ceux-ci. Il peut donc, à ce titre, être considéré comme une attestation de bonne exécution valable.

Ce raisonnement est, par ailleurs, confirmé par la jurisprudence de Votre Conseil. Dans un arrêt du 5 avril 2012 [C.E., n° 218.828 du 5 avril 2012], le Conseil d'État a rappelé que :

> «14. In de eerste plaats bekritiseert zij (de verzoekende partij) het feit dat bij de referenties niet overal getuigschriften van goede uitvoering zijn bijgevoegd of verklaringen op erewoord.
>
> In dat verband kunnen echter de verwerende en tussenkomende partijen worden bijgevallen in zoverre deze ter terechtzitting betogen dat verwerende partij te dezen bij de opgegeven referenties, al dan niet met attesten van goede uitvoering, gelet op de ondertekening van de offerte, op eerste gezicht mocht aannemen dat ze alle goede uitgevoerde werken betroffen».
>
> (Traduction libre : «La partie requérante critique, en premier lieu, le fait que les références ne contiennent pas toutes des certificats de bonne exécution ou des déclarations sur l'honneur.
>
> A cet égard, la partie défenderesse et intervenante peuvent être suivie dans la mesure où elles soutiennent à l'audience que la partie défenderesse a valablement pu, en possession ou non d'attestations de bonne exécution, eu égard à la signature de l'offre, considérer qu'à première vue, les références concernaient des travaux effectivement exécutés».

L'enseignement de cet arrêt s'applique *mutatis mutandis* en l'espèce, dans la mesure où l'autorité adjudicatrice a, ici aussi, valablement pu considérer que les travaux avaient bien été exécutés, sur base des documents en sa possession.

Pour le bon ordre, la partie requérante en intervention souligne que, par la déclaration responsable […] rédigée par les autres entreprises composant le groupement économique (ACCIONA S.A. et HELIOPOL S.A.), ces dernières attestent explicitement que la S.A. INSTALACIONES INABENSA faisait partie du groupement économique et qu'elle a assumé la fonction de responsable technique de toutes les installations. Contrairement à ce que les parties requérantes soutiennent, le procès-verbal inclut donc également les travaux exécutées par la partie requérante en intervention.

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que le procès-verbal de réception attestait valablement de la bonne exécution des travaux.

Les parties requérantes allèguent, en outre, qu'il est impossible de déterminer la part de travaux réalisée par la S.A. INSTALACIONES INABENSA et que l'attestation de bonne exécution (le procès-verbal de réception) ne contient pas cette information.

Ainsi que la partie requérante en intervention l'a déjà souligné, les documents du marché et en particulier l'article III.2.3 de l'avis de marché ne mentionne aucunement que les attestations de bonne exécution doivent mentionner la répartition des travaux entre les entreprises participant à un groupement d'intérêt économique. Les documents du marché imposent uniquement que le montant des

travaux soit indiqué sur l'attestation de bonne exécution, ce qui est manifestement le cas en l'espèce. Le montant total des travaux s'élève à 90.867.850,83 EUR.

Pour le bon ordre, les documents joints à la présente requête en intervention apportent néanmoins les précisions demandées quant au montant précis des travaux HVAC et quant à la répartition des travaux entre les entreprises du groupement d'intérêt économique.

Ainsi qu'il ressort du document «budget des installations» pour ce marché […], le total des travaux HVAC s'élève à 8.500.00, 69 EUR.

La partie requérante en intervention souligne que le document signé par les représentants des autres entreprises composant le groupement d'intérêt économique […] atteste le fait que la S.A. INSTALACIONES INABENSA a été conjointement et solidairement responsable pour tous les travaux et responsable technique pour toutes les installations. Ainsi, c'est donc bel et bien la S.A. INSTALACIONES INABENSA qui a réalisé l'ensemble des travaux techniques, en ce compris les travaux HVAC. En conséquence, la S.A. INSTALACIONES INABENSA peut tout à fait se prévaloir de ce montant de travaux HVAC.

La condition relative au montant des travaux est donc remplie.

Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que la première référence produite par la S.A. INSTALACIONES INABENSA pouvait valablement être prise en compte dans l'appréciation de la capacité technique de cette dernière à exécuter le marché objet de la présente procédure.

40. Ainsi qu'il ressort des développements opérés ci-dessus, les parties requérantes ne peuvent manifestement pas être suivies quand elles allèguent que le CHU de LIEGE a violé les articles 58 et 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ainsi que le principe d'égalité, qu'il a commis une erreur manifeste d'appréciation, que sa décision d'attribution est entachée d'un défaut de motivation formelle et matérielle et qu'il n'a pas respecté son devoir de minutie.

Un examen *prima facie* de l'appréciation opérée par le CHU de LIEGE des références produites par la S.A. INSTALACIONES INABENSA ne peut conduire à une autre conclusion.

Les griefs développés par les parties requérantes dans la première branche de leur premier moyen sont donc non-sérieux".

D. Débats à l'audience

Les requérantes maintiennent qu'il n'est apporté, ni dans la motivation formelle de la décision attaquée ni dans la note d'observations, aucune réponse quant à la part réelle des travaux qui auraient effectivement été accomplis par la partie intervenante. Elles observent également qu'aucune réponse n'est apportée par la partie adverse sur la question de savoir si les attestations produites par la partie intervenante peuvent ou non être considérées comme des "certificats de bonne exécution" au sens de la réglementation applicable et qu'il n'est par ailleurs pas possible, sur la base des attestations déposées par cette partie, de déterminer à nouveau la part des travaux réellement accomplis par cette dernière. Elles relèvent à cet égard que c'est la partie intervenante qui opère cette détermination, ce qui est inacceptable. Pour les

requérantes, la première attestation produite ne porte que sur des travaux d'entreprise générale, tandis que la deuxième attestation ne concerne pas des travaux HVAC, mais bien des travaux relatifs à des travaux d'installation solaire, ce qui relève de la catégorie D 17. Il ne s'agit donc pas de marchés similaires au marché litigieux.

Pour la partie adverse, au contraire, les questions posées par les requérantes ne sont pas les bonnes et procèdent, ainsi qu'il résulte de la note d'observations, d'une mauvaise lecture de la jurisprudence du Conseil d'État, des articles 5.15 et 5.16 des clauses administratives du cahier spécial des charges et de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle considère que le second arrêt de suspension pose uniquement un problème de motivation formelle et qu'elle a précisément tenu compte, dans la troisième décision qu'elle a prise, des griefs formulés par le Conseil d'État sur ce point. En effet :

1°) les trois références relatives à la partie intervenante sont clairement identifiées dans la décision attaquée;

2°) les articles 5.15 et 5.16 des clauses administratives du cahier spécial des charges visent bien des travaux réalisés dans les hôpitaux au sens large et, dans cette mesure, la référence 2 est bien acceptable;

3°) en ce qui concerne la période de référence de cinq ans, la partie adverse se réfère à divers arrêts du Conseil d'État desquels il ressort, d'une part, que la période de cinq ans est fixée par rapport à l'avis de marché, et que, d'autre part, c'est la période d'achèvement des travaux qui compte;

4°) les travaux considérés interviennent par nature en fin de chantier et le cahier spécial des charges ne fait par ailleurs pas une telle distinction;

5°) le cahier spécial des charges ne requiert pas que la part réelle des travaux réalisés par la partie intervenante soit clairement déterminée dans les travaux de référence. Les articles 5.15 et 5.16 des clauses administratives du cahier spécial des charges se réfèrent en effet à des travaux réalisés "en entreprise générale"; il n'est donc pas exigé d'examiner la part effectivement réalisée par la partie intervenante, étant entendu que la mention de "travaux assumés" suffit. La partie adverse déclare à ce sujet avoir adopté pour tous une attitude souple car il eût fallu sinon écarter tout le monde; cela a de plus été fait pour tout le monde dans un souci d'égalité: des attestations ne sont pas non plus signées chez d'autres soumissionnaires; des attestations d'autres soumissionnaires visent aussi des travaux effectués en sous-traitance;

6°) l'article 5.16 des clauses administratives du cahier spécial des charges, relatif aux attestations, ne prévoit pas non plus que les règles qu'il fixe le sont "à peine de nullité", ce qui autorise une certaine souplesse d'appréciation dont a fait usage la partie adverse tout en adoptant une position qui n'est pas, en soi, contraire au cahier spécial des charges;

7°) au regard des classifications D 17 et D 18, l'attention est attirée sur ce que la notion de "travaux similaires" n'équivaut pas à celle de "travaux identiques".

La partie adverse insiste enfin sur ce qu'en l'espèce, au regard de la notion théorique de l' "erreur manifeste d'appréciation", le caractère "manifeste" fait incontestablement défaut: la partie intervenante fait, comme les autres, du HVAC et c'est notoirement connu; s'il était manifeste, pourquoi ne pas avoir soulevé ce grief dès le départ ? Est-on encore vraiment, dans le cas d'espèce, dans les conditions d'un contentieux d'extrême urgence alors que l'on en est à la troisième demande de suspension d'extrême urgence? La partie adverse ne le pense pas.

La partie intervenante observe que tous les travaux de référence dont elle se prévaut ont bien été exécutés et achevés dans la période de référence de cinq ans et que ce n'est pas la date de commencement des travaux qui est à prendre en considération à cet égard. S'agissant de la deuxième référence prise en considération, elle considère que la notion de travaux dans un bâtiment d'un hôpital ou dans un hôpital est à prendre au sens large, avec cette conséquence que la deuxième référence est bien conforme aux exigences du cahier spécial des charges. La même conclusion doit être tirée, s'agissant de cette même référence, pour ce qui concerne l'exigence de réalisation de "travaux similaires". S'agissant plus précisément de la prise en compte séparée de chacune des références retenues dans la décision attaquée, la partie intervenante tient encore à formuler les remarques spécifiques suivantes :

- s'agissant de la première référence : des références semblables ont été admises par le Conseil d'État dans des cas d'espèce similaires (voir, notamment, l'arrêt n° 218.828) ; il est vrai que la traduction de l'attestation n'est pas signée, mais cela ne peut pas avoir d'influence sur la valeur de l'attestation elle-même; il n'est pas prévu dans les documents du marché qu'il doit pouvoir être possible d'identifier la part de travaux expressément réalisée par la partie intervenante; il y a par ailleurs également lieu de tenir compte de l'attestation qui émane du partenaire de la partie intervenante;
- s'agissant de la deuxième référence: la part des travaux réalisés par la partie intervenante porte uniquement sur des installations techniques et des travaux HVAC au sens des catégories D 17 et D 18, ce qui n'est pas interdit par les documents du marché;
- s'agissant de la troisième référence : le procès-verbal de réception contient toutes les informations requises par les documents du marché et est signé par le maître d'œuvre du marché. La prise en considération de cette attestation ne pose donc aucun problème.

VI. 2. Appréciation

L'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose, notamment, comme suit :

" § 1er. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
1° […] ;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. […]
Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir".

De même, l'article 69, 7°, du même arrêté royal précise que, dans le cas d'un marché de travaux, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée, notamment de la manière suivante:

" 7° par la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations sont émises et signées par l'autorité compétente. Lorsque le maître de l'ouvrage est une personne privée, elles le sont par celui-ci. A défaut, une simple déclaration de l'entrepreneur est admise. Elles indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Le cas échéant, ces attestations sont transmises directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente".

Au regard de ces dispositions, l'objet du marché défini par l'article II.1. 5) de l'avis de marché et par l'article 5.2 des clauses administratives du cahier spécial des charges fait état de travaux "HVAC". Ces travaux entrent dans la sous-catégorie D18 de l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agréation des entrepreneurs. L'article 2 définit cette sous-catégorie comme suit :"D.18. Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air. La ventilation et la climatisation, ainsi que les installations qui s'y rapportent, notamment la réfrigération, le réchauffement, le dépoussiérage, l'humidification, la dessiccation de l'air et les installations de transport et de distribution par pulsion et par extraction de l'air".

En application de l'article III.2.3 de l'avis de marché, que paraphrase l'article 5.16 des clauses administratives du cahier spécial des charges, chaque soumissionnaire devait produire, à l'appui de son offre, au minimum "trois références de travaux similaires au présent marché, exécutés au cours des cinq dernières années",

les travaux visés étant ainsi des travaux "HVAC" au sens indiqué ci-avant. Il est, par ailleurs, encore précisé ce qui suit dans cette disposition:

" Ces travaux devront être terminés et réceptionnés et avoir atteint, pour deux références, un montant minimum de 5.640.000 [euros, hors taxe sur la valeur ajoutée], chacune dans le secteur hospitalier, et, pour l'autre référence, un montant minimum de 8.460.000 [euros, hors taxe sur la valeur ajoutée], chacune en milieux autres qu'industriel (logements groupés, hôtels, bureaux, maisons de repos, laboratoires, …).
Chaque référence produite de travaux exécutés et réceptionnés au cours des cinq dernières années doit être appuyée 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.
Les certificats de bonne exécution qui corroborent ces références ne pourront être pris en compte que s'[ils] sont dûment signés par le maître de l'ouvrage".

Comme l'observe par ailleurs les requérantes, l'acte attaqué fait expressément état, parmi les différentes références déposées par la partie intervenante, de trois références, et ce selon la motivation suivante :

" Que la SA INABENSA a joint à son offre sous le point 5.3.1 les références dont elle entendait se prévaloir.

Que parmi ces références, il y a lieu de retenir au moins les trois références suivantes :

1. Secteur hospitalier : construction nouvel hôpital Campus de la Salud, localisation Grenade en Espagne, montant total du contrat : 150.571.466,46€ dont 14.486.290 EUR HTVA de travaux HVAC, date d'exécution : 08/2002-novembre/2011 avec certificat de bonne exécution
2. Secteur hospitalier : Réaménagement et mises à jour des installations de Hôpital Militaire Vigil de Quinones, à Séville en Espagne pour le montant total de contrat de 8.328.338 EUR HTVA dont la totalité de travaux HVAC pour la période du 07/2007 à 12/2010 avec certificat de bonne exécution
3. Extension du Palais des Congrès et des expositions de Séville en Espagne pour le montant total de contrat de 90.867.850,53 € dont 8.500.001 EUR HTVA de travaux HVAC de décembre 2007 à juillet 2012 avec certificat de bonne exécution

Que ces 3 références peuvent s'analyser comme suit :

Référence 1 Installations :
Installation CVC (Chauffage, ventilation, conditionnement d'air)
Services concernés:
Zone d'hospitalisation disposant des ressources nécessaires à 700 lits et 28 salles d'opération
Traitement nucléaire, chirurgie, cardiologie, gastroentérologie, pneumologie, oncologie, biotechnologie, anatomo-pathologie, radiologie.

Référence 2 Installations :
Les systèmes à continuation, parmi d'autres ont été mis a niveau :
• 2 refroidisseurs condenses par des tours de refroidissement a sec (2200 KW/unité).
• 3 chaudières d'eau (2200 KW/unité) utilisées pour le système de chauffage d'eau.

• 2 chaudières d'eau (2900 KW/unité) utilisées pour la blanchisserie et 3 autres comme système de réserve.
• Installation de tuyauterie.
• 4 pompes à chaleur (1250 KW/unité) se dissipant sur les nappes phréatiques.
• 2 réfrigérateurs à absorption, flamme directe (2000 KW/unité).
• 156 panneaux solaires 2,2m1/unité pour la production d'eau chaude.
Services concernés:

Modernisation et mise en conformité des installations centrales de génération et transformation d'énergie de l'hôpital.

Référence 3 Installations :
• Air conditionné: 2x1800 KW + 1x216 KW refroidisseurs, 2x2081 KW +lx267 KW;
tours de refroidissement, 3x1120 KW, chaudières VRV.
Contrôle de la climatisation.
• Aérateur au plafond et en façade, a lames fixes et mobiles. Rideaux coupe-feu et pare-fumée.
Services concernés:
Bâtiment de 4 étages avec des galeries techniques, services administratifs, restaurant, entrepôts, salles polyvalentes, auditorium.

Considérant qu'il en résulte des données ci-avant que la société INABENSA justifie

- de deux références d'un montant minimum de 5.640.000 EUR HTVA chacune dans le secteur hospitalier, à savoir les références 1 et 2 précitées et d'une référence d'un montant minimum de 8.460.000 EUR HTVA en milieu autre qu'industriel (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoire...), comme prescrit par l'art. III.2.3. de l'avis de marché, à savoir la référence 3 précitée;

- le tout avec certificat de bonne exécution indiquant le montant, l'époque, le lieu d'exécution et confirmant que les travaux ont été effectués selon les règles de l'art et menées régulièrement à bonne fin.

Considérant, surabondamment, que, si par impossible, l'adéquation de ces références devait être davantage explicitée, il importe de relever que

- l'avis de marché et le cahier des charges exigeaient «un minimum de 3 références de travaux similaires au présent marché exécuté au cours des 5 dernières années».

  Par travaux similaires, il faut comprendre tous travaux correspondant - et non identiques- à l'objet du marché en cause, compte tenu de tous les types de prestations à exécuter et donc des prestations relevant non seulement de la sous-catégorie d'agréation D 18 «Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air», mais également des autres sous-catégories dont relèvent plusieurs postes du métré correspondant à d'autres sous-catégories, telles la sous-catégorie D 17.

- Les références précitées répondent, en outre, aux exigences d'une exécution «au cours des cinq dernières années», à entendre comme les cinq dernières années par rapport au jour de l'avis du marché (C.E. n° 232.772 du 29 octobre 2015).

Il est jugé qu'il n'y a pas lieu de compter les 5 années par référence à la date de la décision d'attribution - ce qui - au demeurant - serait de donner un effet exorbitant à tout recours en suspension.

Considérant que dans ces conditions, sur la base des considérations qui précèdent et par référence au tableau d'analyse des références joint à la présente décision qui en fait partie intégrante, il est constaté que la société INABENSA répond aux exigences des documents du marché en ce qui concerne les références."

Il convient tout d'abord d'observer que cette motivation a été spécifiquement adoptée pour répondre à l'arrêt du Conseil d'État n° 236.445 du 17 novembre 2016, par lequel avait été ordonnée la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché précédemment prise par la partie adverse. S'agissant, en effet, de la motivation reprise dans cette décision quant au respect des exigences fixées par les documents du marché en matière de capacité technique des soumissionnaires, le Conseil d'État avait observé ce qui suit :

" […] 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".

Compte tenu de ce qui précède, il peut, cette fois, être admis que la motivation de la décision présentement attaquée, d'une part, identifie clairement les

trois références retenues par le pouvoir adjudicateur et, d'autre part, comporte bien les raisons pour lesquelles ces trois références ont été jugées admissibles.

Reste toutefois à examiner si ces raisons, à la lumière des autres réserves formulées dans l'arrêt n° 236.445 précité, rencontrent bien les critiques expressément formulées par les parties requérantes à cet égard.

Les requérantes contestent qu'il en aille bien ainsi, et ce en invoquant à l'appui de la première branche de leur premier moyen, différents griefs qui appellent les observations qui suivent.

- S'agissant du premier grief, fondé sur ce que les références produites ne permettent pas, pour les raisons exposées ci-avant, de déterminer la part et la nature des travaux qui auraient effectivement été réalisés par la partie intervenante, compte tenu du fait que les travaux référencés concernent soit des travaux d'entreprise générale, soit des travaux de mise en conformité d'un hôpital réalisés en société momentanée, ce qui ne permettrait donc pas d'établir la réalité de l'exécution, par la partie intervenante elle-même, de "travaux similaires" au présent marché, soit des travaux "HVAC", le Conseil d'État estime ce qui suit.

En application de l'article 69, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, les certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin.

Il apparaît à première vue que ces exigences minimales sont bien respectées dans le cas d'espèce.

Il convient tout d'abord d'observer que les documents du marché n'exigent aucunement que les certificats de bonne exécution à produire doivent mentionner la répartition des travaux entre les différentes entreprises ayant participé à un groupement d'intérêt économique ou à une société momentanée, ni que le montant des travaux HVAC soit indiqué de manière séparée dans ces certificats.

Par ailleurs, dès lors que l'on ne se trouve pas, et que les parties adverse et intervenante ne l'invoquent en tout état de cause pas, dans la situation prévue par l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dans laquelle un candidat ou un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé et à certaines conditions, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités, il y a lieu de considérer que la partie intervenante ne peut se prévaloir de références portant sur des travaux HVAC ou sur des travaux similaires

que dans la mesure où il peut être considéré qu'elle a, elle-même, au moins en partie, exécuté les travaux sur lesquels portent ces références.

Concernant la première référence produite par la partie intervenante (Hôpital Campus de la Salud à Grenade (Espagne) – référence "secteur hospitalier"), les pièces déposées par les parties adverse et intervenante font état de ce que la partie intervenante déclare avoir mené des travaux HVAC pour un montant de 14.486.289,50 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée, et ce sur un montant global pour le marché de 150.571.466,46 euros, et énumèrent par ailleurs les travaux réalisés par la partie intervenante, considérations qui sont, effectivement reprises dans la motivation de la décision attaquée. Il peut, en conséquence, être *prima facie* considéré comme établi, du moins au stade de l'examen de la suspension d'extrême urgence, qu'il ressort des documents relatifs à cette première référence que la partie intervenante "prouve" bien qu'elle a réalisé les travaux HVAC ou similaires auxquels se réfère cette première référence, et ce même si le certificat de bonne exécution a été délivré au Groupement d'intérêt économique (GIE) FCC Construccion SA – Instalaciones Inabensa SA (80 % / 20 %).

Concernant la deuxième référence produite par la partie intervenante (installations de l'hôpital militaire Vigil de Quinones à Séville (Espagne) – référence "secteur hospitalier"), les pièces déposées par les parties adverse et intervenante font état de ce que la partie intervenante déclare que les travaux HVAC ont porté sur un montant de 8.328.337,64 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée, et ce sur un montant global pour le marché qui atteint le même montant, et énumèrent par ailleurs les travaux réalisés par la partie intervenante, considérations qui sont, effectivement reprises dans la motivation de la décision attaquée. Il peut, en conséquence, être *prima facie* considéré comme établi, du moins au stade de l'examen de la suspension d'extrême urgence, qu'il ressort des documents relatifs à cette deuxième référence que la partie intervenante "prouve" bien qu'elle a, au moins en partie, réalisé les travaux HVAC ou similaires auxquels se réfère cette deuxième référence, et ce même si le certificat de bonne exécution a été délivré à l'Union Temporelle d'Entreprises formée par Tecysu, S.L. et Instalaciones Inabenza S.A. Il en va d'autant plus ainsi, s'agissant de cette référence, que les travaux réalisés concernent, pour leur ensemble, comme le relève la partie adverse, des travaux HVAC et d'installation électrique.

Concernant la troisième référence produite par la partie intervenante (extension du Palais des Congrès et des Expositions de Séville en Espagne – référence "milieux autres qu'industriel"), les pièces déposées par les parties adverse et intervenante font état de ce que la partie intervenante déclare avoir réalisé les travaux HVAC qui ont porté sur un montant de 8.500.001 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée, et ce sur un montant global pour le marché qui atteint 90.867.850,53 euros, et

énumèrent par ailleurs les travaux réalisés par la partie intervenante, considérations qui sont, effectivement reprises dans la motivation de la décision attaquée. Il peut, en conséquence, être *prima facie* considéré comme établi, du moins au stade de l'examen de la suspension d'extrême urgence, qu'il ressort des documents relatifs à cette troisième référence que la partie intervenante "prouve" bien qu'elle a réalisé les travaux HVAC ou similaires auxquels se réfère cette troisième référence, et ce même si le procès-verbal de réception des travaux a été établi au nom de l'entreprise FIBES SEVILLA UTE, et non de la partie intervenante proprement dite.

S'agissant par ailleurs des deux première références, dans la mesure où la part des travaux HVAC ou "similaires" déclarée apparaît *prima facie* comme pertinente et dans la mesure où ces travaux ont été réalisés sous l'une ou l'autre forme de société momentanée au regard du droit espagnol, l'on n'aperçoit pas *prima facie*, et les requérantes n'établissent pas non plus le contraire, la raison pour laquelle chacun des partenaires de cette société momentanée ne pourrait pas se prévaloir de la totalité de la référence portant sur lesdits travaux, dès lors qu'il peut être considéré que chacun y a participé. Dès lors que, à première vue, un maître d'ouvrage n'a pas à ventiler, dans une attestation ou un certificat de bonne exécution des travaux, la part réalisée par chacun dans l'exécution d'un marché réalisé en société momentanée, dès lors que l'ensemble des membres de cette société momentanée sont solidairement responsables de l'ensemble du marché et dès lors, qu'en cas de sous-traitance éventuelle, seul l'entrepreneur principal est l'interlocuteur du maître de l'ouvrage, il ne paraît pas aller de soi que le maître de l'ouvrage délivrerait d'initiative une attestation ou un certificat de bonne exécution commun(e) qui ventile la part de chacun dans l'exécution du marché ou délivrerait éventuellement une attestation ou un certificat de bonne exécution particulier(ère) à chacun d'entre eux. Partant, il apparaît *prima facie* difficile d'exiger *a posteriori* que les différents participants à un tel marché puissent établir, par les attestations ou les certificats de bonne exécution qui leur ont été remis(es), leur part personnelle dans l'exécution d'un marché exécuté en société momentanée ou en sous-traitance.

S'agissant cette fois de la troisième référence, la partie intervenante, en réponse au grief formulé à ce sujet par les requérantes, fait valoir, document à l'appui, que l'entreprise FIBES SEVILLA UTE constitue un groupement économique regroupant, outre la partie intervenante, les deux sociétés ACCIONA S.A. et HELIOPOL S.A. et que ces deux sociétés attestent, ce qu'avait déjà affirmé la partie intervenante lors du dépôt de son offre, que la partie intervenante fait bien également partie de ce groupement économique, qu'elle a assumé la fonction de responsable technique de toutes les installations visées par cette troisième référence et qu'elle a aussi réalisé les travaux HVAC ou similaires. Ceci peut, en conséquence, être considéré *prima facie* comme établi à suffisance de droit.

S'agissant des trois références considérées dans leur ensemble, les traductions en français des certificats de bonne exécution sont accompagnées par une déclaration assermentée du traducteur, confirmant que la traduction est conforme au document original. Il en va de même pour ce qui concerne le procès-verbal de réception relatif à la troisième référence. Même s'il ne s'agit par ailleurs pas d'un certificat de bonne exécution au sens formel du terme, il n'apparaît cependant pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant comme des documents probants, d'une part, le procès-verbal de réception des travaux, lequel constate que les travaux, après inspection, ont bien été réalisés de manière conforme et qu'une attestation de bonne exécution a été délivrée le 2 juillet 2012 et, d'autre part, la certification n° 54, relative à 5.628.329,54 euros. L'exigence formelle de la présentation d'un certificat de bonne exécution, prévue par l'article 5.16 des clauses administratives du cahier spécial des charges, n'a par ailleurs pas été prévue "à peine de nullité" et la forme même dudit certificat n'a pas été précisée dans les documents du marché. La partie intervenante peut donc être *prima facie* suivie lorsqu'elle affirme que le procès-verbal de réception qu'elle a produit peut être considéré comme un "certificat de bonne exécution" au sens de l'article 5.16 des clauses administratives du cahier spécial des charges.

Enfin, l'affirmation des requérantes selon laquelle la partie intervenante n'a pas pu réaliser en Espagne des travaux HVAC, du fait qu'elle ne serait active que dans le secteur d'activité lié aux travaux d'installations électriques, travaux qui font l'objet d'une sous-catégorie d'agréation distincte de la D 18, et qu'elle ne disposerait uniquement que du code NACEBEL 4321 concernant des travaux d'installations électriques, ne convainc *prima facie* pas, du fait que la partie intervenante a obtenu, par décision du Ministre du gouvernement wallon de l'Economie, de l'Industrie, de l'Innovation et du Numérique du 15 juillet 2016, l'équivalence d'agréation en classe 8, D 17 et D 18, à la suite d'un avis favorable de la Commission d'agréation *ad hoc*. Quant à la mise en cause par les requérantes de la légalité de cette dernière décision, par le biais de l'article 159 de la Constitution, il est renvoyé à l'appréciation formulée au regard de la deuxième branche du premier moyen.

Il s'ensuit que le premier grief formulé par les requérantes à l'encontre des trois références retenues par la partie adverse ne peut être considéré comme sérieux, du fait qu'il est permis de considérer, *prima facie*, que les trois certificats de bonne exécution auxquelles renvoie la décision attaquée, peuvent être considérés comme établissant la réalité de l'exécution par la partie intervenante de travaux "similaires" au marché litigieux, soit des travaux HVAC proprement dit ou des travaux similaires.

- S'agissant du deuxième grief fondé sur la circonstance que les travaux sur lesquels portent les références ne seraient pas des travaux "similaires" au sens des documents du marché, il y a lieu de relever que "similaires" ne veut pas dire "identiques" et que la décision attaquée fait à cet égard valoir que "par «travaux similaires», il faut entendre tous travaux correspondant – et non identiques – à l'objet du marché en cause, compte tenu de tous les types de prestations à exécuter et donc, des prestations relevant non seulement de la sous-catégorie d'agréation D 18 «Ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air», mais également des autres sous-catégories, dont relèvent plusieurs postes du métré correspondant à d'autres sous-catégories, telle la sous-catégorie D 17".

Sous peine d'enlever tout contenu propre à la notion de "travaux similaires", il peut *prima facie* être considéré que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en interprétant, dans le sens indiqué dans la décision attaquée, ladite notion, et ce d'autant plus que l'article 5.17 des clauses administratives du cahier spécial des charges dispose que les travaux qui font l'objet du marché litigieux sont rangés dans la catégorie D 16 + D 17 + D 18. L'expression "HVAC" est d'ailleurs un terme technique, et non juridique, qui paraît bien avoir un spectre plus large que la seule sous-catégorie d'agréation D 18. Il peut, en effet, être *prima facie* considéré que ce terme technique regroupe les spécialités et les spécialistes du chauffage, de la ventilation et de la climatisation, en ce compris le conditionnement d'air, et que, sous cette perspective, l'on peut retrouver des travaux HVAC et des travaux similaires dans les catégories D 16, D 17 et D 18. Si la part la plus importante des travaux à réaliser dans le cadre du marché litigieux relève de la catégorie D 18, il n'en demeure pas moins que des références relevant des catégories D 17 (et, le cas échéant, D 16) peuvent porter sur des travaux HVAC au sens large et peuvent donc être considérés comme des "travaux similaires" au marché litigieux, selon l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Si, donc, la réglementation de l'agréation n'impose de prendre en considération qu'une catégorie, à savoir celle qui correspond à la part la plus importante des travaux à réaliser (D 18), les références exigées peuvent, quant à elles, porter sur des "travaux similaires" qui relèvent des catégories D 18, D 17, ou, le cas échéant, D 16.

Les critiques des requérantes manquent donc de pertinence en ce qu'elles tendent à exclure tous les travaux qui ne relèvent pas strictement de la sous-catégorie D 18 et il est sans importance à cet égard qu'il soit fait état dans le rapport succinct d'analyse des offres de ce que les travaux à réaliser dans le cadre du marché litigieux concernent, pour 85 %, des travaux HVAC, relevant de la sous-catégorie D 18, et, pour 15 %, des travaux qui relèvent de la sous-catégorie D 17.

Il ne peut, en conséquence, pas être sérieusement contesté que les première et troisième références portent, notamment, sur des travaux HVAC ou "similaires".

S'agissant de la référence 2, laquelle ne pouvait selon les requérantes pas être retenue du fait qu'elle ne concernerait que des travaux portant sur des centrales d'énergie, l'on n'aperçoit *prima facie* pas en quoi les travaux qui sont décrits dans les documents déposés par les parties adverse et intervenante ne pourraient pas être qualifiés de "travaux similaires" au sens des documents du marché et de l'interprétation donnée par la partie adverse à cette notion dans la motivation de la décision attaquée.

Le deuxième grief doit, en conséquence, être *prima facie* considéré comme manquant de pertinence.

- Le troisième grief soulevé par les requérantes repose sur la double considération que les périodes de référence dans lesquelles se situent les références produites par la partie intervenante, d'une part, sont impossibles à identifier et, d'autre part, que les travaux HVAC se situent en dehors de la période de cinq ans, telle que fixée par les documents du marché. Ceci appelle les commentaires suivants.

En application des documents du marché, les références produites par les soumissionnaires devaient porter sur des travaux HVAC ou "similaires" exécutés au cours des cinq dernières années, ces travaux devant être "terminés et réceptionnés".

En ce qui concerne la détermination de la période de validité des références, toutes les parties s'accordent, et il en va d'ailleurs bien ainsi, sur le point de départ, à reculons, des cinq années, soit à partir de l'avis de marché. La période de référence à prendre en considération couvre donc la période allant du 5 octobre 2015 au 5 octobre 2010. Au regard des divers documents produits par les parties adverse et intervenante, il peut à cet égard être *prima facie* considéré que la partie adverse a raisonnablement pu considérer que la période d'exécution de la première référence va d'août 2002 à novembre 2011, que la période d'exécution de la deuxième référence va de juillet 2007 à décembre 2010 et que la période d'exécution de la troisième référence va de décembre 2007 à juillet 2012. Il peut donc en être conclu que les périodes d'exécution visées par les trois références se terminent bien toutes au cours de la période de référence "5 octobre 2010 – 5 octobre 2015".

Même si les documents du marché font par ailleurs référence à des travaux "terminés et exécutés" au cours de la période de référence, il semble bien que, ce qu'a voulu exprimer la partie adverse, c'est que les références ne soient pas trop

anciennes et qu'il peut, en conséquence, être *prima facie* considéré que le plus important est que les travaux visés aient été achevés au cours de la période de référence. Il ressort à nouveau des documents produits par les parties adverse et intervenante que la partie adverse a pu raisonnablement conclure que tel est bien le cas s'agissant des trois références auxquelles elle se réfère dans la décision attaquée.

L'affirmation des requérantes, selon laquelle une part importante des travaux HVAC auraient été réellement exécutés avant même le commencement de la période de référence, repose sur une simple supposition qui ne se fonde sur aucun élément probant, tandis que la partie adverse peut être raisonnablement suivie lorsqu'elle pose le principe que, par nature, les travaux relevant du HVAC et "similaires" sont exécutés en fin de l'ensemble d'un chantier.

Il s'ensuit que le troisième grief formulé par les requérantes ne peut non plus être considéré comme sérieux.

- Dans leur quatrième grief, les requérantes font valoir que la partie intervenante n'a pas produit, contrairement à ce qu'imposent les documents du marché, deux références en "milieu hospitalier". Elles considèrent, en effet, que la deuxième référence porte seulement sur des travaux réalisés dans un bâtiment autre que l'hôpital, bien que situé sur le même site. Elles estiment, à la lumière de la description du marché faite par la partie intervenante, de même qu'au regard du certificat de bonne exécution produit par celle-ci, que les travaux relatifs à cette référence servent juste à alimenter l'hôpital en énergie.

Il convient cependant d'observer que la partie adverse a exigé, dans son cahier spécial des charges, deux références à des travaux réalisés dans le "secteur hospitalier", sans autre forme de précision. L'on n'aperçoit donc pas *prima facie* pour quelle raison cette notion ne pourrait pas être interprétée de manière large par la partie adverse dans le cadre de son pouvoir d'appréciation. Il n'y a donc, à première vue, pas de raison de limiter, comme le font les requérantes, cette notion à des travaux spécifiques, à savoir des travaux concernant des unités de soins intensifs, les urgences, la réanimation, les salles d'opération, les laboratoires, les unités d'hébergement, …. Il est, au contraire, permis de suivre la thèse des parties adverse et intervenante lorsqu'elles considèrent que, "par «secteur hospitalier», il faut entendre tant les unités de soins au sens strict d'un hôpital que les autres services et locaux (techniques, logistiques, administratifs) qui sont nécessaires au bon fonctionnement d'un hôpital".

A cet égard, la partie intervenante a fait valoir, dans la deuxième référence produite, que les travaux dont elle se prévaut ont été réalisés "à l'intérieur

d'un bâtiment faisant partie du complexe hospitalier". Dans la mesure où il n'était pas requis que les travaux aient été effectués "à l'intérieur d'un hôpital", mais "en milieu hospitalier", ce qui paraît en effet nettement plus large, il n'apparaît *prima facie* pas que la partie adverse se serait comportée de manière déraisonnable en retenant une référence qui porte sur des travaux HVAC qui alimentent un hôpital, et ce même s'il devait s'avérer que les installations techniques ne sont pas localisées au même endroit que les services de soins.

- S'agissant du cinquième grief qu'elles allèguent, les requérantes font valoir que les montants minimums requis des travaux HVAC ou "similaires", tels qu'exigés par les documents du marché, soit ne sont pas atteints, soit ne sont pas déterminables en ce que les certificats de bonne exécution et les autres documents produits par la partie intervenante ne permettent pas d'identifier la part des travaux HVAC ou "similaires" qui auraient effectivement été réalisés par la partie intervenante.

En ce qui concerne la seconde critique des requérantes, il y a lieu de considérer *prima facie* que, pour les motifs développés lors de l'appréciation du premier grief soulevé par les requérantes, cette critique n'est pas sérieuse.

La première critique ne porte, elle, que sur la troisième référence (relative à des travaux autres qu'en milieu industriel) produite par la partie intervenante à l'appui de son offre et repose sur la constatation que le "certificat n° 54" produit par la partie intervenante (dont les requérantes reconnaissent elles-mêmes qu'il est difficile à comprendre) fixerait la part des travaux HVAC réalisés dans le cadre du marché de référence à un montant de 5.628.329 euros, soit un montant en-deçà de celui exigé par le cahier spécial des charges qui est de 8.460.000 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée.

La partie adverse fait, pour sa part, valoir qu'elle a pris en considération le montant de 8.500.000,69 euros, tel que déclaré par la partie intervenante dans le tableau récapitulatif accompagnant les références jointes à l'offre de cette dernière, et ce pour des travaux HVAC, de même que pour des travaux d'installations électriques et des travaux de plomberie. Il apparaît donc que la partie adverse a également pris en considération les "travaux similaires" dont faisait état la partie intervenante dans les documents annexés à son offre. Il ressort à cet égard que le "certificat n° 54" qu'a produit la partie intervenante et auquel se réfère les requérantes, ne tend pas à préciser, contrairement à ce que pensent les requérantes, le montant de la part totale des travaux HVAC réalisés par la société momentanée FIBES SEVILLA par rapport au montant total des travaux relatifs à l'extension du palais des congrès et des expositions de Séville. Il est en effet fait expressément état dans ce document de ce qu'il porte sur une certification du montant mensuel à payer dans le cadre dudit marché. Par contre, si

l'on prend en considération dans ce document le montant du poste "Installations de climatisation et ventilation" de même que les montants d'autres postes qui sont susceptibles d'être considérés comme des "travaux similaires", au regard des documents du marché et des travaux susceptibles de relever des sous-catégories D 18, D 17 et, le cas échéant, D 16, l'on arrive à un montant global qui est près d'atteindre, voire de dépasser, le montant exigé par la partie adverse de 8.460.000 euros. A cela s'ajoute que la partie intervenante, en réponse à l'argumentation invoquée par les requérantes, dépose, à l'appui de sa requête en intervention un document, intitulé "Budget des installations du palais des congrès et des expositions de Séville" et dans lequel, parmi les différents postes du montant global dudit marché, le poste "Installations HVAC" porte sur un montant de 8.500.000,69 euros, soit le montant dont il a bien été fait état dans le tableau récapitulatif joint aux références annexées à l'offre de la partie intervenante. Il est vrai que la partie adverse, dans la motivation formelle de la décision attaquée rattache les différents montants minimas exigés pour les références à produire à des "travaux HVAC", mais cela n'empêche cependant pas, qu'au regard de l'examen de la pertinence de la motivation matérielle de cette décision, il peut également être tenu compte des "travaux similaires" au sens des documents du marché.

Il résulte, en conséquence, des considérations qui précèdent, qu'il n'apparaît *prima facie* pas que la partie adverse aurait, sur ce point, commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que les trois références qu'elle a retenues, parmi l'ensemble des références produites par la partie intervenante, atteignent bien chacune les montants minimas fixés dans les documents du marché.

Il s'ensuit que le cinquième grief qu'invoquent les requérantes ne peut, *prima facie*, pas être considéré comme sérieux.

- Il en va de même, pour les motifs qui ont déjà été exposés lors de l'appréciation de la pertinence du premier grief formulé par les requérantes, pour ce qui concerne le sixième grief invoqué par ces dernières, quant au fait que les divers certificats de bonne exécution produits par la partie intervenante à l'appui de son offre ne seraient pas conformes aux exigences des documents du marché.

En outre, en ce qui concerne la critique spécifiquement dirigée contre la première référence, s'il est vrai que l'original en espagnol du certificat de bonne exécution n'est pas produit au dossier administratif, il n'en reste pas moins que figure au dossier une traduction certifiée conforme et établie par un traducteur assermenté, dans laquelle il est expressément précisé que les travaux ont été "exécutés selon les conditions et selon la volonté" du maître d'ouvrage, ce qui peut être assimilé à la déclaration selon laquelle les travaux ont été effectués "selon les règles de l'art".

L'absence de l'original de ce document ne semble par ailleurs pas pouvoir faire grief aux requérantes dès lors que ces dernières ne contestent pas en soi la traduction faite par le traducteur assermenté, dans laquelle il est par ailleurs fait expressément mention du fait que l'attestation comporte le "sceau et [l'] approbation de l'entité contractante" de même que la "signature du technicien qualifié". Enfin, à supposer même que l'original n'ait pas été annexé à l'offre de la partie intervenante, cette dernière en a déposé une copie à l'appui de sa requête en intervention.

L'arrêt du Conseil d'État n° 97.319 du 29 juin 2001, que les requérantes citent à l'appui de leur argumentation, est par ailleurs dépourvu de toute pertinence en l'espèce, du fait que les circonstances à la base de cet arrêt étaient totalement différentes de celles de la présente affaire. Ce qui était en cause dans cet arrêt n'était en effet pas la question de savoir si les références produites à l'appui d'une offre répondaient bien ou non à l'ensemble des exigences des documents du marché, mais bien les conséquences que pouvait avoir sur la régularité d'une offre déposée le fait que le soumissionnaire avait tout simplement omis de déposer trois des documents exigés par le cahier spécial des charges (la liste de travaux de référence dans les cinq dernières années, l'indication de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique de même que l'absence de toute mention des techniciens et des services techniques dont le soumissionnaire disposait en propre).

A l'issue de l'appréciation *prima facie* à laquelle il vient d'être procédé, il y a lieu de considérer que la première branche du premier moyen ne peut être considérée comme sérieuse.

VII. Premier moyen, deuxième branche

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Dans la deuxième branche de leur premier moyen les requérantes exposent ce qui suit:

" Deuxième branche : Quant à la capacité technique - l'exigence d'agréation d'INABENSA :- le défaut d'examen minutieux - erreur manifeste commise par le CHU - violation du principe d'égalité

64. INABENSA étant une société de droit espagnol, la partie adverse a interrogé la commission d'agréation afin qu'elle vérifie si cette dernière était dans les conditions d'obtention d'une équivalence d'agréation en classe 8 sous catégorie D16, D17 et D18.

Cette façon de procéder repose sur l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux qui dispose en son article 13 ce qui suit :

> «Pour apprécier l'équivalence de l'inscription sur la liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre État membre des Communautés européennes en matière de capacité financière, économique et technique, il est tenu compte des critères établis aux articles 10, 11 et 12».

L'article 11 auquel renvoie l'article 13 précité prévoit en ce qui concerne la capacité technique que «pour apprécier la capacité technique des entrepreneurs, les éléments suivants sont pris en considération : 1° pour chaque catégorie ou sous-catégorie pour laquelle une agréation est sollicitée : les références des travaux exécutés dont le nombre et le montant, T.V.A. non comprise, sont déterminés au § 2, 1». INABENSA ayant obtenu une équivalence d'agréation en sous-catégorie D-18 classe 8, elle devait joindre à son dossier 3 références de travaux HVAC «de 2.150.000 € ou 4 de 1.470.000 € ou 5 de 1.070.000 €».

65. Or, comment INABENSA a-t-elle pu obtenir une telle équivalence d'agréation en sous catégorie D-18 classe 8 alors que, d'une part, les références produites dans le présent marché ne rencontrent pas les conditions d'agréation précitées et que, d'autre part, elle semble principalement active dans [les] travaux d'installation électrique qui relève[nt] de la catégorie P, soit une catégorie différente de celle retenue par la partie adverse. La décision d'équivalence d'agréation qui n'est nullement motivée et partant la décision d'attribution qui y fait référence violent *prima facie* les documents du marché, les articles 13 et 11 de l'AR du 26 septembre 1991 reproduits *supra*, l'article 70 de l'AR du 15 juillet 2011 selon lequel «le marché ne peut être attribué qu'à des personnes qui, soit sont agréées à cet effet, soit ont fourni la preuve qu'elles remplissent les conditions fixées par ou en vertu de ladite loi pour être agréées» et apparait également entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

66. Les requérantes sollicitent en conséquence l'écartement de la décision d'équivalence d'agréation prise par le Gouvernement Wallon (Ministre de l'Economie, de l'Innovation et du Numérique) le 15 juillet 2016 et invoquent dès lors un moyen incident basé sur l'article 159 de la Constitution, ce moyen étant tiré de la violation par ladite décision de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux ainsi que de son arrêté royal d'application du 26 septembre 1991. Les requérantes précisent qu'elles ont introduit un recours en annulation à l'encontre de la décision précitée du 15 juillet 2016 (procédure G/A 220.734 / XV -3247) de sorte que ladite décision n'est pas définitive à leur égard et que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, le moyen incident d'illégalité qu'elles invoquent est dès lors recevable."

B. Note d'observations

La partie adverse fait valoir les arguments suivants:

" Deuxième branche : agréation en sous-catégorie D - 18, classe 8

39. C'est au terme de son examen, à l'aide de ses services spécialement habilités en la matière, du dossier transmis par la sa INABENSA, que la Commission d'agréation a donné un avis favorable à la reconnaissance de l'équivalence de l'inscription sur la liste officielle d'entrepreneurs agréés en Espagne, et ce, pour la classe 8 en D18 et la classe 1 en D17, avis qui a fait l'objet d'une décision du Ministre compétent en date du 15 juillet 2016.

40. La partie adverse n'a en aucun cas violé les dispositions et principes invoqués, ni commis une quelconque erreur manifeste d'appréciation.

Elle s'est basée sur l'avis de la Commission d'agréation, approuvé par le ministre compétent, avis émanant de l'autorité habilitée en la matière et disposant *a priori* de la compétence et des moyens d'investigation utiles.

En prenant en compte cet avis, le CHU de Liège a assurément exercé son pouvoir d'appréciation de manière circonstanciée et conformément au devoir de minutie et au principe de bonne administration.

Le Conseil d'État a d'ailleurs jugé dans un cas d'espèce traitant de l'appréciation et de la force de l'équivalence d'agréation, par arrêt du 29 août 2013, n° 224.526 :

> «Il ne se déduit pas des seuls articles 18 et 19 de cette même loi du 20 mars 1991, lesquels régissent les possibilités de révision, de déclassement ou de suspension d'une ou plusieurs agréations lorsque la commission d'agréation ou le gouvernement régional concerné ont connaissance de données laissant apparaître que l'entrepreneur ne remplirait plus certaines des conditions au respect desquelles est soumis le bénéfice de son agréation, que le pouvoir adjudicateur qui dispose d'une telle décision de reconnaissance d'équivalence serait tenu d'interpeller à nouveau la commission d'agréation ou le gouvernement régional parce qu'un des soumissionnaires aurait, postérieurement à cette décision, émis des doutes sur les capacités économique, financière ou technique du bénéficiaire de cette reconnaissance d'équivalence».

41. Dans les limites de l'examen possible dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, force est de constater que, *prima facie*, la décision du ministre compétent prise sur avis positif de la commission *ad hoc* disposant de ses propres moyens d'investigation par rapport au dossier appuyant la demande qui lui a été soumise s'imposait au CHU de Liège, partie adverse.
Le seul fait du recours en annulation dont font état les requérantes au point 66 de leur requête est sans pertinence, dès lors que ce recours - à le supposer recevable - n'est pas suspensif, de sorte que la légalité de la décision du ministre n'est pas contestable dans le cadre de la présente procédure.

42. Pour ce qui concerne l'équivalence en sous-catégorie D18, la partie adverse renvoie aux observations qui précèdent au point 34, établissant que la société INABENSA est active dans le secteur concerné de "ventilation, chauffage à air chaud, conditionnement d'air".

43. Enfin le CHU a motivé son appréciation de la capacité d'INABENSA en se fondant sur l'avis de la Commission.
Au vu des références produites, aucun élément n'était de nature à suspecter en quoi que ce soit l'équivalence admise par la Commission d'agréation pour la classe 8, catégorie D 18.

Exiger une autre motivation reviendrait concrètement à exiger de toute partie adverse qu'elle motive en lieu et place de la Commission d'agréation ou même du ministre compétent, et en définitive, quelle doive énoncer les motifs des motifs et en l'espèce - à chaque attribution - motiver le bien-fondé de l'agréation de chaque soumissionnaire.
Une telle exigence excèderait assurément les possibilités de tout pouvoir adjudicateur.

La deuxième branche du premier moyen n'est donc pas sérieuse."

C. Requête *en intervention*

La partie intervenante fait valoir ce qui suit au sujet de la deuxième branche du premier moyen:

" 41. Dans la seconde branche du premier moyen, les parties requérantes invoquent, en substance, l'application de l'exception d'illégalité (article 159 de la Constitution) à l'encontre de la décision du 15 juillet 2016 du Ministre de l'Economie, de l'Industrie, de l'Innovation et du Numérique. Par cette décision, le ministre se rallie à l'avis rendu par la Commission d'agréation, confirmant ainsi que l'agréation espagnole dont dispose la S.A. INSTALACIONES INABENSA est équivalente à l'agréation 8 D18 et 1 D17 en droit belge.

En résumé, les parties requérantes allèguent que le ministre n'aurait pas dû octroyer l'équivalence d'agréation en classe 8, car les références produites par la S.A. INSTALACIONES INABENSA dans le cadre de ce marché ne rencontreraient pas les conditions d'agréation exigées par l'article 11 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux. Selon les parties requérantes, la S.A. INSTALACIONES INABENSA semblerait d'ailleurs principalement active dans les travaux d'installations électriques qui relèvent de la catégorie P, soit une catégorie différente de celle retenue par la partie adverse. La décision d'équivalence d'agréation et partant la décision d'attribution qui y fait référence violeraient dès lors, *prima facie*, les documents du marché, les articles 11 et 13 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 et l'article 70 d l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Pour ces raisons, les parties requérantes sollicitent de Votre Conseil l'écartement de la décision consacrant l'équivalence d'agréation prise par le Ministre en date du 15 juillet 2016, en application de l'article 159 de la Constitution.

42. L'argumentation développée par les parties requérantes est, à titre principal, irrecevable.

En premier lieu, le moyen développé par les parties requérantes ne vise pas la décision d'attribution du marché, objet de la présente procédure en suspension, mais bien une autre décision, à savoir la décision du ministre datée du 15 juillet 2016 et consacrant l'équivalence d'agréation.

Eu égard au fait, d'une part, que les parties requérantes n'invoquent à aucun moment dans leur requête la possibilité de contester directement la légalité de la décision du 15 juillet 2016 par le truchement de la théorie des actes administratifs complexes ou celle des actes détachables et, d'autre part, que les parties requérantes ne soulèvent aucun argument permettant de remettre en question la présomption de légalité de l'acte administratif en question, il est évident que le moyen invoqué est irrecevable.

La possibilité (ou impossibilité) de contester directement la légalité de la décision du 15 juillet 2016 est, en outre, insuffisamment développée par les parties requérantes que pour pouvoir être soumise à l'appréciation - même *prima facie* - de Votre Conseil, et ce d'autant plus dans le cadre d'une procédure en extrême urgence.

43. A titre subsidiaire, et dans l'éventualité où Votre Conseil considèrerait que l'exception d'illégalité invoquée mériterait, même dans le cadre d'une procédure en extrême urgence et donc *prima facie*, un examen plus attentif, *quod non*, il convient de souligner que l'exception d'illégalité ne peut en tout état de cause pas être invoquée à l'encontre de la décision du 15 juillet 2016.

En effet, la jurisprudence constante de Votre Conseil consacre une exception importante au caractère intemporel de l'exception d'illégalité : celle-ci ne peut être invoquée à l'encontre d'un acte administratif individuel, créateur de droit et définitif. Cette exception essentielle garantit le principe de sécurité juridique et le principe du respect des droits acquis.

Il n'est pas contestable et d'ailleurs nullement contesté par les parties requérantes que la décision du 15 juillet 2016 constitue un acte administratif individuel, créateur de droit et définitif.

Par cette seule circonstance, le moyen basé sur l'exception d'illégalité prévue à l'article 159 de la Constitution manque en droit.

Les parties requérantes insinuent que la décision du 15 juillet 2016 ne serait pas définitive dans la mesure où celles-ci auraient intenté un recours contre cette décision auprès de Votre Conseil (cfr. page 38, point 66).

Même dans l'éventualité où les parties requérantes auraient véritablement intenté un recours contre cette décision, ce recours n'aurait pas été introduit dans les délais. Les parties requérantes ne démontrent en tous cas à aucun moment qu'un tel recours aurait été introduit dans les délais.

De plus, même dans l'éventualité où un tel recours avait été introduit dans les délais et que celui-ci avait été jugé recevable, il convient de souligner – par renvoi à l'arrêt de Votre Conseil n° 230.581 du 20 mars 2015 – qu'aucun arrêt consacrant l'annulation de la décision du 15 juillet 2016 n'a pour l'instant été prononcé.

Egalement par référence à l'arrêt n° 230.581 de Votre Conseil du 20 mars 2015, il convient de faire remarquer que dans les présentes circonstances, à savoir une procédure se déroulant en extrême urgence, les parties requérantes ne pourraient forcer une prise de position de Votre Conseil quant à la validité d'une décision qui n'est pas la décision querellée.

L'exception d'illégalité ne peut donc être appliquée dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence.

44. Une raison supplémentaire empêche par ailleurs l'application de l'exception d'illégalité dans le cadre de cette procédure en extrême urgence : la technicité des questions et griefs soulevés.

De plus, il semble nécessaire de rappeler que la décision du 15 juillet 2016, dont les parties requérantes invoquent l'illégalité, a été prise par la Commission d'agréation. Celle-ci constitue un service spécialisé au sein du Service Public Fédéral Economie et est considérée comme un expert en la matière.

Sans l'assistance d'un expert, Votre Conseil n'est pas - et en tout état de cause pas dans le cadre d'un contrôle *prima facie* - en mesure de se prononcer sur les griefs allégués par les parties requérantes.

Le moyen invoqué par les parties requérantes dans la seconde branche de leur premier moyen ne peut donc, en tout état de cause, pas être évalué dans le cadre de cette procédure en extrême urgence.

45. Au vu des développements ci-dessus, la deuxième branche du premier moyen est donc irrecevable, et en tout état de cause pas sérieuse."

VII. 2. Appréciation

Il n'est pas contestable que, si un recours en annulation a bien été introduit contre la décision d'équivalence d'agréation prise par le Ministre du Gouvernement wallon de l'Économie, de l'Innovation et du Numérique le 15 juillet 2016, lequel recours est actuellement pendant, aucune demande de suspension, ordinaire ou d'extrême urgence, n'a cependant été introduite en application de l'article 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Il s'ensuit que la prise en compte de cette décision d'équivalence d'agréation de la partie intervenante par la partie adverse ne peut être reprochée à cette dernière, du fait même que la décision du Ministre du 15 juillet 2016 présentait, et présente toujours, un caractère exécutoire dont toute autorité administrative doit tenir compte.

De même, sous peine de dénaturer la portée des diverses procédures organisées devant le Conseil d'État, il ne peut être admis que, alors même qu'aucune demande de suspension n'a été introduite par les mêmes parties requérantes à l'encontre de la décision du 15 juillet 2016, l'illégalité de cette même décision soit cette fois alléguée, par les mêmes parties requérantes, dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence introduite contre une décision subséquente d'attribution d'un marché public, et ce en application de l'article 159 de la Constitution. Une telle façon de procéder est, en effet, incompatible, tout à la fois, avec le caractère, en règle, exceptionnel de toute procédure d'extrême urgence, avec l'exigence que le Conseil d'État ne s'exprime que *prima facie* dans le cadre d'une procédure de suspension, de même qu'avec la circonstance que le recours à une procédure d'extrême urgence, qui plus est, dans une procédure différente de celle qui vise l'acte mis en cause à travers un acte dérivé, réduit au strict minimum les droits de la défense de la partie adverse et met par ailleurs en cause la légalité d'une décision administrative prise par une autre autorité administrative que celle actuellement appelée à la cause.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de conclure à l'irrecevabilité de la deuxième branche du premier moyen.

VIII. Premier moyen, troisième branche

VIII. 1. Thèses des parties

A. Requête

Dans la troisième branche de leur premier moyen les requérantes exposent ce qui suit:

" Troisième branche : Quant à la capacité économique et financière : L'absence d'examen sérieux par la partie adverse du respect par INABENSA des critères de ratio imposés par les documents du marché

1.3.1. L'inobservation par la partie adverse des recommandations du Bureau de réviseurs d'INABENSA quant à l'interprétation des comptes de cette société

67. 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 financière et économique. Il prévoit notamment à ce sujet que les soumissionnaires ne seront sélectionnés que si, sur la base des trois derniers bilans et comptes annuels, les soumissionnaires présentent :

- Un ratio de liquidité égal ou supérieur à 1 (arrondi à la deuxième décimale) ainsi qu'un fonds de roulement net positif;
- Quant au ratio de rentabilité: une capacité d'autofinancement positive et une valeur ajoutée brute positive;
- Quant au ratio de solvabilité: un degré d'endettement global inférieur à 95 % (arrondi à la deuxième décimale) et un pourcentage de couverture des fonds de tiers par le cash-flow positif.

68. Dans son offre, INABENSA estimait elle-même qu'elle n'atteignait pas certains ratios, raison pour laquelle elle recourait à la "prétendue" capacité de sa société mère ABEINSA […]. Néanmoins, la partie adverse a estimé qu'INABENSA atteignait les ratios exigés sur la base d'une analyse qui apparaît peu sérieuse et qui, comme il le sera démontré ci-dessous, violent les dispositions visées au moyen.

69. Ainsi, le bureau de Réviseurs en charge du contrôle des comptes d'INABENSA écrit dans chacun de ses rapports d'audit des comptes annuels joints par INABENSA à son offre que cette dernière "réalise un volume important d'opérations et maintient des soldes significatifs avec des sociétés du groupe et liées. Par conséquent, ces comptes annuels doivent être interprétés en tenant compte de ce lien avec le Groupe ABENGOA" […].

Une telle observation, par ailleurs exceptionnelle dans un rapport d'audit dont le contenu est systématiquement "*pro forma*", n'est pas inopportune puisqu'on relève à l'analyse des comptes d'INABENSA que 70 % des ventes et de ses actifs sont destinés à des sociétés du Groupe (dont il a été démontré ci-dessus que pas moins de 500.000.000 €, ce qui représente 50% de l'actif, concernait la société holding ABENGOA). Cette information apparaît d'autant plus capitale sous l'angle de l'examen de la capacité financière d'INABENSA et du calcul des ratios que la santé financière de la société holding ABENGOA est, à l'heure actuelle, en péril, cette dernière ayant déposé le 25 novembre 2015, une demande de protection judiciaire auprès des autorités espagnoles. A ce jour, la société ABENGOA est dans une situation financière proche de la faillite […] et n'y échappe qu'au prix de sursis successifs qu'elle obtient, de ses créanciers, pour de très courtes périodes. Cette situation est notoire et résulte d'informations facilement accessibles à tous par une seule consultation sur Internet. Ainsi :

- Le site Wikipédia décrit ainsi la situation d'ABENGOA en décembre 2015 :

> «Avec un passif supérieur à 25 milliards d'euros, dont une dette financière de 8,5 milliards d'euros, ABENGOA pourrait faire l'objet de la plus grosse faillite de l'histoire d'Espagne. Le groupe emploie plus de 28.000 salariés dans le

> monde. L'Etat espagnol, qui est déjà exposé à hauteur de 400 millions d'euros dans ABENGOA, a prévenu le 4 décembre 2015 qu'il n'injecterait pas davantage d'argent pour sauver le groupe. ABENGOA a quatre mois pour négocier une restructuration de sa dette avec ses créanciers. Faute d'accord, le groupe se dirigera vers la cessation de paiement et, à terme, la liquidation» […].

- Le 16 février 2016, le journal L'ECHO annonçait sur son site web qu'en raison de la quasi-faillite d'ABENGOA, le marché de la construction de la nouvelle centrale biomasse du port de Gand, initialement attribué à ABENGOA, lui avait finalement été retiré et attribué à GENERAL ELECTRIC […].

- Le 23 mars 2016, ce même journal annonçait qu'ABENGOA avait obtenu un nouveau prêt de 137.000.000 € à moins d'une semaine de la date limite pour éviter la faillite […].

- Le 29 mars 2016, L'ECHO indiquait qu'ABENGOA venait d'obtenir un répit de 7 mois de la part de ses créanciers pour se restructurer et éviter la faillite, qui serait la plus importante d'Espagne […].

70. Les requérantes ont à cette fin demandé l'avis de Monsieur Alexandre STREEL, réviseur [Monsieur Alexandre STREEL est réviseur d'entreprise au sein de la société BDO et par ailleurs professeur à l'Université de Liège (cours d'« Evaluation d'entreprises »)] […]. Dans un rapport daté du 19 octobre 2016 versé au dossier de pièces […], ce dernier s'interroge sur la pertinence de la méthode utilisée par la partie adverse et écrit ce qui suit :

> «Par ailleurs, compte tenu du nombre important de filiales contrôlées directement ou indirectement par la société Inabensa (une trentaine) et de la prépondérance des soldes et flux de cette société avec d'autres sociétés du groupe (de l'ordre de 70 % tant pour les ventes que pour les actifs), la question se pose de la pertinence d'utiliser les comptes individuels (et non consolidés) aux fins de juger la santé financière. Nous attirons d'ailleurs l'attention sur le paragraphe explicatif du Commissaire de la société Inabensa, recommandant une interprétation des comptes de cette dernière en considérant ses liens avec la société mère Abengoa».

La partie adverse n'a jamais tenu compte dans l'analyse des comptes d'INABENSA des comptes des autres sociétés composant le Groupe dont la société Holding ABENGOA alors que la juste compréhension des comptes d'INABENSA et plus généralement l'appréciation de sa capacité financière nécessitaient d'y recourir comme le préconise d'ailleurs le professionnel le mieux placé pour en juger, à savoir le réviseur d'INABENSA lui-même.

71. Une des annexes à la décision d'attribution, à savoir l'évaluation de la capacité financière d'INABENSA par le directeur financier de la partie adverse […], fait d'ailleurs expressément état de la volonté de la partie adverse de se passer d'une telle analyse puisque elle écrit que :

> « Le réviseur Deloitte de l'entreprise espagnole souligne dans la certification des comptes de la SA ABEINSA l'importance des échanges commerciaux entre la filiale SA INABENSA et sa maison mère SA ABEINSA. Il indique également que les comptes de la filiale SA INABENSA doivent s'interpréter à la lumière des chiffres de la maison mère SA ABEINSA. Cette lecture interprétative qui parait importante en Espagne n'est obligatoire ni en Belgique, ni dans le cadre de ce marché».

Cette affirmation, au demeurant parfaitement péremptoire, ne laisse pas de surprendre.

En effet, l'on comprend que l'observation du Bureau de réviseurs d'INABENSA

vise uniquement à informer le lecteur que l'interprétation des comptes d'INABENSA ne peut se faire qu'en fonction des comptes des sociétés du Groupe dont ABENGOA et ABEINSA (le cas échéant). La distinction qu'entreprend la partie adverse entre la Belgique et l'Espagne n'a aucune incidence dès lors que cette interprétation et en conséquence la juste compréhension des comptes d'INABENSA doit être identique pour un lecteur belge ou espagnol….

La partie adverse s'abstient également de fonder légalement, le cas échéant sur une norme comptable, le motif pour laquelle elle a décidé de se départir des recommandations du cabinet de réviseurs d'INABENSA. La raison en est simple. Tout comme les requérantes l'ont indiqué ci-dessus, il est incontestable que l'actif et les ventes d'INABENSA concernent majoritairement des sociétés du Groupe ABENGOA dont la société Holding ABENGOA. L'analyse des bilans d'INABENSA, déduction faites des actifs et ventes destinés à cette dernière société, implique qu'INABENSA ne répond plus aux critères de capacité requis par les documents du marché.

72. En toute hypothèse, il appartenait à la partie adverse sur la base du principe de bonne administration et du devoir de minutie d'à tout le moins procéder à une telle vérification et ce afin de s'assurer d'interpréter avec exactitude les comptes d'INABENSA. Selon la Jurisprudence du Conseil d'État, «le pouvoir adjudicateur qui demande des références spécifiques des soumissionnaires a le devoir d'examiner avec minutie la liste des références jointes aux offres de ces soumissionnaires (…)» [CE n° 230.870 du 16 avril 2015].

Une telle Jurisprudence est parfaitement transposable en l'espèce. Partant, la partie adverse a violé le principe de bonne administration, son devoir de minutie, son obligation de motiver formellement et matériellement sa décision, les motifs contenus dans l'acte attaqué ne permettant pas d'étayer et de justifier la décision en droit et en fait mais a également commis une erreur manifeste d'appréciation.

1.3.2. L'inobservation par la partie adverse de certains facteurs pour le moins interpellant relatifs au calcul du ratio de liquidité d'INABENSA

73. Le rapport succinct d'analyse des offres du 29 juin 2016 […] et le document de synthèse signé par l'administrateur délégué de la partie adverse […] concluent au respect par INABENSA du critère afférant à l'exigence d'un ratio de liquidité égal ou supérieur à 1. Sur la base du calcul effectué, INABENSA atteint en moyenne pour les années 2012, 2013 et 2014 le résultat de 1,0.

74. L'examen du calcul réalisé par la partie adverse laisse, en fait, apparaître qu'INABENSA présentait pour les années 2012 et 2013 un ratio de liquidité nettement en deçà du niveau exigé par les documents du marché soit 0,81 en 2012 et 0,84 en 2013. Le ratio de 2014 s'élève par contre à 1,37.

75. La raison en est simple et est, pour le moins interpellante. En effet, comme l'indique Monsieur AM YLIEFF dans l'extrait du cours reprenant la définition des ratios joint par la partie adverse à sa décision d'attribution […], le ratio de liquidité correspond au rapport entre les actifs circulants (comprenant les créances à court terme à l'exclusion des créances à long terme) et les dettes à court terme. Or, les requérantes constatent qu'entre 2013 et 2014, les créances à court terme ont augmenté de façon impressionnante puisque le montant des créances des associés et actionnaires évalué à 23.230.000 € en 2013 s'élève en 2014 à 287.671.000 € soit pas moins de 270.000.000 € de différence en l'espace d'une année. Comme l'indique Monsieur STREEL dans l'avis versé au dossier de pièces […],"cette augmentation significative entre 2013 (0,84) et 2014 (1,37) provient d'un reclassement dans les comptes 2014 des crédits accordés à la société mère Abengoa. En effet, jusqu'en 2013 et conformément à la politique comptable en vigueur dans le groupe, ils étaient classés en long terme (actifs non courants); en 2014, ils ont été reclassés en court terme (actifs courants). Il s'agit selon nous d'un

reclassement de l'ordre de 270 MEUR, sans lequel la liquidité se serait établie à 0,87, globalement en ligne avec son niveau de 2013 (0,84) et 2012 (0,81). La liquidité moyenne sur ces 3 années aurait donc été inférieure au seuil fixé de 1,00. De même, en continuité de présentation, le seuil fixé pour l'indicateur du fonds de roulement net, basé sur les mêmes paramètres, n'aurait pas été atteint".

76. *Prima facie*, une telle situation apparaît parfaitement anormale et il n'est pas admissible que la partie adverse se soit abstenue de vérifier si de telles migrations de montants "significatifs" entre rubriques concernant, qui plus est, des sociétés d'un même groupe, dont la société holding ABENGOA dont la santé financière périlleuse risque de mettre à néant les chances de recouvrabilité de ces créances, reposaient sur des éléments factuels et/ou comptables exacts et admissibles. La décision et ses annexes sont parfaitement muettes à ce sujet. Tout comme il l'a été indiqué *supra*, le courrier du Bureau de réviseurs PWC consulté par la partie adverse n'est pas plus explicite et témoigne, de par les réserves qui y sont intégrées, de l'absence d'un examen sérieux et objectif des données chiffrées résultant des comptes INABENSA.

77. Ce qui précède démontre que la partie adverse n'a, à nouveau, pas examiné les documents en sa possession dans le respect des principes qui s'imposent à elle dont celui de bonne administration et de minutie. Au regard de ce qui précède, la partie adverse ne pouvait estimer qu'INABENSA disposait de la capacité à "exécuter" le marché. Ce constat est par ailleurs renforcé par l'analyse des comptes publiés en 2015 par INABENSA. Suite à la demande de protection judiciaire faite par la société holding ABENGOA en date du 25 novembre 2015, soit le lendemain de l'ouverture des offres, l'exigibilité à brève échéance des dettes bancaires de l'ensemble des sociétés du Groupe ont été reclassées en court terme. S'agissant d'INABENSA, cela s'est traduit au 31 décembre 2015 par un reclassement de l'ordre de 200.000.0000 € des dettes à long terme vers les dettes à court terme; reclassement qui impacte la capacité financière d'INABENSA puisque cette dernière ne répond plus en 2015 (et ce jusqu'à l'hypothétique redressement de la société holding ABENGOA) à 4 des 6 ratios exigés par le cahier des charges. Monsieur STREEL a dans le rapport que les requérantes versent au dossier […] calculé les résultats obtenus par INABENSA en ce qui concerne l'année 2015. Les chiffres obtenus sont sans appel :

> « les indicateurs financiers de la société Inabensa pour l'année 2015, déterminés selon la méthodologie du CHU (et donc, en ce qui concerne la valeur ajoutée, sans retrancher les services extérieurs", et en ce qui concerne le degré d'endettement global, en divisant par le total du passif et non par les fonds propres).
>
> a. Liquidité : actifs courants 757 MEUR / passifs courants 809 MEUR = 0,94
>
> b. Fonds de roulement net: actifs courants 757 MEUR - passifs courants 809 MEUR = -52 MEUR
>
> c. Capacité d'autofinancement : résultat de l'exercice - 12 MEUR - production immobilisée 6 MEUR + amortissements 4 MEUR + variation de juste valeur des instruments financiers 3 MEUR = -11 MEUR (à l'instar des calculs produits par le CHU, certains postes de réductions de valeur ou provisions n'ont pas été considérés)
>
> d. Valeur ajoutée : ventes et prestations 419 MEUR - achats 123 MEUR - services et biens divers 149 MEUR = 147 MEUR
>
> e. Degré d'endettement global : dettes 845 MEUR / total du passif 1.173 MEUR = 72 %
>
> f. Couverture des fonds des tiers par le cash-flow : capacité d'autofinancement

11 MEUR / dettes 845 MEUR = -1,4 %»

78. La «notation financière» [Voy à ce sujet la définition sur Wikipidia,: «La notation financière externe ou notation de la dette ou rating (dans le monde anglo-saxon) est l'appréciation, par une agence de notation financière, du risque de solvabilité financière : d'une entreprise, d'un État ("notation souveraine") ou d'une autre collectivité publique, nationale ou locale, d'une opération (emprunt, emprunt obligataire, opération de financement structurée, titrisation, etc.)», et l'attribution d'une note correspondant aux perspectives de remboursement de ses engagements envers ses créanciers - fournisseurs, banques, détenteurs d'obligations, etc. "https://fr.wikipedia.org/wiki/Notation_financi%C3%A8re] d'INABENSA réalisée par la société GRAYDON (et traitant des années 2013 à 2015) et jointes par les requérantes au dossier [...] laisse perplexe quant à la capacité financière de cette dernière. Selon ce rapport, la notation d'INABENSA est de 1, ce qui représente le risque d'insolvabilité le plus élevé pour ses partenaires éventuels…L'extrait reproduit infra indique d'ailleurs sous le poste recommandation "0 EUR" ce qui indique l'absence totale de capacité de remboursement d'INABENSA :

2. Credit rating	
Date	05/09/2016
Recommendation	0 EUR
RATING	1

The rating system ranges from 1, indicating a high risk to 5, the lowest risk. A rating 8 inclicates an unclassifled risk (risk unknown), A rating 9 is used for companies who are in liquidation, or are no longer trading.

Traduction libre :
«2.Cote du Crédit
Date : 5/09/2016
Recommandation : 0 €
Evaluation : 1
Le système d'évaluation classe de 1, indiquant un risque élevé à 5, le risque le plus faible. Une évaluation de 8 indique un risque non déterminé (…). Une évaluation de 9 est utilisée pour les compagnie en liquidation (…)»

1.4. Synthèse et conclusion quant au premier moyen

79. Dans la mesure où les critères de sélection qualitative "doivent permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires à exécuter tel ou tel marché, en vérifiant (…) s'ils disposent bien d'une capacité financière, économique et technique suffisante", l'on peut à juste titre s'interroger sur la réelle volonté de la partie adverse de vérifier *in concreto* dans le chef d'INABENSA qu'elle dispose d'une telle capacité au regard des critères spécifiques qu'elle a arrêtés dans les documents du marché. En effet :

- […]

- La partie adverse justifie sur la base de motifs abscons sa volonté de ne pas analyser les comptes d'ABENGOA et d'ABEINSA alors que le Bureau de réviseurs d'INABENSA lui-même indique que les comptes de cette dernière doivent s'interpréter de la sorte. Cette volonté d'échapper à une telle analyse est d'autant plus singulière qu'il est notoire que la situation de la société holding ABENGOA ainsi que du groupe est, à l'heure actuelle, critique. Alors qu'il est certain que la finalité de la sélection qualitative est en application des articles 58 et suivants de l'AR du 15 juillet 2011 de s'assurer de la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché qui, en l'espèce devrait débuter en 2016 ou 2017, les indicateurs de la situation financière d'INABENSA afférente à l'année 2015 démontrent qu'elle ne dispose d'une telle capacité et qu'elle ne pourra en disposer dans les années à venir

(dont celle de l'exécution du marché) et ce compte tenu de la situation de pré faillite dans le chef de la société holding ABENGOA. En d'autres mots, sur les années 2012, 2013, 2014, 2015, INABENSA ne répond pas pour 3 de ces 4 années aux exigences du cahier des charges….".

B. Note d'observations

Après avoir rappelé le contenu de l'article III. 2. 2., "capacité économique et financière", de l'avis de marché, les mises au point contenues dans la décision du 28 septembre 2016 et le rapport de sa direction financière du 26 septembre 2016, qu'elle a fait sien dans la décision attaquée, la partie adverse fait encore valoir les arguments suivants:

" a. Absence de tout élément nouveau par rapport à ce qui a fait l'objet de l'avis de l'auditorat du 4 novembre 2016

47. Cette branche correspond à la 3° branche du premier moyen de la requête du 24 octobre 2016 qui a été déclaré non sérieuse par madame l'auditeur dans son avis verbal donné à l'audience du 4 novembre 2016, et ce au motif qu'elle mettait en cause des éléments relevant de la "technicité comptable et financière" non vérifiables dans les limites de l'examen *prima facie* d'une procédure en extrême urgence :

La requête du 4 janvier 2017:
a. reprend en effet:
- aux points 67 à 79, le libellé et les développements énoncés mot pour mot aux points 37 à 42 ainsi que 49 à 52 de la requête du 24 octobre 2016
- aux points 77 et 78, les points 52 et 53 autrement présentés, de la deuxième requête en suspension,
b. ne comprend plus les développements des points 43 à 48 relatifs à une prétendue erreur manifeste dans le calcul du ratio afférent au degré d'endettement global
c. contient un ajout au point 79 in fine, ne constituant pas un élément nouveau.

b. Appréciation fondée sur une analyse circonstanciée et motivée

Les mises en cause des analyses comptables et financières effectuées par le CHU de Liège, partie adverse, et prises en compte dans la décision d'attribution sont formellement contestables et contestées.

Le CHU verse au dossier […] les réponses circonstanciées de sa Direction financière, de ce 26 octobre 2016:

a) comme relevé expressément dans sa motivation, la décision querellée a pris en compte les observations circonstanciées faites par la Direction financière du CHU et confirmées par le réviseur PWC, lequel, conformément à la mission de réviseur lui confiée par le CHU:
- s'est basé sur les références internationalement recommandées et reconnues d'émission de "procédures convenues", soit la norme ISRS [Norme internationale de services connexes] 4400 "missions de procédures convenues relatives aux informations financières", normes qui en définissent strictement les objectifs, les principes généraux et les termes de la mission, la planification, la documentation, les procédures, éléments probants ainsi que le rapport;
- le respect de la déontologie applicable aux réviseurs d'entreprise conformément à l'A.R. du 10 janvier 1994 et aux commissaires conformément à la "Norme de l'Institut des réviseurs d'entreprise relative à certains aspects de

l'indépendance du commissaire" reprise en annexe 2 à la pièce précitée [Norme de l'Institut des réviseurs d'entreprise relative à certains aspects de l'indépendance du commissaire].

b) contrairement à ce que soutiennent les requérantes au point 77 de leur requête, l'avis du réviseur PWC conclut, sans aucune ambiguïté et de manière objective, sur les points suivants :

- le pointage de la liste des ratios et d'analyse financière repris dans le Document de synthèse avec le prescrit du cahier spécial des charges relatif au marché public susmentionné : aucune exception relevée;
- le pointage des comptes de bilan et de résultat ayant servi de base au calcul des ratios d'analyse financière avec les états financiers de référence remis par le soumissionnaire "Instalaciones Inabensa": aucune exception relevée;
- le re-calcul du Document de synthèse : aucune exception relevée,

le tout sur la base d'un rapport établi en fonction de la Norme ISRS 4400 susmentionnée.

c) Au contraire, l'avis donné aux requérantes par le réviseur STREEL de BDO ne présente en aucun cas les mêmes garanties de rigueur :
- sa mission n'est encadrée par aucun référentiel internationalement reconnu et est une simple mission de consultance avec toutes les réserves d'usage qui s'imposent en l'occurrence;
- il s'agit non d'un rapport en bonne et due forme mais d'une simple compilation de réflexions théoriques et pratiques relatives à la technique des ratios et à d'hypothétiques redressements et interprétations comptables en qualité de simple consultant mandaté par une partie intéressée;
- BDO étant le commissaire de la société DELTA THERMIC, soit l'une des sociétés requérantes l'intervention de Monsieur STREEL aurait dû s'effectuer dans le cadre des référentiels internationalement reconnus (cf. supra). A défaut, elle ne présente *a priori* pas les garanties d'indépendance et d'objectivité requise pour l'émission d'un avis pertinent dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence.

c. Mises en cause sans fondement des ratios financiers retenus

Les critiques formulées par le conseiller technique des requérantes quant au caractère équivoque des ratios de liquidités et de degré d'endettement global sont sans fondement :

- Quant au ratio de liquidités :

C'est à tort qu'il est soutenu qu'il n'est pas précisé s'il s'agit du ratio de liquidités "au sens large" ou "au sens strict".

C'est dans les limites de son pouvoir souverain d'appréciation que le CHU a judicieusement et de manière pertinente pris en compte le ratio de liquidités au sens large pour ce marché, comme il le fait pour l'ensemble des marchés qu'il lance, et ce, de manière identique pour l'ensemble des soumissionnaires dans le respect du principe fondamental d'égalité de traitement de ceux-ci.

Le CHU relève qu'il n'existe aucune raison pertinente d'exclure les stocks du calcul du ratio de liquidités -sous peine de les considérer comme nuls.

Le ratio de liquidités est un indicateur de la capacité d'une entreprise à honorer ses engagements à court terme au moyen de ses actifs disponibles et réalisables, en ce compris ses valeurs stockées liées à son exploitation.

La prise en compte du ratio de liquidités au sens large relève, dès lors, du pouvoir

d'appréciation du pouvoir adjudicateur et est conforme au principe de bonne administration.

C'est dans ce sens que s'est prononcé le cabinet de réviseurs d'entreprise PWC en date du 19 septembre 2016.

- Quant au degré d'endettement global :

C'est abusivement qu'il est soutenu que la prise en compte de l'endettement global par rapport au total du passif et non par rapport aux seuls fonds propres, serait contraire à la doctrine du Professeur YLIEFF.

Les professionnels sont certes divisés sur le sujet, certains se référant comme dénominateur au total des actifs selon le bilan [voyez, à cet égard: http://financedemarche.fr/finance/comment-calculer-le-ratio-dendettement-total-definition-exemple ; http://www.lesclesdelabanque.com/Web/Cdb/Entrepreneurs/Content.nsf/DocumentsByIDWeb/7DJKPV?OpenDocument], d'autres se référant au total des fonds propres.

Le Professeur YLIEFF, lui-même, en page 11 de son cours, fait référence au "degré d'endettement ou degré de dépendance financière, calculé comme suit :

$$\frac{\text{dettes longue terme + dettes court terme}}{\text{total bilan}}$$

C'est donc dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le CHU a déterminé le mode de calcul du degré d'endettement global des soumissionnaires et a appliqué la méthode retenue de manière identique à l'ensemble de ceux-ci, comme il le fait pour l'ensemble de ses marchés.

Le cahier spécial des charges est univoque quant au mode de calcul de l'endettement global en fixant un plafond à 95 %.

Par la fixation de ce plafond, il est évident que les seuls fonds propres ne pouvaient être retenus, sous peine de considérer que l'endettement ne peut correspondre qu'à 95% des seuls fonds propres, ce qui reviendrait à exiger que toute entreprise dispose de moins de dettes que ses capitaux propres - ce qui est invraisemblable. Cela reviendrait à nier "l'effet de levier", qui consiste pour une entreprise à utiliser l'endettement pour augmenter sa capacité d'investissement, de sorte que les bénéfices obtenus grâce à l'endettement deviennent plus importants que la valeur de l'endettement.

- Absence d'obligation de "corriger" les reclassements des comptes

C'est abusivement que les requérantes reprochent au CHU de Liège de ne pas avoir "corrigé" les reclassements hypothétiques qui apparaîtraient dans les comptes de la société INABENSA.

Le CHU a effectué son analyse financière et comptable sur la base des comptes officiels de la société INABENSA, lesquels ont été contrôlés, audités, validés et certifiés par le réviseur DELOITTE.

Ainsi, dans ses rapports de contrôle relatifs aux comptes 2012 - 2013 et 2014 d'INABENSA, la firme d'audit DELOITTE écrit que ces comptes "expriment, dans tous les aspects significatifs, l'image fidèle du patrimoine et de la situation financière (…) ainsi que des résultats de ses opérations et de ses flux de trésorerie ainsi qu'il résulte des considérations suivantes extraites desdits rapports. …".

Il n'appartenait évidemment pas au CHU de Liège de juger du bien-fondé des

reclassements intervenus ni de modifier d'initiative unilatéralement une situation comptable certifiée et encore moins d'évaluer ce que la situation financière de la société INABENSA aurait pu être si ce reclassement n'avait pas été effectué.

Le CHU était tenu de tenir compte des pièces comptables déposées par les soumissionnaires tel qu'exigé par le cahier spécial des charges.

- Quant au calcul du cash-flow et à l'indicateur financier de la valeur ajoutée

Le CHU renvoie pour le surplus aux observations relatives aux points 5 et 6 de la note de Monsieur STREEL.

50. C'est abusivement qu'est remise en cause la pertinence de l'analyse des indicateurs financiers entre la société de droit espagnol INABENSA et les soumissionnaires belges.

En effet,

- si l'on peut regretter le manque d'harmonisation comptable au niveau européen, ce fait s'est imposé au CHU de Liège,
- conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne [CJUE, C- 218/11, 18 octobre 2012], il a déterminé un critère lié à un ou plusieurs éléments du bilan pour constituer objectivement un indice positif de l'existence d'une assise économique et suffisante pour mener à bien l'exécution du marché.
- à cet effet, il a mis en œuvre une méthodologie reconnue dans le domaine de l'analyse des états financiers, pour le marché litigieux, comme pour tous les marchés spécifiques passés dans le cadre du projet de construction du CIO - UNILAB .
  S'il avait exigé des comptes "IFRS", cela aurait pour résultat d'exclure la majorité des candidats dont ceux de plus petite taille en ce compris tout ou partie des requérantes.

51. La pertinence de l'utilisation des comptes individuels et non consolidée de la société INABENSA ne peut sérieusement être mise en cause.

Il résulte a contrario de l'art. 74 de l'A.R. du 15 juillet 2011 que sont *a priori* pris en compte les comptes individuels de chaque soumissionnaire.

L'avis de marché l'a précisé, implicitement mais sans équivoque, au point III.2.2 *in fine*, en ce qu'il énonce :

«Néanmoins, la société présentant un ou plusieurs ratios inférieurs à la demande pourra être sélectionnée si elle est couverte :

- Soit par ses associés
- Soit par sa maison mère
- A la condition que le soumissionnaire joigne à son offre le document démontrant la solidarité financière des "garants" […].

Ce n'est, en effet, que si nécessaire qu'un candidat ou soumissionnaire peut être admis à prouver sa capacité économique et financière en faisant appel à la solidarité de son groupe.

52. Le CHU ayant conclu que la société INABENSA satisfaisait aux ratios financiers, a pu, de manière pertinente et, dès lors, sans erreur manifeste d'appréciation, considérer qu'il n'y avait pas lieu de faire appel à la garantie de la société mère

Le CHU a pris en compte les comptes annuels produits par les soumissionnaires en annexe à leur offre au jour de leur dépôt, à savoir les années 2012, 2013 et 2014.

L'appréciation a été faite dans le respect de l'égalité entre soumissionnaires sur les mêmes bases à l'égard de tous les soumissionnaires, laquelle ne saurait être

compromise par la multiplicité des recours introduits par les requérants. Décider du contraire reviendrait à accorder une prime à une telle attitude.

Il n'y a, dès lors, aucun manquement dans l'exercice raisonnable du pouvoir souverain d'appréciation dans le respect du principe de bonne administration et du devoir de minutie

Au surplus les parties requérantes n'établissent pas, de manière sérieuse, compte tenu des observations faites à l'égard du rapport de leur conseiller technique, le réviseur STREEL, qu'une conclusion négative s'imposait.

53. Compte tenu de l'analyse approfondie desdits comptes concluant à la pleine capacité économique et financière de la société INABENSA, il n'existait, en effet, aucun élément imposant au CHU de mettre en œuvre la faculté d'étendre la vérification aux derniers comptes annuels publiés dans le cours de la période d'analyse des offres.

Cela étant, le CHU de Liège a fait sien le rapport complémentaire de sa direction financière sur les comptes 2015 de la société INABENSA et constatant qu'ils satisfaisaient également aux ratios de solvabilité demandés par les documents du marché.

Les calculs des requérantes au point 77 de leur requête des ratios relatifs à ces comptes 2015 sont formellement contestés, notamment par les considérations développées aux points 42 à 44 ci-avant.

54. Surabondamment, la partie adverse relève que la "notation financière" par la société GREYDON ne constitue pas un élément de référence déterminant compte tenu des éléments en possession du CHU, tel l'avis de la Commission d'agréation concluant à l'équivalence d'agréation suite à un examen des données produites à son dossier par la société INABENSA et des réserves inhérentes à toute appréciation de la société GREYDON.

55. Les observations qui précèdent établissent que

a. si, par extraordinaire, subsistait quelque élément retenant l'attention dans la controverse introduite par les requérantes quant aux appréciations faites par le CHU sur le plan comptable et financier, il ne pourrait être traité que sur la base d'avis d'experts à demander par la juridiction saisie.
Or, envisager une telle éventualité établit en soi que le moyen invoqué n'est pas sérieux au sens des exigences de tout recours en extrême urgence et, ainsi, sort de ce qui est envisageable dans ce cadre.

b. le CHU, partie adverse,
- a vérifié, de manière circonstanciée et pertinente, le respect des exigences en matière de capacité et de ratios de solvabilité;
- a retenu les ratios de solvabilité établis dans la décision attaquée et explicités dans les documents annexes faisant partie intégrante de la décision et imposant de constater que les ratios de solvabilité avancés par le conseil technique des requérantes en p. 49 de la requête reposent sur des appréciations inexactes;
- a conclu, à bon droit et avec pertinence, qu'il était satisfait au critère de solvabilité;
- a exercé son pouvoir d'appréciation dans le respect du principe de bonne administration et du devoir de minutie

56. Dans ces conditions, il échet de constater que le CHU a respecté les dispositions régissant l'appréciation des critères de capacité et qu'il n'a commis aucune erreur d'appréciation.

Le premier moyen en sa troisième branche doit être déclaré non sérieux."

C. Requête en intervention

La partie intervenante fait valoir ce qui suit:

" 47. A titre liminaire, la partie requérante en intervention relève – ainsi qu'il fut le cas à l'encontre de la seconde branche du premier moyen- l'irrecevabilité de cette troisième branche du moyen.

L'appréciation des allégations soutenues par les parties requérantes nécessite, en effet, que Votre Conseil se positionne en expert technique et financier. Outre le fait qu'un tel positionnement ne relève pas des compétences attribuées au Conseil d'État, une appréciation aussi pointue semble nécessiter l'intervention d'un expert en la matière, ce qui, au demeurant, est clairement incompatible avec le déroulement d'une procédure en extrême urgence.

La troisième branche du premier moyen est donc, au même titre et pour les mêmes raisons que la seconde branche, irrecevable.

48. Dans l'éventualité où Votre Conseil considérerait que cette branche du premier moyen peut être considérée comme recevable, *quod non*, la partie requérante en intervention se rallie et soutient les développements opérés par la partie adverse dans sa réfutation de la troisième branche du premier moyen.

49. A titre complémentaire à l'argumentation développée par la partie adverse, la partie requérante en intervention souligne le fait que le groupe holding ABENGOA ne se trouve, au contraire de ce que suggèrent les parties requérantes, aucunement dans une situation financière proche de la faillite.

En effet, dans la mesure où le site internet Wikipedia, duquel les parties requérantes tirent une partie de leurs informations, puisse valablement être considéré comme une source pertinente (cfr. page 41 de la requête en suspension d'extrême urgence), il convient de noter que les informations mentionnées par les parties requérantes ne sont manifestement plus d'actualité.

D'une part, le rapport «Updated Viability Plan & Financial Restructuring Terms» (traduction libre : «Plan de viabilité actualisé et conditions de restructuration financière»)[…] daté du 16 août 2016 renseigne sur l'état financier actuel et futur de la société ABENGOA (HOLDING). Les données communiquées, qui confirment la stabilité du groupe et l'apport de nouvelles liquidités (p. 10 du rapport) contredisent donc manifestement les allégations des parties requérantes concernant une faillite à brève échéance.

D'autre part, le groupe ABENGOA holding a soumis, en date du 28 octobre 2016, à la Cour du Commerce de Séville, une requête pour approbation de son accord de restructuration approuvé par 86% de ses créditeurs financiers.

50. Le CHU de LIEGE n'a donc commis aucune erreur d'appréciation en considérant que la S.A. INSTALACIONES INABENSA satisfaisait aux critères de ratio économiques et financiers imposés par les documents du marché.

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

VIII. 2. Appréciation

Comme le fait valoir la partie adverse, il convient de rappeler que le premier arrêt de suspension n° 235.653 du 31 août 2016 reposait sur les motifs suivants:

" Au terme d'une première analyse des données communiquées par les soumissionnaires, la partie adverse a considéré que l'intervenante ne présentait pas le niveau de capacité financière requis, dès lors qu'elle ne satisfait pas aux deux exigences relatives aux ratios de liquidité définis par les documents du marché.

Sur ce point, le rapport d'analyse des offres est formulé comme suit:

« Les éléments transmis par l'entreprise INABENSA sa sont complets. A l'analyse, il apparaît que son ratio de liquidité est inférieur à 1 et son fonds de roulement net n'est pas positif. Afin de poursuivre notre analyse, un courrier est envoyé à l'entreprise INABENSA sa pour lui demander de fournir un document démontrant pertinent [*sic*] la solidarité financière des associés ou de la maison-mère au moment du dépôt des offres.»

En réponse à la demande que lui avait ainsi adressée la partie adverse, l'intervenante a rappelé avoir joint à son offre ses bilans des trois dernières années et ceux de sa maison-mère ABEINSA, ainsi qu'une «lettre dont il est certifié la solidarité entre les deux».

A l'issue d'un nouvel examen effectué à la suite de cette réponse de l'intervenante, la capacité financière de celle-ci est admise. A ce propos, le rapport d'analyse des offres précise ce qui suit:

«Après examen de la réponse de la société INABENSA sa à notre demande de preuve de solidarité financière au moment du dépôt des offres, il ressort que lors de la remise de son dossier initial, cette entreprise avait fourni ses propres bilans, les bilans de sa société mère et un document de solidarité financière. Le pouvoir adjudicateur a fait un amalgame ces [*sic*] documents lors de sa première analyse financière. Une nouvelle analyse financière (jointe en annexe) a été réalisée suite à la réception de ces précisions et il en ressort que l'entreprise répond au critère de capacité économique et financière».

Pour aboutir à cette conclusion, la partie adverse a, *prima facie*, eu égard aux mêmes données comptables que celles qui avaient fondé sa première analyse, et à ces seules données, sans prendre en considération l'engagement de soutien financier souscrit par la maison-mère de l'intervenante. En admettant, sur cette seule base, la capacité financière de l'intervenante, elle a implicitement considéré que celle-ci affichait, à elle seule, la capacité financière requise.

A la lecture des extraits précédemment reproduits, la décision attaquée et le rapport d'analyse des offres qu'elle fait sien ne permettent pas de comprendre le revirement opéré par la partie adverse à l'issue de sa nouvelle analyse. La référence à l'«amalgame» reconnu par la partie adverse n'apporte aucun éclairage utile et la «nouvelle analyse financière» prétendument annexée au rapport ne l'est, en réalité, pas.

Ce revirement est d'autant plus incompréhensible et appelait, pour cette raison, une motivation d'autant plus soignée que, dès le dépôt de son offre, l'intervenante avait reconnu ne pas pouvoir, à elle seule, se prévaloir de la capacité financière requise, raison pour laquelle elle faisait appel à la capacité de sa maison-mère ABEINSA, produisant les bilans de celle-ci ainsi qu'une déclaration de soutien financier.

D'un examen effectué en extrême urgence, il apparaît ainsi que la partie adverse a méconnu les obligations de motivation formelle qui lui incombaient en vertu des dispositions dont le moyen invoque la violation. Il s'ensuit que celui-ci doit être déclaré sérieux".

A la suite de cet arrêt, la partie adverse a procédé à une nouvelle analyse de la capacité financière de la partie intervenante et a motivé comme suit sur ce point la décision attaquée (cette motivation formelle figurait déjà dans la seconde décision d'attribution du marché, prise le 28 septembre 2016 et dont la suspension de l'exécution a été ordonnée par l'arrêt n° 236.445 du 17 novembre 2016, mais pour d'autres motifs que ceux relatifs à la capacité financière de la partie intervenante)

" a.4. 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 111.2 .2 Capacité économique et financière.

Vu l'analyse complémentaire faite, pour autant que de besoin, par la direction financière du CHU des comptes annuels du soumissionnaire INABENSA de l'année 2015 qui confirme qu'elle satisfait aux ratios précités,

Pour les motifs de ces rapports et analyses, 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".

A la lumière de cette nouvelle motivation formelle ainsi que des documents complémentaires que la partie adverse a déposés afin de justifier sur le plan matériel la pertinence de sa décision en qui concerne la capacité financière de la partie intervenante, il apparaît, cette fois, *prima facie* que la partie adverse a pris soin de réexaminer de manière approfondie cette question et de s'entourer pour ce faire d'avis d'experts avant de prendre sa décision. Ce n'est donc en tout cas pas "à la légère" qu'elle a apprécié le ratio de solvabilité de la partie intervenante en prenant en considération les comptes individuels de cette dernière et non les comptes consolidés du groupe. Il est, en effet, *prima facie* permis de considérer que la partie adverse, sur la base du nouveau calcul opéré par son directeur financier le 16 septembre 2016, de la consultation donnée par PWC Réviseurs d'Entreprise scrl à ce sujet, et ce sur la base de la Norme Internationale de Services connexes 4400 "Missions de procédures

convenues relatives aux informations financières", ainsi que du document de synthèse établi par elle le 26 septembre 2016, que la partie adverse a, semble-t-il, dûment respecté tant son devoir de minutie que son obligation de procéder à un examen sérieux du respect par la partie intervenante des critères de ratio imposés par les documents du marché, pour en arriver à la conclusion que les bilans et comptes de résultat de la partie intervenante permettent d'établir des ratios qui répondent aux conditions du cahier spécial des charges.

Pour le surplus, les divers griefs formulés par les requérantes sont à ce point techniques qu'ils dépassent le niveau d'examen auquel le Conseil d'État doit se limiter dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence.

Au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, il semble en tout cas permis de considérer:

- que la "mise en garde" des réviseurs de la partie intervenante ne paraît pas déterminante en soi. Il n'est, en effet, pas étonnant qu'un réviseur attire l'attention sur la santé du groupe auquel appartient la société révisée et cela n'indique par ailleurs pas à un pouvoir adjudicateur d'un marché public déterminé comment il doit calculer le ratio de solvabilité selon les critères qu'il s'est lui-même fixés dans son cahier spécial des charges. Il convient à cet égard de noter que PWC a relevé dans sa consultation que la lecture interprétative à laquelle ont procédé ces réviseurs, si elle paraît importante en Espagne, n'est obligatoire ni en Belgique ni dans le cadre du présent marché. En d'autres termes, nonobstant l'avis de l'expert A. STREEL dont se prévalent les requérantes et à moins qu'une norme comptable impose de calculer les ratios de solvabilité sur la base des comptes consolidés, ce qui n'apparaît pas être le cas à première vue, il est *prima facie* permis de considérer que le choix de tenir compte ou non de la situation financière du groupe dans son ensemble relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur;

- que, s'agissant du reclassement des créances envers ABENGOA, il semble *prima facie* qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de "modifier", virtuellement, les comptes certifiés de la partie intervenante, ces données s'imposant en effet à lui;

- et que, si la notation donnée par GRAYDON n'est en effet pas de nature à rassurer sur la santé financière de la partie intervenante, cet élément ne constitue cependant pas la mise en œuvre des critères fixés par le cahier spécial des charges et n'est, en conséquence, pas pertinent aux fins de l'examen de la troisième branche du premier moyen.

Il résulte des considérations qui précèdent que la troisième branche du premier moyen n'est pas non plus sérieuse.

IX. Deuxième moyen

IX. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un deuxième moyen pris de la violation de "l'article 24 de la loi du 15 juin 2006, des articles 15, 21 et 99 de l'AR du 15 juillet 2011, du principe de bonne administration, du devoir de minutie et la commission d'une erreur manifeste d'appréciation".

Elles le développent comme suit:

" 80. En vertu de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services:

> «Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à 10 % HTVA de cette offre.»

L'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise quant à lui ce qui suit :

> «Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci».

L'article 21 de ce même arrêté royal du 15 juillet 2011 précise quant à lui ce qui suit:

> «§ 1er. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.
> […]
> § 3. […] Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de 12 jours calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long […].
> Les justifications concernent notamment :
> 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
> 2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
> 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le

soumissionnaire;
4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.
Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire […]».

L'article 99 de l'arrêté royal précité dispose enfin ce qui suit :

«§ 1er. Après avoir appliqué l'article 96, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21.
§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins 4 offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total […].
En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur :
1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;
2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 à 4. Si après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière […]».

81. En l'espèce et comme cela a été indiqué ci-dessus, l'offre déposée par l'entreprise INABENSA s'écarte de plus de 15 % de la moyenne des offres déposées par les autres soumissionnaires. Ceci a été constaté par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la vérification des prix. L'écart entre l'offre de l'entreprise INABENSA et la moyenne des autres offres, calculée conformément à l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, s'élève donc à la somme de 4.189.032,54 € (14.683.072,02 € - 10.494.039,48 €). Il s'agit donc d'un écart de 29 %, soit près du double de l'écart minimum imposant au pouvoir adjudicateur d'interroger le soumissionnaire en vertu de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal précité. Au-delà de cet écart colossal, lequel obligeait la partie adverse à interroger INABENSA sur l'anormalité du montant global de son offre, la partie adverse l'a interrogée sur certains postes de son offre dont les montants apparaissaient anormalement bas.

82. De manière générale, l'acceptation de l'offre d'INABENSA par la partie adverse repose sur le recours par INABENSA à de la main-d'œuvre espagnole ainsi qu'à de la fourniture espagnole et portugaise. La décision fait d'ailleurs état d'accords-cadres et/ou de contrats conclus avec certains de ces sous-traitants et fournisseurs, accords et/ou contrats qui seraient joints à l'offre. La décision précise également l'identité de ces sous-traitants et fournisseurs, à savoir les sociétés CIAT, INSATALADORES REUNIDOS, FERROLI, VIEIRA LOPEZ, OCRAM, COFELY SERVICES (société belge d'ores et déjà en charge de la maintenance de l'installation et présente sur site).

83. Or, cette motivation retenue par la partie adverse est démentie par le fait qu'INABENSA est, pour l'exécution de ce marché, à la recherche de sous-traitants sur le marché belge ainsi que le démontre le mail qu'elle a adressé à une des requérantes le 19 juillet 2016 […] selon lequel :

«

De: Jesus Garcia Gracia [mailto: jesus.garcia.g@abengoa.com] Envoyé : mardi 19 juillet 2016 17:32 À : info@close.be

Objet : Request For Interest - Hospital C.H.U. de Liège Project

Dear Sirs,

For our projects awarded, Mechanical HVAC Installation. Hospital C.H.U. de Liège (Belgium), we invite you to send us your best quotation, Thus in case your company are interested in send us your quotation we'll send you further information to avoid you to study such project.

Looking forward to hearing from you

Best Regards
Jesus Garcia Gracia - Purchasing Department

ABENGOA
INABENSA

[…]

»

Traduction libre :

> «Cher Messieurs,
> En vue du projet d'installation d'HVAC attribué par l'hôpital du CHU de Liège, nous vous invitons à nous remettre votre meilleur prix. C'est uniquement dans l'hypothèse où votre société est intéressée à remettre prix que nous vous enverrons des informations afin de vous permettre d'étudier ce projet».

La justification d'INABENSA retenue par la partie adverse est donc parfaitement contraire à la réalité puisque cette dernière interroge des potentiels sous-traitants belges pour exécuter l'ensemble de ce marché; sous-traitants belges qui se distinguent de ceux qui sont mentionnés dans le corps même de l'acte attaqué alors que cet acte indique pourtant qu'il s'agit d' «engagements express» conclus entre INABENSA et ces sous-traitants et fournisseurs espagnols et portugais.

84. En droit, la partie adverse n'a manifestement pas procédé à un réel examen des justifications avancées par ce soumissionnaire, se contentant de reprendre celles-ci à son compte tout en citant les prétendus accords-cadres et/ou contrats conclus entre INABENSA et ses fournisseurs et sous-traitants sans pour autant s'assurer que ces accords et/ou contrats sont toujours en vigueur et respectés par ces derniers. Or, le mail reproduit ci-dessus démontre que cela n'est pas le cas !

85. Au demeurant, la partie du dossier administratif, contenant la justification d'INABENSA et les accords-cadres et contrats étant confidentielle, les requérantes émettent des doutes circonstanciés quant à la rédaction en français des accords et contrats joints à l'offre, quant à l'existence d'une traduction de ces actes (très certainement rédigés en espagnol ou en anglais) puisque l'avis de marché dispose sous l'article IV.3.6. que la langue de la procédure est le français et plus généralement quant à l'analyse et la juste compréhension par la partie adverse de ces actes.

86. Il n'apparaît donc pas que la partie adverse ait procédé à un examen complet et sérieux des justifications émises par INABENSA, ce qui constitue une violation du principe de motivation matérielle selon la jurisprudence du Conseil d'État et résulte d'une erreur manifeste d'appréciation. Il a ainsi été décidé ce qui suit dans un arrêt du 10 novembre 2015 (C.E., 6ème ch., n° 232.885, 10 novembre 2015) :

> «[…] Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, conformément aux dispositions de l'article 21, § 3, alinéa 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

> Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir, et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable. Il lui appartient également de vérifier si la décision de considérer, comme en l'espèce, des prix comme normaux a été prise au terme d'une procédure révélant le caractère complet de l'examen par ledit pouvoir des justifications apportées […]».

De même, dans un arrêt du 7 septembre 2015, le Conseil d'État a décidé (C.E., 6ème ch., n° 232.110, 7 septembre 2015) :

> «[…] Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à cet égard à celle du pouvoir adjudicateur.
> Il revient toutefois au Conseil d'État de vérifier si la décision du pouvoir adjudicateur repose sur une motivation suffisante et adéquate et de censurer une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dans son chef.
> Par ailleurs, lorsque conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la vérification du montant total d'une offre s'impose au pouvoir adjudicateur, ledit montant étant présumé anormalement bas, l'appréciation qui conduit ce pouvoir adjudicateur à écarter cette présomption doit faire l'objet d'une motivation précise […].
> Il ressort de l'extrait cité du rapport d'examen des offres que la partie adverse ne s'est pas contentée de reprendre les justifications avancées par le soumissionnaire, mais qu'elle a procédé à un examen circonstancié de celles-ci. Elle fournit, par ailleurs, les motifs pour lesquels, à l'issue de cette vérification, elle estime que le prix proposé est normal et réaliste pour ce type de marché […]».

87. La justification de l'anormalité du montant de l'offre d'INABENSA ainsi que de certains postes qu'elle contient n'étant pas admissible, l'écart entre la moyenne du montant des offres concurrentes et le montant de l'offre d'INABENSA ne peut s'expliquer que par une violation des dispositions visées au moyen et, en particulier, de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, selon lequel «Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci».

Selon la doctrine :

> «La première obligation qui incombe au soumissionnaire concerne la détermination du prix de revient des prestations incluses dans chacun des postes. Seuls les éléments qui intrinsèquement contribuent à déterminer la valeur réelle de ces prestations par rapport à leur ensemble sont à prendre en compte pour fixer la base du prix de poste concerné. Ce premier travail étant achevé, le soumissionnaire a encore à prendre en compte des éléments de coût extrinsèque aux prestations elles-mêmes, mais qui contribuent au financement et au développement de ses activités, soit en rapport direct avec le marché concerné, comme les frais généraux de chantier (frais d'aménagement ou de location de locaux, de chantier ou frais de surveillances par exemples), soit sur un plan général (frais généraux de siège, frais financiers globaux ou bénéfices) (…). Les règles ici commentées permettent de cerner le concept de prix normal du marché et vont servir de point de départ à la vérification des prix à laquelle va procéder ultérieurement le pouvoir adjudicateur» [Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL, M. VASTMANS, Le nouveau droit des marchés publics en

Belgique, de l'article à la pratique, LARCIER, 2013, p. 523 et suivantes] .

En l'espèce, si la partie adverse indique, dans l'extrait du rapport d'analyse des offres, qu'elle a interrogé le soumissionnaire INABENSA conformément à l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les réponses de ce dernier sont parfaitement contraires à la réalité et ne pourraient en toute hypothèse pas justifier un tel écart de près de 30 % entre le montant de son offre et celui de la moyenne des autres offres, calculé conformément à l'article 99 dudit arrêté royal.

Comme indiqué ci-dessus, cet écart ne peut se justifier que par une violation, dans le chef de l'entreprise INSTALACIONES INABENSA, de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 de sorte que l'offre de cette dernière devait être déclarée irrégulière.

88. Les requérantes ayant déposé l'offre régulière la plus basse, le marché devait leur être attribué conformément l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services".

B. Note d'observations

La partie adverse développe les arguments suivants:

" a. Absence de tout élément nouveau

58. Aucun élément neuf n'est invoqué par rapport au recours précédent, et ce alors que madame l'auditeur a donné, dans ce cadre à l'audience du 4 novembre 2016, un avis concluant au caractère non sérieux du moyen fondé sur le caractère prétendument anormalement bas des prix de l'offre retenue et le défaut de motivation allégué.

b. Ecart de 29 % par rapport à la moyenne non significatif

59. C'est à tort que les requérantes soutiennent que le seul fait d'un écart de 29 % même égal à près du double de l'écart minimum imposant au pouvoir adjudicateur d'interroger le soumissionnaire en cause établit en soi une violation de l'art. 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 selon lequel "les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif et de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers ainsi que le bénéfice sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci ".

Ce fait impose seulement au pouvoir adjudicateur d'interroger les soumissionnaires et de demander ses justifications.

C'est ce qui a été dûment fait par lettres recommandées des 1er et 24 février 2016, auxquelles la société INABENSA a répondu dans les délais impartis (comme évoqué en p. 24 du rapport succinct d'examen des offres et comme établi par la pièce 11 constituant le dossier administratif complet).

60. Le seul fait que l'écart entre le montant de l'offre retenue et la moyenne des montants des offres soit de 29% est d'autant moins pertinent que :

a) l'auteur de projet a estimé le montant du marché à 11.275.175 EUR HTVA ou 13.642.961,35 EUR TVAc

b) l'offre des requérantes s'élève à 17.000.217, 97 EUR TVAc , soit un montant supérieur de 3.357.256,62 EUR ou dépassant le montant de l'estimation de 24, 60 %

c) dans ces conditions, non seulement, les montants largement supérieurs de

l'offre des requérantes et des 4ème et 5ème offres faisaient penser à des prix anormalement hauts, mais ils s'avèrent inacceptables en ce qu'ils dépassent les capacités financières du CHU de Liège au point de le contraindre à renoncer à l'attribution du marché par application de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 et de faire une nouvelle consultation du marché.

c. Non fondement de l'action en cessation fondée sur une vente à perte

61. C'est de manière circonstanciée que la présidente du tribunal de commerce siégeant comme en référé a, par jugement du 20 décembre 2016[…] déclaré non fondée l'action en cessation introduite contre la société INABENSA.

Si le contrôle du caractère normal ou non des prix va plus loin que le contrôle du seul caractère "à perte "du prix remis, le jugement relève que :

« c) Quant au fond
L'article VI.116 du CDE interdit l'offre de vente à perte. Il est généralement admis qu'une vente est à perte lorsqu'elle ne permet pas à l'entreprise de couvrir à la fois son prix de revient et un certain pourcentage de ses frais fixes, ainsi qu'à lui octroyer une marge bénéficiaire. En matière de marchés publics, l'offre doit également permettre de couvrir les frais liés à la réalisation du marché.
CLOSE-AXIMA-DELTA considère que l'offre remise par INABENSA, pour un montant total de 10.494.039,48 € HTVA, constitue une offre de vente à perte. Elle avance que sa propre offre, d'un montant de 14.049.766,91 € HTVA, représenterait le meilleur prix possible sur le marché. Elle se fonde à cet égard, à la fois sur les prix de ses propres fournisseurs et sur le rapport SOPHIA, qu'elle a commandé.
Elle ne peut être suivie à cet égard. En effet, le CHU explique, sans être contredit sur ce point, que le bureau VERHAEGEN, son conseiller technique et financier dans le cadre du marché litigieux, est un spécialiste du domaine médical en Belgique. Celui-ci avait estimé la valeur du marché, avant publication de l'avis, à un montant de 11.275.175 EUR HTVA.
Il est exact que l'offre remise par INABENSA est inférieure à ce montant. Mais, cette dernière justifie cette situation par le fait qu'elle bénéficie des accords-cadres d'approvisionnement garantis au groupe ABENGOA dans son ensemble, dont elle fait partie, ainsi qu'au coût moindre de la main d'oeuvre espagnole et portugaise, à laquelle elle projette de faire appel.
Le bureau VERHAEGEN a procédé à une analyse détaillée des différents postes de l'offre faite par INABENSA et a considéré que ces justifications correspondaient à la réalité. Il a notamment pu prendre connaissance des accords-cadres dont se prévaut INABENSA et a constaté que les prix avancés par elle correspondaient bien aux prix de ses fournisseurs.
Il faut également souligner que pour les postes du marché qui doivent être exécutés en Belgique, les prix proposés dans l'offre d'INABENSA sont équivalents à ceux des autres offres reçues par le CHU, ce qui appuie l'argument d'INABENSA que le coût de la main d'oeuvre, moins chère en Espagne et au Portugal, à laquelle elle fera appel pour une partie de prestations visées par le marché, explique en partie la différence de prix entre son offre et celle des autres soumissionnaires.
Le CHU constate encore que les offres remises par les trois soumissionnaires les plus chers, dont celle de CLOSE-AXIMA-DELTA, s'écartent de manière importante vers le haut de l'estimation faite par le bureau VERHAEGEN, sans qu'aucune explication ne soit fournie par la partie demanderesse à cet égard. Le CHU souligne que ces trois soumissionnaires sont les trois acteurs les plus importants du secteur en Belgique.
Il y a lieu également de rappeler que le prix normal du marché ne s'analyse pas par rapport à l'offre faite par la partie demanderesse, ni par rapport aux prix qu'elle avance obtenir de ses propres fournisseurs.
La critique de la partie demanderesse repose uniquement sur le fait que l'offre faite par INABENSA est plus basse que la sienne, mais sans qu'aucun élément

ne soit apporté démontrant que son offre correspondrait effectivement au montant le plus bas possible pouvant être obtenu sur le marché pour ce type de prestations et de travaux.
Contrairement à ce qu'elle avance à cet égard, le marché à prendre en compte est le marché européen, de sorte qu'il ne peut être fait aucun reproche à INABENSA de se fournir auprès d'entreprises situées hors Belgique, lesquelles lui accordent des prix plus intéressants. De même, INABENSA étant une société espagnole, il est logique qu'elle fasse appel à de la main d'oeuvre établie dans cet Etat.
Pour rappel, le bureau VERHAEGEN, spécialiste du domaine, avait estimé la valeur du marché à un montant beaucoup plus bas que l'offre faite par CLOSE-AXIMA-DELTA. De sorte que l'offre de celle-ci ne peut être considérée comme étant l'étalon de référence du prix du marché.
Il faut également avoir égard au fait que la législation sur les marchés publics prévoit une procédure spécifique de contrôle des offres, notamment quant à leur caractère normal ou non.
Ainsi, les articles 21 et 99 de la loi de 2013 mettent en place des mécanismes de vérification des prix des offres.
En l'espèce, s'agissant d'un marché de travaux passé par adjudication, et cinq offres ayant été remises, le CHU a l'obligation de procéder à la vérification des prix de toute offre qui serait inférieure de plus de 15 % à la moyenne des offres reçues. Pareille offre serait par ailleurs considérée comme présumée anormalement basse.
Or, cette notion d'offre anormalement basse est plus large que celle de vente à perte.
Dès lors, le contrôle que devra effectuer le CHU dans ce cadre sera bien plus important que celui qui serait opéré dans le cadre de la présente procédure puisqu'il ne s'arrêtera pas au contrôle des prix à perte mais ira jusqu'au contrôle de l'éventuelle «anormalité» des prix, soit une notion plus large que celle de vente à perte.
Il découle de ce qui précède que la partie demanderesse échoue à démontrer que l'offre d'INABENSA constituerait une offre de vente à perte, interdite par l'article VI.116 CDE.
En effet, nous constatons que le CHU, assiste par le bureau VERHAEGEN, a procédé à une analyse détaillée des offres reçues, notamment sur le plan économique. Ainsi, chacun des postes de cette offre a été examiné.
Par ailleurs, la législation sur les marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de procéder à une analyse du caractère normal des offres, laquelle permettra de rencontrer les objections soulevées par la partie demanderesse. Il faut également rappeler que le bureau VERHAEGEN, spécialiste du domaine médical en Belgique, a déjà analysé l'offre d'INABENSA, et notamment les coûts et prix des différents postes du marché, et qu'il n'a décelé aucune irrégularité.
Le bureau VERHAEGEN a eu accès à des documents, qui au jour d'aujourd'hui, sont confidentiels, ainsi que l'impose la législation sur les marchés publics.
Dans la mesure où aucun élément pertinent n'est avancé par la partie demanderesse pour démontrer que l'offre d'INBENSA constituerait une offre de vente à perte, interdite par l'article VI.116 CDE, il n'y a pas lieu d'ordonner les mesures de cessation demandées, ni de porter atteinte à la confidentialité des documents mise en place par le droit applicable aux marchés publics.»

d. Motivation circonstanciée par rapport à tous les éléments constitutifs des prix et des moyens d'investigation à disposition de tout pouvoir adjudicateur

62. Sous l'art. 5.2.4 en p. 25, le rapport succinct d'examen des offres du 29 juin 2016 intégré dans la décision attaquée énonce que les auteurs de projet ont procédé à l'examen des justifications présentées par la société INABENSA et ce, tant pour chacun des postes que pour l'ensemble de l'offre.

63. C'est de manière circonstanciée que la décision attaquée relève les éléments

retenus dans l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation de la partie adverse pour conclure au caractère non anormal des prix en cause et ce, eu égard :

- à la justification détaillée telle que produite,
- à la position du soumissionnaire en cause sur le marché européen,
- aux modalités de fabrication et de montage envisagées,
- au caractère plus bas des salaires selon le lieu de fabrication et de montage,
- à l'existence d'accords commerciaux produits - et émanant de firmes réputées ou portant sur des produits dont la qualité ne peut être mise en cause.

64. C'est dans le cadre de l'exercice raisonnable de son pouvoir d'appréciation que la partie adverse a fait siennes les considérations des auteurs de projet constatant le détail des justifications produites, sur la base d'éléments propres au soumissionnaire compte tenu de sa localisation, de sa position sur le marché européen permettant notamment des interventions réalisées légalement aux coûts de la main-d'œuvre en Espagne et au Portugal.

Ces éléments ont été considérés comme d'autant plus crédibles que, pour les postes où la main-d'œuvre sera appelée à travailler sur chantier, les prix sont comparables à ceux des autres soumissionnaires.

Tel est le cas des sept postes invoqués par la société consultée par les requérantes dans le cadre de leur action en cessation devant le président du tribunal de commerce de Liège, division de Liège, ainsi que le relève rapport succinct d'examen des offres du 29 juin 2016 en page 26 *in fine* et 27 , rapport intégré à la décision attaquée :

Ainsi, si on examine les sept postes donnés par la SA Sophia Belgium comme étant ceux avec le plus grand temps de montage, les prix de Inabensa sont similaires ou supérieurs aux prix du soumissionnaire Close-Cofely-Delta Thermic, ce qui va à l'encontre de l'argument défendu par la SA Sophia Belgium.

«DN 50 acier prix AM 39,61 € prix Inabensa 43,97 € soit 10 % de plus
DN 100 acier prix AM 58,43 € prix Inabensa 96,59 € soit 39 % de plus
Gaines rectangulaires prix AM 64,38 € prix Inabensa 68,83 € soit 6 % de plus
Gaines ronde diam 100 prix AM 34,41 € prix Inabensa 39,15 € soit 12 % de plus
Gaines ronde diam 125 prix AM 38,38 € prix Inabensa 40,36 € soit 5 % de plus
Gaines ronde diam 160 prix AM 43,67 € prix Inabensa 42,03 € soit 4 % de plus
Gaines ronde diam 200 prix AM 49,69 € prix Inabensa 43,92 € soit 13 % de plus».

e. Absence d'incidence de la demande aux requérante d'un accord pour une remise d'offres

65. Les parties requérantes soutiennent à tort que le fait que la société INABENSA ait interpellé la société CLOSE pour une éventuelle intervention comme sous-traitant compromet la pertinence de l'appréciation faite quant au caractère normal du montant global de l'offre et du prix des postes ayant fait l'objet d'une interpellation.

En effet,

a) En soi, rien n'empêche le soumissionnaire retenu de refaire appel à la concurrence.
b) Le mail du 19 juillet 2016 de la société INABENSA invite en fait à faire savoir si "votre société est intéressée à remettre prix" auquel cas elle enverra les informations pour permettre d'étudier le projet.
c) En toute hypothèse, il s'agit assurément d'une demande de prix visant les prestations à faire en Belgique pour lesquelles l'offre a prévu des montants correspondant aux prix du marché belge.
   En aucun cas, l'interpellation faite ne porte sur les prestations et fabrication à faire au Portugal et en Espagne comme annoncé dans la justification des prix et

comme retenu à bon droit par la partie adverse.

f. Absence de tout élément pertinent omis dans l'appréciation faite

66. Les requérantes elles-mêmes sont bien en peine d'établir quel autre élément aurait pu être pris en considération pour conclure à des indices sérieux imposant de conclure à l'existence de prix anormalement bas compromettant une exécution conforme aux documents du marché.

La partie adverse assistée de ses auteurs de projet ne disposait d'aucun élément d'investigation permettant d'étudier les prix offerts sur le marché européen à l'instar, par exemple, de ceux dont dispose la Commission européenne dans le cadre de ses investigations ayant pour objet la lutte contre le dumping.

C'est bien par rapport aux éléments concrets du marché dans le cadre des investigations qu'il est raisonnable de mettre à charge d'un pouvoir adjudicateur qu'il a été constaté et expliqué dans la décision attaquée que les prix en cause étaient apparemment non anormalement bas.

La décision concluant à l'absence de prix apparemment anormaux repose donc sur une motivation pertinente, adéquate et propre au marché.

Il en est d'autant plus ainsi que, sur la base des documents en leur possession, les auteurs de projet ont soulevé la question de l'existence de prix anormalement hauts dans le chef des requérantes elles-mêmes, eu égard

- aux justifications apportées par la société INABENSA,
- à l'estimation effectuée préalablement à la mise en concurrence qui était de 11.275.175 EUR HTVA ou 13.642.961,35 EUR TVAC
- et aux prix remis par un autre soumissionnaire D-FI / ENERGYS [S'inscrivant dans l'estimation du marché].

67. Pour le surplus, c'est de manière circonstanciée que la décision attaquée se prononce sur le montant global de l'offre et des prix unitaires des postes ayant fait l'objet d'une demande de justification.

Il est renvoyé à la décision d'attribution dont les extraits ici en cause sont repris ci-avant.

68. Le deuxième moyen n'est donc pas sérieux".

C. Requête en intervention

La partie intervenante fait valoir ce qui suit:

" 52. A titre liminaire, il convient de souligner que, contrairement à ce que les parties requérantes soutiennent, la seule existence d'un écart de 29% par rapport à la moyenne des offres déposées par les autres soumissionnaires ne constitue pas en soi une violation de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Ce que prévoit en réalité l'article 21 de l'arrêté royal précité est qu'il repose sur l'autorité adjudicatrice une obligation de mener une enquête quant aux prix proposés. En matière d'adjudications, la règle veut que si le prix proposé diffère de plus de 15 % de la moyenne des offres, il y a une présomption de prix anormal et une justification du prix doit être demandée au candidat.

Contrairement à ce que les parties requérantes affirment, cela ne signifie pas que l'offre doit être écartée d'office en raison d'un prix anormal, mais uniquement

qu'une justification du prix doit être demandée au candidat.

53. Or ce fut le cas en l'espèce. Par courrier du 1er février 2016, il a été demandé à la S.A. INSTALACIONES INABENSA ainsi qu'aux autres candidats, de justifier leur prix. La partie requérante en intervention a formulé une (première) justification de prix le 11 février 2016.

Le CHU de LIEGE, considérant qu'il ne disposait pas encore de suffisamment d'éléments afin de dûment mener son enquête de prix, demanda par courrier du 24 février 2016 à la S.A. INSTALACIONES INABENSA de justifier pour la deuxième fois différents postes de prix de son offre. Quoi qu'il ne s'agisse pas d'une obligation dans le chef de l'autorité administrative, l'article 21, § 3, 5e alinéa, de l'arrêté royal «Passation» réserve la possibilité de formuler des demandes supplémentaires aux candidats.

Le fait que le CHU de LIEGE se soit en l'occurrence saisi de cette faculté pour formuler une demande supplémentaire indique que celui-ci a fait preuve de la diligence nécessaire dans son enquête relative à un prix potentiellement anormal. Si, comme l'affirment à tort les parties requérantes, le CHU de LIEGE ne devait pas avoir investigué la justification du prix, il se serait, sans aucun doute possible, satisfait de la première justification de prix reçue, et n'aurait pas pris la peine de demander des explications complémentaires.

Pour ces motifs, aucun crédit ne peut être accordé à l'affirmation des parties requérantes selon laquelle le CHU de LIEGE n'aurait procédé à aucune enquête effective de prix.

54. Suite à la deuxième demande d'explications formulées par la partie adverse, la partie en intervention a produit une justification circonstanciée de son prix […].

Dans ce document, la partie [en] intervention renseigne concrètement les raisons pour lesquelles elle peut offrir un prix plus intéressant que la concurrence.

Cette justification repose sur la production de l'ensemble de ses contrats avec les sous-entrepreneurs (et de leur prix), en ce compris les contrats-cadres dont il ressort que la partie en intervention - une multinationale - reçoit de ses fournisseurs de matières premières des prix très intéressants. Le document comprend également une description complète de la composition des prix, poste par poste (frais de matériel, fournisseurs de matières premières, frais d'installation et marge de profit).

Aucun manquement à l'article 21 de l'arrêté royal précité ne peut donc être constaté dès lors que le CHU de LIEGE a, par deux fois, demandé des justifications de prix, et que le dossier administratif comprend une justification circonstanciée du prix de la part de S.A. INSTALACIONES INABENSA.

Le CHU de LIEGE pouvait dans ces conditions parfaitement apprécier la justesse, ou plus exactement, le caractère non-anormal du prix proposé par la S.A. INSTALACIONES INABENSA. Sa décision est donc suffisamment fondée eu égard aux pièces figurant au dossier.

55. A cet égard, il convient de souligner que la décision d'attribution du 28 septembre 2016 [lire: 21 décembre 2016] est particulièrement motivée en ce qui concerne l'appréciation par le CHU de LIEGE du montant global de l'offre et des prix des postes ayant fait l'objet d'une demande de justification.

C'est ainsi de manière circonstanciée que la décision d'attribution mentionne :

«Par lettre du 11/02/2016 et du 08/03/2016, la société INABENSA a transmis un dossier particulièrement fourni contenant la décomposition de ses prix, les prix des offres de certains sous-traitants, et les accords-cadres portant sur les prix de

fourniture du matériel offert.
B.1. Le montant global de l'offre.
Au terme de leur analyse approfondie, les auteurs de projet ont relevé au point 5.4.2 de leur rapport que le montant global de l'offre de la société INABENSA ne pouvait être considéré comme anormalement bas, dès lors que le montant global était justifié par les éléments suivants:

• la fourniture de matériel bénéficiant de prix de fabrication plus bas que ceux du marché belge; tel est le cas du matériel produit localement en Espagne et au Portugal, c'est-à-dire sur base des coûts inférieurs à ceux du marché belge.

Ainsi, le groupe de traitement d'air, représentant plus de 10% du marché est de marque OCRAM et de fabrication portugaise. CIAT, fournisseur international; pratique des prix différents en fonction de chaque pays et de la concurrence locale. Bénéficiant de certification Eurovent et au vu de la documentation fournie, ces produits n'apparaissent pas de qualité inférieure.
Des éléments comme les tableaux électriques sont fabriqués par le soumissionnaire lui-même avec des coûts de main-d'œuvre locale et sans intermédiaire.

• la taille importante de la SA INABENSA sur le marché international la faisant bénéficier d'accords-cadres relativement intéressants dûment produits au dossier justificatif.
Les justificatifs produits font état d'accords commerciaux justifiant les prix remis propos desquels le bureau d'études ne dispose d'aucun moyen d'investigation.
II est cependant constaté que ces produits émanent de sociétés réputées, portent sur des produits dont la qualité ne peut être mise en doute et qu'en définitive, ils résultent de l'ouverture à la concurrence au niveau européen, comme exigé par la règlementation régissant l'attribution des marches publics pour un marché de cette importance.
Dans ces conditions, les affirmations mentionnées dans le rapport établi par la S.A. SOPHIA BELGIUM produit par le soumissionnaire CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC dans le cadre de son action en cessation devant le tribunal de commerce de Liège - division Liège, selon lequel il apparaitrait notamment que "la liste des équipements proposés par la SM (CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC) correspond bien aux équipements conformes les moins chers "est en fait démentie par les documents justificatifs produits par la société INABENSA.
En effet, comment la SA SOPHIA BELGIUM peut-elle affirmer qu'elle connait tous les accords commerciaux entre des sociétés (installateurs et fournisseurs) sur le marché européen et ainsi, soutenir que la SM CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC a assurément remis les prix les moins chers ?
Au demeurant, les conclusions développées par la SA SOPHIA BELGIUM sont d'autant moins crédibles que seule une comparaison chapitre par chapitre présente un intérêt : ressortir quelques différences ponctuelles, comme le fait la SA SOPHIA BELGIUM dans son rapport ne permet pas de tirer la moindre conclusion et ce, au vu du nombre très important de postes du métré.

- pour ce qui concerne le coût de la main-d'œuvre, il convient d'avoir égard aux éléments suivants :
  - le coût de la main-d'œuvre est significativement plus bas en Espagne qu'en Belgique et ce, surtout pour l'ingénierie;
  - certains postes du marché, comme par exemple l'établissement du dossier préparant l'exécution ne concerne que de la main-d'œuvre espagnole propre à la société INABENSA;
  - le pourcentage de la main-d'œuvre pour certains postes peut être variable d'une entreprise à l'autre.

  Aussi, les prix remis dans l'offre d'INABENSA s'avèrent plus bas lorsqu'il y a recours à de la main-d'œuvre d'Espagne.
  Pour les postes ou la main-d'œuvre sera employée sur chantier, les prix s'avèrent comparables à ceux des autres offres.

En effet, si on examine les sept postes renseignés par la SA SOPHIA BELGIUM comme étant ceux avec le plus grand temps de montage, les prix de l'offre INABENSA sont similaires ou supérieurs aux prix du soumissionnaire CLOSE - AXIMA - DELTA THERMIC - ce qui va à l'encontre de l'argument défendu par la SA SOPHIA BELGIUM ainsi qu'il résulte du tableau ci-après :

	Prix AM CLOSE/AXIMA/ DELTA THERMIC	Prix INABENSA	Prix d'INABENSA par rapport aux prix de l'AM CLOSE/AXIMA/ DELTA THERMIC
DN 50 Acier	39,61 EUR	43,97 EUR	Soit 10 % de +
DN 100 Acier	58,43 EUR	96,59 EUR	Soit 39 % de +
Gaine rectangulaire	64,38 EUR	68,83 EUR	Soit 6 % de +
Gaine ronde DIAM 100	34,41 EUR	39,15 EUR	Soit 12 % de +
Gaine ronde DIAM 125	38,38 EUR	40,36 EUR	Soit 5 % de +
Gaine ronde DIAM 160	43,67 EUR	42,02 EUR	Soit 4 % de +
Gaine ronde DIAM 200	49,69 EUR	43,92 EUR	Soit 13 % de -

Au surplus, il a été dûment constaté que les prix de fabrication et de fournitures ont bien été majorés d'un pourcentage pour frais généraux et bénéfices.
Dans ces conditions, il est conclu au caractère non anormalement bas du montant global de l'offre de la société INABENSA».

La décision fait ensuite état des justifications apportées par la S.A. INSTALACIONES INABENSA pour chaque poste concerné par une demande de justification supplémentaire. La partie requérante en intervention renvoie ici pour plus de détails aux pages 5 à 10 de la décision d'attribution du 28 septembre 2016 [lire 21 décembre 2016]. Eu égard aux justifications apportées par la S.A INSTALACIONES INABENSA et en particulier à la décomposition du prix, à l'identification et à la preuve de l'engagement du fournisseur ou du prestataire, à la présentation des accords-cadres et à la présentation de l'offre émises par les sociétés concernées, le CHU de LIEGE considère que le prix pour les postes concernés n'est pas anormal.

Ainsi que la partie requérante en intervention l'a déjà mentionné, il convient, pour le bon ordre, de rappeler que, par jugement du 20 décembre 2016, la Présidente du tribunal de commerce de Liège, division de Liège, siégeant comme en référé, a déclaré non fondé la demande des parties requérantes en cessation "d'offrir et/ou de réaliser pour le CHU de Liège, les travaux ayant fait l'objet", fondée sur le fait que l'offre aurait contenu des prix de vente à perte.

56. Contrairement à ce que les parties requérantes prétendent, la partie adverse a ainsi valablement procédé à une analyse détaillée de la justification du prix et a également suffisamment développé ses motifs dans la décision d'attribution.

Il ne peut être question d'une quelconque erreur manifeste d'appréciation ou d'une violation du principe de motivation formelle.

Dans le cadre de l'appréciation de l'enquête de prix par l'autorité adjudicatrice, Votre Conseil ne dispose que d'un pouvoir d'appréciation marginale, en ce sens que Votre Conseil ne peut sanctionner que la décision manifestement déraisonnable ou la commission d'une erreur manifeste d'appréciation.

Il ressort de ce qu'il précède que la partie adverse n'a certainement pas commis d'erreur d'appréciation, encore moins une erreur manifeste d'appréciation.

57. L'email du 19 juillet 2016 présenté par les parties requérantes comme déterminant ne permet en rien de remettre cette conclusion en question.

En effet, dans la mesure où cet email comporte uniquement une invitation à présenter ses prix, il ne démontre aucunement que les contrats passés par la S.A. INSTALACIONES INABENSA avec ses sous-traitants ne seraient plus d'actualité.

La pertinence de l'appréciation opérée par le CHU de LIEGE quant au caractère normal du montant global de l'offre et du prix des postes ne peut dès lors, elle non plus, pas être remise en question.

58. Le deuxième moyen soulevé par les parties requérantes n'est donc pas fondé. "

IX. 2. Appréciation

Dès lors que le marché litigieux concerne un marché de travaux passé par adjudication et que cinq offres ont été déposées, l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, trouve bien à s'appliquer. En vertu de cette disposition:

- " toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total",

- et "en présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur:
  1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;
  2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 à 4. Si après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière".

Par ailleurs, l'article 21, § 3, du même arrêté royal du 15 juillet 2011, dispose comme suit:

" § 3. […]
Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications

nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de 12 jours calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long.
[…]
Les justifications concernent notamment:
1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.
[…]".

Dans le cas d'espèce, il est avéré que l'offre de la partie intervenante s'écarte de plus de 15 % de la moyenne des offres déposées par les autres soumissionnaires. Ceci étant, peu importe l'importance de l'écart ainsi constaté, il n'y a qu'une apparence de prix anormal qui peut être renversée par des justifications suffisantes, le pouvoir adjudicateur n'ayant, en effet, dans un premier temps que l'obligation d'inviter par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné. Or, il s'avère que la partie adverse a bien interrogé, à deux reprises – les 1er et 24 février 2016 –, la partie intervenante au sujet du prix global de son offre, de même qu'au sujet du prix de certains postes de l'offre. Il s'ensuit que les dispositions réglementaires applicables ont bien été formellement respectées.

Reste donc à voir si les justifications de prix avancées par la partie intervenante ont été examinées avec soin, dans les limites de l'exercice raisonnable de son pouvoir d'appréciation par la partie adverse et si la motivation, tant formelle que matérielle, de la décision attaquée peut être considérée, *prima facie*, comme adéquate et suffisante.

Sur ces différents points, il convient d'observer *prima facie* ce qui suit.

Comme le fait tout d'abord valoir la partie adverse dans la motivation de la décision attaquée, il est effectivement permis de considérer que, par ses lettres des 11 février et 8 mars 2016, la partie intervenante a bien communiqué un dossier de justification particulièrement fourni "contenant la décomposition de ses prix, les prix des offres de certains sous-traitants, et les accords-cadres portant sur les prix de fourniture du matériel offert. La partie intervenante a de même produit les contrats

avec ses sous-entrepreneurs, de même que divers accords-cadres conclus avec ses fournisseurs de matières premières.

Il ne semble par ailleurs pas pouvoir être contesté que la partie adverse a bien procédé à une analyse approfondie de ce dossier de justification, ainsi que cela ressort non seulement du dossier administratif déposé par la partie adverse, dont le rapport d'examen des offres du 29 juin 2016 établi par l'auteur de projet – le bureau VERHAEGEN–, mais aussi de la longue motivation que contient la décision attaquée à ce sujet et qui comporte près de huit pages, au sujet tant du montant global de l'offre que des prix des différents postes ayant fait l'objet d'une demande de justification.

Il est vrai que certains documents présentés à l'appui des justifications sont rédigés dans une langue autre que le français, mais il ne semble *a priori* pas envisageable que l'on puisse imposer à un soumissionnaire invité à justifier ses prix dans les douze jours calendrier de rassembler l'ensemble des documents pertinents à l'appui de ses justifications et de faire traduire, en outre, ces documents dans ce même délai. En d'autres termes, si la justification proprement dite doit être en français en application de l'article IV.3.6 de l'avis de marché, il semble que le pouvoir adjudicateur peut accepter des pièces dans une autre langue, s'il estime pouvoir s'en satisfaire pour apprécier la pertinence de cette justification. Les doutes circonstanciés que les requérantes déclarent émettre au sujet de ces documents et qu'elles déclarent ne pouvoir plus amplement développer, vu le caractère confidentiel de ces documents, n'apparaissent par ailleurs *prima facie* pas établis tant au regard de ces documents proprement dits que de la portée qui leur est donnée dans la motivation formelle de la décision attaquée.

S'agissant plus particulièrement des accords-cadres produits par la partie intervenante pour justifier, notamment, la remise de prix plus bas pour le matériel à livrer et à installer sur place, la partie adverse a fait état, à diverses reprises, dans sa décision de ce que les accords-cadres produits par la partie intervenante confirment la réalité des données justifiant certains des prix remis et au sujet desquels la partie intervenante a été invitée à s'expliquer. Une telle appréciation dans le chef de la partie adverse n'apparaît *prima facie* pas procéder d'une erreur manifeste d'appréciation. Il en va d'autant plus ainsi que ces mêmes documents, notamment les accords-cadres, ont été dûment pris en considération par le tribunal de commerce de Liège dans le cadre de l'action en cessation intentée, sans succès, par les requérantes sur la base de l'article VI.116 du Code de droit économique, action dont il semble par ailleurs ressortir que les requérantes connaissent, du moins en grande partie, le contenu desdits accords-cadres puisqu'elles en ont contesté la pertinence dans le cadre de cette action en cessation. Quant au jugement rendu par la présidente du tribunal de commerce de Liège le 20 décembre 2016, il fait notamment expressément état de ce

que: "Le bureau VERHAEGEN a procédé à une analyse détaillée des différents postes de l'offre faite par INABENSA et a considéré que ces justifications correspondaient à la réalité. Il a notamment pu prendre connaissance des accords-cadres dont se prévaut INABENSA et a constaté que les prix avancés par elle correspondaient bien aux prix de ses fournisseurs". Ceci renforce encore la considération selon laquelle la référence à ces accords-cadres dans la motivation formelle de la décision attaquée ne peut *prima facie* pas être considérée comme constitutive d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse.

Enfin, la circonstance que l'une des requérantes a été interpellée, par courriel de la partie intervenante du 19 juillet 2016, ne suffit pas, en soi, à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse. En effet, contrairement à ce qu'affirme les requérantes, ce courriel n'établit pas, en soi, que la partie intervenante aurait bien l'intention de recourir à des sous-traitants belges pour exécuter l'ensemble du marché, du fait même qu'il est précisé, dans ce courriel, que les informations de nature à permettre d'étudier le projet seront communiquées dans l'hypothèse où le destinataire du courriel venait à marquer son intérêt. En outre, la circonstance que la partie intervenante envisagerait de sous-traiter une partie du marché n'est, d'une part, pas, en soi, interdite par les documents du marché, et, d'autre part, était connue par la partie adverse lors de l'examen des offres. Ceci ressort à suffisance de ce qu'il est fait état, dans la décision attaquée, de ce que, si les prix remis par la partie intervenante s'avèrent plus bas lorsqu'il y a recours à de la main-d'œuvre "d'Espagne", les prix s'avèrent, par contre, comparables à ceux des autres offres "[p]our les postes où la main-d'œuvre sera employée sur chantier". La partie intervenante peut à cet égard être *prima facie* suivie lorsqu'elle fait valoir que la démarche en question vise des prestations à faire en Belgique et pour lesquelles son offre a prévu des montants correspondant aux prix du marché belge et, qu'en aucun cas, l'interpellation faite ne porte sur les prestations et fabrications à faire en Espagne et au Portugal.

Pour le surplus, les requérantes n'invoquent à l'appui de leur moyen aucun grief précis et argumenté qui permettrait *prima facie* de considérer que la partie adverse aurait bien violé les différentes dispositions visées à l'appui du moyen et aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant, sur la base de la motivation formelle très étendue qui figure dans la décision attaquée et qui repose sur les pièces déposées par la partie adverse, que ni le montant global de l'offre de la partie intervenante ni les divers prix des postes au sujet desquels cette dernière a été expressément invitée à s'expliquer ne peuvent être considérés comme "anormalement bas".

A cela s'ajoute que si l'offre de la partie intervenante est bien inférieure de près de 30 % à la moyenne des autres offres déposées dans le cadre du marché litigieux, à savoir 10.494.039,48 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, elle s'avère nettement plus proche, même si elle est inférieure, du montant global du marché tel qu'il a été estimé par l'auteur de projet, à savoir 11.275.175,00 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée, ou 13.642.961,35 euros, taxe sur la valeur ajoutée comprise.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le deuxième moyen de la requête n'est pas non plus sérieux.

X. Confidentialité

La partie adverse sollicite la confidentialité des pièces 11, 17 et 18 du dossier administratif, lesquelles ont été déposées dans le cadre de la première procédure (G./A.219.871/VI-20.826).

La partie intervenante dépose à titre confidentiel les pièces 3, 5 et 9 des annexes à sa requête.

L'arrêt n° 236.445 du 17 novembre 2016 a ordonné que soit maintenue provisoirement la confidentialité de ces pièces, leur divulgation n'étant, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige.

Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette analyse.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

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.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

M. Jacques JAUMOTTE, président de chambre,
M^me^ Caroline HUGÉ, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Jacques JAUMOTTE.