

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 242.845 du 6 novembre 2018

A. 226.370/VI-21.333

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

 ayant élu domicile chez
 M^e Emmanuel VAN NUFFEL, avocat,
 avenue Louise 81
 1050 Bruxelles,

contre :

l'Université de Liège,

 ayant élu domicile chez
 M^{es} André DELVAUX et
 Renaud SIMAR, avocats,
 place des Nations Unies 7
 4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme COFELY SERVICES.

 ayant élu domicile chez
 M^{es} Sophie JACQUES et
 Patrick THIEL, avocats,
 place Flagey 18
 1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 octobre 2018, la société anonyme VEOLIA sollicite, d'une part, l'annulation et, d'autre part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de "la décision du 19 septembre 2018 par laquelle la partie adverse rejette pour cause d'irrégularités substantielles l'offre de la requérante et attribue à la société anonyme COFELY SERVICES le marché de services d'exploitation-maintenance et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations HVAC de l'Université de Liège et des installations communes au CHU et à l'Université de Liège au Sart-Tilman".

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 octobre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 octobre 2018 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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.

Par une requête introduite le 24 octobre 2018, la société anonyme COFELY SERVICES demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Renaud SIMAR et Pauline ABBA, avocats, comparaissant pour la partie adverse et M^e Sophie JACQUES avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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. Exposé des faits utiles

1. Par une décision du 14 juin 2017, le Bureau exécutif du conseil d'administration de l'Université de Liège décide de lancer un marché public de services ayant pour objet l'(les) "exploitation-maintenance et actions d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations HVAC de l'Université de Liège (sites de Liège) et des installations communes au CHU et à l'Université de Liège au Sart Tilman", et en approuve le mode de passation, ainsi que les conditions du marché.

Le mode de passation choisi est l'appel d'offre restreint.

Le 20 juin 2017, un avis de marché est publié au Bulletin des Adjudications, sous la référence n° 2017-519774. Un avis est également publié au Journal officiel de l'Union européenne du 24 juin 2017, sous la référence n° 2017/S 119-241567.

2. La requérante et la société anonyme COFELY SERVICES introduisent leurs candidatures. Par une délibération du 13 décembre 2017, le bureau exécutif du conseil d'administration de la partie adverse décide de retenir ces deux candidatures et de les inviter à remettre offre, sur la base du cahier spécial des charges approuvé ce même jour.

3. Après réception, le 11 juin 2018, des offres déposées par les candidats ainsi retenus, les services de la partie adverse interrogent ceux-ci sur différents aspects de ces offres, par des courriers des 22 juin et 24 juillet 2018.

S'agissant, en particulier, du courrier adressé à la requérante le 24 juillet 2018, la requête indique ce qui suit:

" Par un courrier du 24 juillet, la partie adverse demande à la requérante de nouvelles précisions sur i) les coûts de la cogénération biomasse et de la centrale de chaleur et ii) les taux de rémunération des moyens humains affectés à l'exécution du marché et la décomposition de leurs coûts [...]. La requérante y répond par un courrier du 8 août [...]".

4. Par une délibération du 19 septembre 2018, le bureau exécutif du conseil d'administration de la partie adverse décide notamment, sur la base des rapports d'analyse administrative et technique des offres, de déclarer irrégulière celle de la requérante et d'attribuer le marché litigieux à la société anonyme COFELY SERVICES.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Par un courrier du 24 septembre 2018, les services de la partie adverse portent cette décision à la connaissance de la requérante. Le rapport d'analyse technique des offres est joint à ce courrier, après qu'aient été occultés les éléments jugés confidentiels par la partie adverse.

S'agissant de la motivation de la décision d'éviction de la requérante, il s'indique d'en reproduire les extraits suivants:

" 4.1.1. Coût de l'exploitation et garantie totale
[...]"

[...] Il a été constaté que le soumissionnaire VEOLIA a mal réparti les coûts liés à la cogénération biomasse du B10, une partie des coûts (turbine, aérocondenseur) se retrouvant dans la liste du B10 chaufferie centrale (ligne 33 du bordereau).

La réponse ne correspond pas à ce qui est attendu, à savoir l'exigence exprimée dans ce dossier de répartir les coûts entre l'installation de cogénération et les autres organes de la chaufferie, il ne nous est dès lors pas possible d'évaluer le montant de la cogénération biomasse B10 en garantie totale, ni celui de la chaufferie centrale B10 en garantie totale, et dès lors il s'agit d'une irrégularité au niveau de l'offre de VEOLIA.

4.1.2. Economies d'énergie

[...] Bien que le cahier spécial des charges permette de modifier le programme actions d'amélioration énergétique en exécution tant que l'engagement initial sur les économies engendrées reste identique, au vu de la proportion des économies irréalistes ou non acceptables relativement aux clauses techniques, l'ensemble du programme proposé n'est pas tangible. L'offre ne constitue donc pas une base contractuelle stable et crédible pour évaluer ce critère.

Dès lors, l'offre de VEOLIA est jugée substantiellement irrégulière pour ce point.

[...]

4.1.4. Moyens humains

[...] il est constaté :

- un bénéfice très bas chez VEOLIA pour les ingénieurs (équivalents à 10 ETP) et les manœuvres (équivalent à 1 ETP);
- des charges d'entreprises très faibles chez VEOLIA pour les chefs d'équipes, techniciens spécialisés, manœuvre et dessinateur (équivalents à 25,5 ETP);
- que les salaires des ingénieurs responsables de contrat et des ingénieurs de secteur d'une expérience supérieure ou égale à 10 ans dans une fonction similaire sont bas chez VEOLIA et ne semblent pas correspondre à la réalité du marché pour des ingénieurs à responsabilité avec une expérience de 10 ans dans une fonction similaire.

De plus, il est interpellant de constater un écart très marqué chez VEOLIA (plus de 50 %) entre le coût du personnel ingénieur du contrat vendu et le coût de l'ingénieur pour les prestations en régie pour opérations autres que les opérations d'exploitation/maintenance/GT (voir annexe 6b – critère 6).

En ce qui concerne les moyens humains, les informations reprises dans l'offre et les réponses de VEOLIA sont des éléments interpellants qui s'ajoutent aux irrégularités substantielles décrites ci-dessus".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 octobre 2018, la société anonyme COFELY SERVICES, 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. Troisième moyen

Il n'y a pas lieu d'examiner le troisième moyen de la requête, puisqu'à l'audience la requérante a déclaré s'en désister.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, qu'elle formule et développe comme suit:

" III.1. PREMIER MOYEN – SUR LES COÛTS DE LA COGÉNÉRATION BIOMASSE (CONTRADICTIONS DE LA PARTIE ADVERSE)

17. Pris de la violation de : les articles 95, § 3, et 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; le cahier spécial des charges, en particulier les articles C.10.1.1.1 et C.10.2 des clauses techniques du cahier spécial des charges; le principe de transparence; les principes de bonne administration, en particulier le défaut de motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles, l'erreur manifeste d'appréciation;

En ce que : la partie adverse a considéré que l'erreur commise par la requérante dans la répartition des coûts de la cogénération biomasse et de la chaufferie centrale ne lui permettait pas d'évaluer les coûts de la cogénération biomasse et en a déduit une irrégularité de l'offre;

Alors que, première branche : l'imputation de coûts de la cogénération biomasse à la chaufferie centrale est une erreur matérielle, évidente pour la partie adverse;

Que la partie adverse a clairement identifié les coûts spécifiques de la cogénération biomasse et a donc pu, par voie de conséquence, les évaluer – les a évalués en fait;

Alors que, seconde branche, subsidiaire : l'identification des coûts spécifiques des installations en raison de la désaffectation possible de la cogénération biomasse est une justification artificielle;

Que la désaffectation de la cogénération biomasse est une hypothèse technique inexistante, l'installation étant récente et annoncée en exploitation au moins jusqu'au terme du marché en 2028;

Et alors que, troisième branche, *infra* subsidiaire : à supposer que la désaffectation d'une installation fût une hypothèse pertinente pour l'évaluation des offres, la partie adverse devait vérifier les composantes de coûts pour toutes les installations techniques faisant l'objet du marché;

Qu'en se limitant à une seule installation, elle verse dans l'incohérence;

De sorte que : en rejetant l'offre de la requérante au motif que l'erreur commise à l'occasion de la précision des coûts de la cogénération biomasse et de la chaufferie centrale ne lui permettait pas d'évaluer ces coûts, la partie adverse a violé tous les principes et dispositions légales visés au moyen, et, en particulier, a fait reposer sa décision sur une évidente erreur d'appréciation en fait et une contradiction;

DÉVELOPPEMENTS DU MOYEN

18. La partie adverse considère que l'offre de la requérante est irrégulière en tant que certains éléments de coûts de la cogénération biomasse, qui lui ont été communiqués le 8 août en réponse à une demande de précision, ont été intégrés aux coûts de la chaufferie centrale. Le motif est exprimé au rapport d'analyse des offres (annexe B.5 à la requête) :

«4.1.1. Coût de l'exploitation et garantie totale

(...)

B10

Lors de l'analyse du bordereau concernant les installations HVAC, il a été constaté, malgré un ordre de grandeur de prix cohérent pour le total des 4 postes du 810 (chaufferie centrale et cogénération biomasse, en exploitation et en garantie totale), une répartition des prix d'un poste à l'autre interpellante.

Il est en effet important pour la gestion du contrat de connaître la bonne répartition des coûts étant donné la possibilité de retirer la ligne 34 «B10 — cogénération biomasse» des redevances annuelles par avenant dans le cas où la cogénération biomasse devrait être mise à l'arrêt.

En date du 24 juillet 2018, une demande d'informations complémentaires a été envoyée en vue que VEOLIA liste les travaux prévus en Garantie Totale sur la durée du contrat pour la cogénération biomasse du bâtiment B10 (bordereau HVAC, ligne 34) et en détailler les montants ainsi que lister les travaux prévus en Garantie Totale sur la durée du contrat pour la chaufferie centrale du bâtiment B10 (bordereau HVAC, ligne 33) et en détailler les montants.

Autant pour la cogénération biomasse que pour la chaufferie centrale, l'entreprise VEOLIA justifie ses prix dans sa réponse.

Il a été constaté que le soumissionnaire VEOLIA a mal réparti les coûts liés à la cogénération bio-masse du B10, une partie de ces coûts (turbine, aérocondenseur) se retrouvant dans la liste du B10-chaufferie centrale (ligne 33 du bordereau).

La réponse ne correspond pas à ce qui est attendu, à savoir l'exigence exprimée dans ce dossier de répartir les coûts entre l'installation de cogénération et les autres organes de la chaufferie, il ne nous est dès lors pas possible d'évaluer le montant de la cogénération biomasse B10 en garantie totale, ni celui de la chaufferie centrale B10 en garantie totale, et dès lors il s'agit d'une irrégularité au niveau de l'offre de VEOLIA».

19. La partie adverse ne qualifie pas l'irrégularité qu'elle prétend constater.

III.1.1. PREMIÈRE BRANCHE – LES COÛTS SONT IDENTIFIÉS : APORIE

20. Il n'est pas contesté que le bordereau de l'offre de la requérante identifie à la ligne 33 relative à la chaufferie centrale et à la ligne 34 relative à la cogénération biomasse des montants en garantie totale qui sont matériellement erronés, des coûts spécifiques à la cogénération biomasse ayant été intégrés aux coûts de la chaufferie centrale.

21. L'erreur n'apparaît pas au bordereau de prix, qui ne détaille pas (annexe confidentielle C.1 à la requête, partie 1); elle est révélée par la précision que, à la demande de la partie adverse, la requérante a été apportée le 8 août sur les coûts de la chaufferie centrale et de la cogénération biomasse (annexe confidentielle C.2.2 à la requête). Le détail des coûts de la chaufferie centrale mentionne deux coûts, portant sur l'aérocondenseur et la turbine, qui sont des éléments techniques propres

à la production d'électricité par la cogénération et ne font donc pas partie de la chaufferie centrale.

22. De cette erreur identifiée d'imputation des coûts de la cogénération biomasse, la partie adverse ne pouvait pas en déduire une irrégularité de l'offre au motif que cette erreur empêcherait l'évaluation des montants en garantie totale de la chaufferie centrale et de la cogénération biomasse (« (...) il ne nous est dès lors pas possible d'évaluer le montant de la cogénération biomasse B10 en garantie totale, ni celui de la chaufferie centrale B10 en garantie totale »).

23. Le raisonnement tenu par la partie adverse est une aporie : elle a bien identifié les coûts spécifiques de la cogénération biomasse et pouvait donc les distinguer de ceux de la chaufferie centrale, ce qu'elle a d'ailleurs fait, évidemment : « (...) il a été constaté que le soumissionnaire VEOLIA a mal réparti les coûts liés à la cogénération biomasse du B10, une partie de ces coûts (turbine, aérocondenseur) se retrouvant dans la liste du B10 chaufferie centrale (ligne 33 du bordereau) ».

24. Le motif repose sur une contradiction manifeste en fait et, par voie de conséquence, la partie adverse ne pouvait pas considérer que l'offre de la requérante était affectée par une quelconque irrégularité, en particulier au sens de l'article 95, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

25. On ajoutera que l'erreur est purement matérielle (des éléments de coût d'une installation sont placés sur les lignes d'une autre installation) et pouvait être réparée par simple déplacement des données sans modification du prix de l'offre, au sens de l'engagement de la requérante sur la garantie totale, soit par la partie adverse, en application de l'article 96, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, soit par la requérante, en application de l'article 96, § 4 (voir récemment C.E., 26 juillet 2018, Entreprises Jean Nonet & Fils, n° 242.147, qui aborde la question également sous l'angle du défaut de motivation formelle). A ce niveau l'omission de la partie adverse viole l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

III.1.2. DEUXIÈME BRANCHE, SUBSIDIAIRE – LA DISTINCTION DES COÛTS EST JUSTIFIÉE PAR UNE HYPOTHÈSE TECHNIQUE IMPROBABLE SINON EXCLUE : VIOLATION DES DOCUMENTS DU MARCHÉ

26. À supposer même que l'erreur commise dans la mention des coûts des installations ne permettrait pas de distinguer le coût spécifique de la cogénération biomasse – *quod non*, ci-dessus à la première branche du moyen –, cette erreur n'a pas d'incidence concrète possible sur la qualité de l'offre au regard des besoins de la partie adverse.

27. La partie adverse prétend qu'elle devait connaître les coûts spécifiques de la cogénération biomasse parce qu'il n'est pas exclu que cette installation soit désaffectée, ce qui a une incidence économique.

28. Or, techniquement, la mise à l'arrêt de la cogénération biomasse est une hypothèse invraisemblable sinon exclue sur la durée du marché.

29. Le marché est prévu pour une durée de dix années, dont le terme est fixé au mois de novembre 2028 (cahier spécial des charges, première partie, clauses administratives, article II.7; annexe B.1.1 à la requête, modifié par l'annexe B.2.3). La cogénération biomasse est une installation récente (mise en service en 2012), dont la durée initiale d'exploitation (validité du permis d'environnement jusqu'en 2028) et la durée de vie excèdent la durée du marché.

En outre, l'hypothèse de la désaffectation de la cogénération biomasse entre en conflit avec les objectifs poursuivis par la partie adverse, financiers (la cogénération réduit le coût de l'énergie) et environnementaux.

30. La cogénération biomasse n'est donc pas une installation dont la désaffectation est envisagée sinon est raisonnablement envisageable. Le motif est artificiel; l'erreur commise par la requérante dans la mention des coûts ne peut donc pas avoir d'incidence réelle sur son engagement et les coûts supportés par la partie adverse. Sans conséquence possible sur l'exécution du marché, l'erreur ne qualifie pas une irrégularité substantielle.

31. D'ailleurs, on relève à titre surabondant que l'hypothèse de la désaffectation de la cogénération biomasse est exclue en termes exprès aux documents du marché. Aux clauses techniques du cahier des charges (annexe B.2.2 à la requête), article C.10.2 (p. 84), il est précisé : «De plus, l'Exploitant ne pourra proposer les travaux envisageant l'installation de chaudières individuelles dans certains immeubles au lieu du raccordement au réseau de chaleur actuel. Des économies d'énergie résultant d'une mise à l'arrêt de la cogénération biomasse sont également exclues». Des termes de la disposition, on comprend que la partie adverse a exclu la mise à l'arrêt de la cogénération biomasse.

On observe aux documents du marché, au contraire, que la désaffectation n'est prise en considération que par le bâtiment (article C.10.2.3 des clauses techniques, p. 78 : «Lorsqu'un bâtiment est désaffecté et ne fait plus partie du périmètre chauffé, il est sorti du quota (...)»), ou l'arrêt par une activité particulière (par exemple, pour la piscine des centres sportifs, à l'article C.10.1.2.1, p. 72).

Sous cet angle, la partie adverse méconnaît l'hypothèse qu'elle a fixée aux documents du marché, viole le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Bien plus, la partie adverse anticipe une valorisation de l'électricité produite par la cogénération; à l'article C.10.1.1.1 des clauses techniques (p. 71), qui détaille les interventions à effectuer sur la cogénération biomasse elle énonce : «Pour améliorer la rentabilité de l'installation, l'Université pourra recourir à des contrats dits de flexibilité avec des tiers pour valoriser la production électrique de la cogestion selon les besoins des gestionnaires de réseaux électriques».

Sous cet angle l'hypothèse d'une désaffectation de l'installation est, en outre, incohérente.

IV.1.3. TROISIÈME BRANCHE, INFRA SUBSIDIAIRE – INCOHÉRENCE

32. La connaissance des éléments de coûts de la chaufferie centrale et de la cogénération biomasse n'est pas une donnée déterminante pour la partie adverse; elle est même contre intuitive.

33. Premièrement, dans les marchés de services de maintenance, entretien et de garantie totale des installations techniques de bâtiments, le cas échéant avec des engagements de performance énergétique, les variations dans les installations techniques sont décidées en cours d'exécution par le pouvoir adjudicateur et font généralement l'objet de modifications aux conditions du marché pour maintenir l'équilibre du contrat. Le cas échéant, les parties contractantes négocient un nouveau prix et le contrat fait l'objet de moins-values ou de plus-values.

C'est au moment auquel la question est posée concrètement et la décision doit être prise par le pouvoir adjudicateur que l'information sur le changement du prix est nécessaire. Pour la décision d'attribution, l'information sur le coût d'une installation à exploiter ne présente donc strictement aucune utilité.

Sous cet angle, la décision de la partie adverse n'est pas fondée sur des motifs corrects et pertinents en fait.

34. Deuxièmement, à supposer l'information nécessaire ou utile pour la décision d'attribution, la partie adverse devrait la rechercher et la vérifier pour toutes les installations faisant l'objet du marché, pour les éléments et parties d'éléments de ces installations. Elle ne l'a pas fait et on comprend que, en fait, l'erreur commise dans la mention des coûts relevée par la partie adverse constitue un motif opportuniste, un prétexte. Sous cet angle, la décision de la partie adverse n'est pas cohérente".

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

VI.2. 1. Quant à la première branche

En sa première branche, le moyen doit s'interpréter comme reprochant en substance à la partie adverse de ne pas avoir considéré l'erreur dont était entachée l'offre de la requérante au niveau des lignes 33 ("chaufferie centrale") et 34 ("cogénération biomasse") du bordereau des prix comme étant une "erreur purement matérielle" (au sens de l'article 96, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques tel qu'applicable en l'espèce) et, partant, de ne l'avoir pas rectifiée et de n'avoir pas – toujours en présence d'une telle "erreur purement matérielle" – fait application de l'article 96, § 4, du même arrêté royal.

Considéré sous cet angle, le moyen impose donc de déterminer si une erreur dans la répartition des coûts entre les lignes 33 et 34 du bordereau des prix peut, ou non, être qualifiée d'"erreur purement matérielle" au sens de la disposition précitée, laquelle disposition est, telle qu'applicable en l'espèce, libellée comme suit:

" § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.

Pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants et en appliquant si nécessaire le § 4.

Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime la précision inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. En cas d'impossibilité, le pouvoir adjudicateur peut décider soit que les prix unitaires font foi, soit d'écarter l'offre comme irrégulière.

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

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

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

Dès lors que la possibilité laissée au pouvoir adjudicateur de corriger les "erreurs purement matérielles" fait figure de dérogation au principe d'intangibilité des offres après leur dépôt, elle doit être interprétée strictement. Pour cette raison – et contrairement à ce qu'a paru suggérer la requérante à l'audience du 30 octobre 2018 – il n'y a pas lieu – pour se prononcer sur la qualification d'une erreur du type de celle qui est rencontrée en l'espèce – d'avoir égard aux seuls postes de coûts que la partie adverse a mentionnés dans la motivation de sa décision (à savoir les postes "aérocondenseur" et "turbine").

Au point 27 de sa note d'observations, la partie adverse a relevé ce qui suit:

" D'un point de vue purement factuel, l'erreur de calcul empêche véritablement le pouvoir adjudicateur de pouvoir évaluer et comparer les prix et donc les offres. Contrairement à ce que prétend la partie requérante, la partie adverse a seulement pu constater que la partie requérante avait erronément imputé des coûts d'un certain poste sur un autre poste. En revanche, elle n'a pas pu identifier et calculer le surplus qui avait été déplacé d'un poste à un autre car outre la totalité des coûts «Aérocondenseur» et «Turbine», une partie des coûts «Régulation» et «Electricité» doit également être imputée à l'installation de cogénération biomasse. Or l'offre du requérant ne permet pas de déterminer en quelles proportions les coûts «Régulation» et «Electricité» annoncés doivent être répartis entre les postes B10 cogénération biomasse et B10 chaufferie centrale, et si même la totalité de ces coûts sont repris dans l'offre du requérant".

Elle n'a pas été contestée sur ce qui concerne les coûts "Régulation" et "Electricité" par la requérante, qui s'est bornée à faire valoir que cet élément n'apparaissait pas à la lecture de la motivation de l'acte attaqué.

De l'observation, ainsi rapportée, de la partie adverse, il ressort, *prima facie*, que celle-ci n'aurait pu procéder à une rectification de l'offre de la requérante sans préjuger soit d'une répartition (et dans quelles proportions) des coûts "Régulation" et "Electricité", soit de ce que les montants annoncés par la requérante couvriraient, ou non, la totalité des coûts relatifs aux lignes "chaufferie centrale" et "cogénération biomasse", et ce alors qu'elle ne connaissait pas l'intention réelle de la requérante à ce propos. Rien n'indique, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, que cette observation ne revêtirait pas un caractère de vraisemblance suffisante.

Une erreur dont la rectification impose au pouvoir adjudicateur de se livrer à des supputations, telles celles qu'évoque la partie adverse, ne peut être considérée comme une erreur purement matérielle au sens de l'article 96, § 1^{er}, précité. Il s'ensuit, dans le cas d'espèce et au terme d'un examen effectué en extrême urgence, qu'une erreur dans la répartition des coûts relatifs aux deux postes litigieux, ne peut,

prima facie, être qualifiée d'erreur purement matérielle au sens de la disposition précitée, et ce quels que soient les éléments de la structure de coût visés par la motivation formelle de la décision litigieuse.

Le moyen qui, en sa première branche, soutient que l'erreur de répartition entre les lignes 33 et 34 du bordereau de prix est une erreur matérielle repose sur un postulat inexact.

Par ailleurs, puisque la partie adverse ne pouvait, pour la raison qui vient d'être exposée, rectifier l'erreur qu'elle avait décelée, il ne peut lui être reproché d'avoir versé dans la contradiction que dénonce le moyen, et ce dès lors que, pour la qualification de cette erreur au regard de l'article 96, § 1^{er}, précité, il s'impose de prendre en considération l'ensemble des composantes des coûts concernés, et non celles dont la rectification serait – à suivre la requérante – plus aisée.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

VI.2. 2. Quant à la deuxième branche

En sa deuxième branche, le moyen soutient en substance qu'est inexistante l'hypothèse de désaffectation de la cogénération biomasse, de sorte qu'est artificielle une justification de l'identification des coûts spécifiques des installations fondée sur cette hypothèse. Cette affirmation relève toutefois d'une simple supposition que ne peuvent étayer à suffisance – et pour ce que permet d'en juger un examen en extrême urgence – les indices avancés par la requérante.

Par ailleurs, et en toute hypothèse, l'importance qu'attache ainsi la partie adverse à l'identification des coûts propres à la "chaufferie centrale", d'une part, et à la "cogénération biomasse", d'autre part, et ce quelles qu'en soient les raisons, procède, à tout le moins, de la mise en œuvre des documents du marché. Or, l'utilité de distinguer deux catégories de coûts dans un bordereau de prix relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. En l'espèce, il n'apparaît pas – et ne semble d'ailleurs pas soutenu, en tant que tel, par la requérante – qu'en distinguant, dans le bordereau de prix, deux lignes respectivement dédiées à chacune des catégories de coûts concernées, la partie adverse aurait commis quelque erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

VI.2. 1.3. Quant à la troisième branche

Au vu des développements de sa troisième branche, le moyen formule, en substance, deux critiques, relatives, d'une part, à l'utilité d'identifier les coûts propres à chaque installation, et, d'autre part, au fait que la partie adverse n'aurait pas procédé aux mêmes vérifications pour l'ensemble des installations concernées.

S'agissant de la première critique, la réponse à la deuxième branche a fait apparaître que l'utilité de distinguer deux catégories de coûts relève de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur et qu'en l'espèce il n'apparaît pas, à ce stade de la procédure, que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation. Les débats tenus en extrême urgence ne permettent, par ailleurs, pas davantage d'identifier l'illégalité dénoncée au regard de cette critique.

S'agissant de la deuxième critique, la requérante n'entreprend pas de démontrer l'illégalité qui serait en cause ou l'erreur manifeste d'appréciation qui serait imputable à la partie adverse. Le Conseil d'Etat n'aperçoit, par ailleurs pas, en l'état actuel, quel serait le grief précis subi par la requérante, celle-ci restant muette à ce propos.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa troisième branche.

Dès lors, d'une part, que le deuxième moyen critique un deuxième motif de l'acte attaqué et, d'autre part, que le motif vainement critiqué par le premier moyen suffit à justifier la décision d'éviction de la requérante pour irrégularité de son offre, il n'y a pas lieu d'examiner le deuxième moyen qui, à le support sérieux, ne pourrait entraîner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces identifiées comme n°14, 16, 17, 19, 22, 23 et B du dossier administratif et contenant le rapport d'examen des offres intégral, l'avis de non attribution et celui d'attribution, les offres, des courriers et l'annexe technique relative à la troisième branche du moyen. Les pièces désignées sous les numéros 22 et 23 n'ont néanmoins pas été déposées.

La partie requérante dépose à titre confidentiel les pièces contenues à l'annexe C de sa requête contenant son offre, les courriers adressés en réponses aux courriers lui adressés les 22 juin et 22 juillet 2018 par la partie adverse, ainsi que les annexes à la décision de rejet de l'offre de VEOLIA et la réfutation du bureau Deplasse. Ces pièces identifiées comme portant les références C.1, C.2.1., C.2.2, C.3,

C.4.

La partie intervenante demande la confidentialité de son offre versée au dossier administratif. Dès lors toutefois que cette offre n'a pas été produite par la partie adverse, cette demande de l'intervenante est sans objet.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité, à l'exception des pièces désignées sous les numéros 22 et 23 du dossier administratif pour lesquelles la demande de confidentialité est sans objet.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces n°14, 16, 17, 19 du dossier administratif ainsi que les pièces identifiées C.1, C.2.1., C.2.2, C.3, C.4 des annexes à la requête, sont – à ce stade de la procédure – tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera

notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le six novembre deux mille dix-huit par :

M. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.