

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

A R R Ê T

n° 247.427 du 20 avril 2020

A. 230.236/VI-21.718

En cause : **1. la société anonyme DANNEELS,**
 2. la société anonyme VMA DRUART,
 ayant élu domicile chez
 M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
 rue de Mery 42
 4130 Esneux,

contre :

la commune d'OHEY,
 ayant élu domicile chez
 M^e Julie BOCKOURT, avocat,
 place des Nations-Unies 7
 4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme CORETEC ENGINEERING,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Jean-François JAMINET et
 Delphine BOREUX, avocats,
 rue Doumier 159
 4430 Ans.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 février 2020, la société anonyme DANNEELS et la société anonyme VMA DRUART demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision prise le 23 décembre 2019 par le Collège communal de la partie adverse :
- de considérer l'Offre de CORETEC ENGINEERING SA comme complète et régulière;
 - d'attribuer le marché public relatif aux travaux de "CONSTRUCTION D'UNE CHAUFFERIE CENTRALISÉE ET RÉALISATION D'UN RÉSEAU DE CHALEUR POUR LA COMMUNE D'OHEY" au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économique la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité-prix), soit CORETEC ENGINEERING SA, rue des Gardes-Frontières 1 à 4031 Angleur, pour le montant d'offre contrôlé de 1.153.302,03 € H.T.V.A.,

- soit 1.395.495,46 €, 21 % TVA comprise, à financer par un crédit inscrit au budget extraordinaire de la Commune d'OHEY;
- de souscrire, à partir de la date de la réception provisoire, un contrat de maintenance de longue durée pour une durée de 10 ans avec CORETEC ENGINEERING SA, rue des Gardes-Frontières, 1 à 4031 Angleur, pour le montant de 15.491,00 € hors T.V.A. par an, ce qui pour la durée de 10 ans telle que prévue au cahier spécial des charges s'élèvera à 154.910 € H.T.V.A. et dont le financement sera inscrit chaque année au budget ordinaire de la Commune d'OHEY;
 - d'approuver le paiement relatif aux travaux de CONSTRUCTION D'UNE CHAUFFERIE CENTRALISÉE ET RÉALISATION D'UN RÉSEAU DE CHALEUR POUR LA COMMUNE D'OHEY par le crédit inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2019, article 553/731-60 (n° de projet 20110059) sur lequel un montant de 1.395.495,46 € est engagé ».

II. Portée de la requête

La requête introduite porte l'intitulé « Requête en suspension d'extrême urgence ». Toutefois, le conseil des parties requérantes l'a déposée sur la plateforme électronique du Conseil en indiquant, comme type de pièce déposée, qu'il s'agissait d'une « Extrême urgence - Requête en annulation et demande de suspension ». Dans le corps du texte de la requête, les parties requérantes précisent, après avoir indiqué qu'elles « ont l'honneur, par la présente requête, de solliciter la suspension de l'exécution de la décision prise le 23 décembre 2019 », qu'elles ont également « l'intention d'introduire un recours en annulation de ladite décision ».

Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer, à ce stade de la procédure, que par leur requête du 17 février 2020, les parties requérantes poursuivent tant la suspension que l'annulation de la décision attaquée.

III. Procédure

Par une ordonnance du 18 février 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 mars 2020 à 9 heures 30.

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

Par une requête introduite le 12 mars 2020, la société anonyme CORETEC ENGINEERING demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Gaël TILMAN, *loco* M^e Olivier ESCHWEILER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^e Julie BOCKOURT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Delphine BOREUX, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, 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.

IV. Exposé des faits utiles

La partie adverse expose comme suit les faits utiles à l'examen du recours :

« 2.
Par décision du 28 février 2019, la Commune d'OHEY a décidé de lancer un marché de travaux relatif à la Construction d'une chaufferie centralisée et réalisation d'un réseau de chaleur ».

L'avis de marché est publié eu Bulletin des Adjudications le 21 mars 2019 (avis correctifs des 7, 9 et 10 mai 2019).

Le cahier spécial des charges régissant le marché précise :

3 OBJET DU MARCHÉ

3.1 Généralités

Il s'agit d'un marché de travaux sous forme de réalisation – maintenance longue durée (10 ans) passé par procédure ouverte. Tous les documents à présenter dans le cadre du présent marché seront rédigés en français.

3.2 Généralités

La mission porte sur :

- Construction complète d'un bâtiment composé d'un local chaufferie et de son silo ;
- Réalisation complète d'une chaufferie centralisée au bois et de son réseau de chaleur, y compris les sous-stations ;
- Mise en service et validation de l'ensemble des installations ;
- Maintenance avec entretien et suivi sur une période de longue durée de 10 ans de l'ensemble de l'installation ;

L'entreprise doit garantir la réalisation d'une installation de haute qualité au niveau technique et fonctionnel, présentant un rendement annuel élevé et des coûts d'investissement et d'exploitation les plus raisonnables possibles. La garantie qualité doit s'appliquer à toutes les phases de réalisation et de suivi. Lors du suivi après la mise en service, l'entreprise contrôle si les objectifs de performance définis lors de l'étude ont été atteints et adapte son installation si besoin.

L'entreprise disposera du personnel technique nécessaire à l'établissement complet de la mission. Cette condition peut être remplie par l'appel à des sous-traitants ou sous forme d'une association momentanée. Conditions détaillées dans l'Article 12 des clauses administratives.

Il s'agit d'un marché de travaux en réalisation – maintenance, présentant la particularité de laisser aux soumissionnaires une plus grande latitude dans le choix des solutions techniques et architecturales dans la limite des prescriptions du programme architectural, fonctionnel et technique (cf. Clauses Techniques), tout en assurant la pleine responsabilité de ces solutions et l'atteinte des performances.

3.

Les sociétés suivantes remettent offre :

- SA DANNEELS – VMA DRUART : offre de base et variantes
- SA CORETEC ENGINEERING
- SPRL ALTHEAS

4.

Le 23 décembre 2019, la Commune d'OHEY fait sien le rapport d'analyse des offres dressé par l'auteur de projet et décide

- de considérer l'ensemble des offres comme complètes et régulières ;
- d'attribuer le marché de travaux à la SA CORETEC ENGINEERING pour un montant de 1.153.302,03 EUR HTVA ;
- de souscrire à dater de la réception provisoire des travaux un contrat de maintenance de 10 ans avec la SA CORETEC ENGINEERING, pour un montant de 154.910,00 EUR HTVA.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision est notifiée aux différents soumissionnaires par courriers recommandés du 24 janvier 2020.

Suite à une erreur dans la notification (adressée à une SM DANNEELS GABRIEL SA – VMA DRUART), la décision est adressée à la SM DANNEELS SA – VMA DRUART par courrier recommandé du 3 février 2020 ».

V. Intervention

Par une requête introduite le 12 mars 2020, la S.A. CORETEC ENGINEERING demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

À l'audience, les requérantes ont exposé qu'il ne leur a pas été possible de vérifier si les statuts de la S.A. CORETEC ENGINEERING étaient joints à la requête en intervention, à défaut de quoi celle-ci devrait être déclarée irrecevable.

Il apparaît que les statuts de la S.A. CORETEC ENGINEERING n'ont pas été déposés sur la plateforme électronique du Conseil d'État en même temps que la requête en intervention. Ceux-ci n'ont été déposés que le 13 mars 2020 à 9 heures 48, soit en cours d'audience.

Toutefois, il ressort de l'article 17 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 que « la demande en intervention peut être introduite jusqu'à l'audience au cours de

laquelle il sera statué sur la demande de suspension ». Dès lors que les statuts de la S.A. CORETEC ont été déposés à un moment où cette dernière était encore dans le délai pour déposer sa requête en intervention, à savoir durant l'audience du 13 mars 2020, l'exception d'irrecevabilité soulevée par les parties requérantes ne peut pas être accueillie.

Cette société qui s'est vu attribuer le marché public litigieux dispose d'un intérêt suffisant pour intervenir. Il y a dès lors lieu d'accueillir cette requête en intervention dans la procédure en suspension d'extrême urgence.

VI. Les moyens

VI.1. La requête

VI.1.1. Premier moyen

Un premier moyen est pris de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en son article 83, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relative à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en son article 76, des principes généraux du droit et notamment du principe de bonne administration et du devoir de minutie.

Les requérantes font valoir qu'il ne ressort d'aucune mention de la décision d'attribution que le pouvoir adjudicateur aurait opéré un examen de la régularité des offres.

Elles soutiennent également que la partie adverse ne pouvait considérer l'offre de CORETEC comme régulière dès lors qu'elle est affectée d'une non-conformité à une prescription technique essentielle en ce que la chaudière bois qui y est proposée n'est pas une chaudière avec foyer à combustion rotative et n'est pas équipée d'un nettoyage de chaudière pneumatique. Elles estiment que cette non-conformité technique est substantielle dès lors que l'exigence d'une chaudière avec foyer à combustion rotative peut être considérée comme une exigence minimale, et que le cahier des charges rend cette exigence essentielle dès lors qu'il énonce que « Les offres (offres de base) doivent répondre obligatoirement aux dispositions décrites dans les clauses techniques du présent CDC », ce qui démontre que le pouvoir adjudicateur a indiqué que les exigences techniques devaient être considérées comme des exigences substantielles.

Elles ajoutent que la différence de coût entre la chaudière conforme,

qu'elles proposent, et la chaudière non-conforme proposée par la S.A. CORETEC ENGINEERING, est à ce point importante qu'elle donne à cette dernière un avantage discriminatoire. Elles soulignent que, d'après les offres qu'elle a reçues, le coût d'une chaudière Froling (116.000 euros) est largement inférieur à celui d'une chaudière avec foyer à combustion rotative (190.000 euros). Il s'ensuit, selon elles, que cette irrégularité a donné à la S.A. CORETEC ENGINEERING un avantage discriminatoire, ayant en outre entraîné une distorsion de concurrence.

VI.1.2. Second moyen

Un second moyen est pris de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 précitée, en son article 83, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment en ses articles 4, 5, 5/1, et 8, éventuellement rendus applicables par l'article 29 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, notamment en son article 76, des principes généraux du droit et notamment du principe de bonne administration et du devoir de minutie.

Les requérantes estiment que la décision d'attribution ne motive en rien le fait que le pouvoir adjudicateur aurait considéré l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING régulière, pour autant que l'examen du dossier administratif démontre qu'une vérification a été opérée à cet égard et qu'après cette vérification, il a été conclu à la régularité de ladite offre. Elles indiquent ignorer si le dossier administratif révélera une vérification de la régularité des offres en cours de procédure de passation du marché.

Elles font valoir que les éléments du premier moyen qu'elles ont mis en évidence démontrent à tout le moins une discordance entre les prescriptions techniques exigées dans le cahier spécial des charges et la chaudière proposée dans l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING et que cette discordance démontre une non-conformité de l'offre de cette dernière.

Elles ajoutent que, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que cette non-conformité constitue une irrégularité substantielle, la seule mise en évidence de pareille non-conformité devait conduire le pouvoir adjudicateur à relever celle-ci, à prendre une décision à cet égard et à expliquer cette décision par des motifs pertinents en droit et en fait.

VI.2. La note d'observations

VI.2.1. Sur le premier moyen

Répondant au premier moyen, la partie adverse soutient qu'il ressort de la décision attaquée que l'examen de la régularité des offres a été effectué. Elle expose que la conformité des offres sur le plan technique a été vérifiée à cette occasion, la décision d'attribution montrant que, pour chaque poste, les éléments d'appréciation étaient joints aux offres, sans qu'ait été relevée une irrégularité substantielle dès lors que la décision d'attribution conclut à la régularité des offres.

Elle ajoute que même à supposer que la chaudière Froling offerte par la S.A. CORETEC ENGINEERING ne réponde pas à ces deux éléments, à savoir le fait qu'il ne s'agit pas d'une chaudière avec foyer à combustion rotative et qu'elle n'est pas équipée d'un nettoyage de chaudière pneumatique, *quod non*, elle indique qu'il ne s'agit pas d'une irrégularité substantielle. Elle rappelle que toute irrégularité ne revêt pas nécessairement un caractère essentiel et souligne qu'en l'espèce, le cahier des charges n'attache pas à l'ensemble des prescriptions techniques une valeur essentielle, soulignant que c'est dans le cadre du cahier des charges dans sa globalité que l'intention du pouvoir adjudicateur doit s'apprécier.

Elle relève les dispositions du cahier spécial des charges dans lesquelles le pouvoir adjudicateur a clairement indiqué quand il souhaitait attacher la sanction de nullité absolue à une exigence et indique que le cahier spécial des charges met par ailleurs l'accent sur les performances à atteindre. Elle ajoute que la valeur technique des offres est d'ailleurs érigée en critère d'attribution, confirmant le caractère non essentiel de chaque prescription technique individuelle.

Elle précise en quoi la non-conformité, à la supposer retenue, n'est pas essentielle, dès lors que la solution proposée par la S.A. CORETEC ENGINEERING est plus performante avec moins de maintenance (moins de combustible utilisé et moins d'entretien, automaticité des différents processus engendrant une simplicité d'entretien) et permet également de garantir un taux de couverture bois supérieur aux autres offres, ce que relève la décision d'attribution. Elle ajoute que l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING est plus performante par rapport au programme architectural, fonctionnel et technique du maître de l'ouvrage avec un taux de couverture de production bois supérieure aux autres offres, ce qui est l'objectif final de l'installation.

Elle estime enfin que la S.A. CORETEC ENGINEERING n'a pas

bénéficié d'un avantage discriminatoire et que les requérantes ne peuvent se fonder sur les offres de prix qu'elle a reçues. Elle indique que le poste « chaudière bois plaquette » est le poste 51 du métré, alors que les offres dont les requérantes font état portent non seulement sur ce poste mais également sur d'autres postes, distincts dans chacune des offres. Elle relève que la pièce n° 7 des requérantes (chaudière Viessmann) reprend notamment le poste 60 « stockage et transport du combustible » pour un montant plus élevé que celui du poste 51, alors que le poste 60 n'apparaît pas dans la pièce 6 (chaudière Froling). Elle expose que la différence de prix de fourniture des chaudières s'élève à 13.068,16 euros selon ces documents et que cela concorde d'ailleurs avec les prix mentionnés dans les offres pour le poste 51 qui diffèrent d'environ 23.000 euros, ce qui constitue un montant inférieur à la différence de prix entre les offres de la S.A. CORETEC ENGINEERING et des sociétés DANNEELS – DRUART. Elle allègue que cette question du prix en ce qui concerne la partie HVAC est prise en compte dans le cadre des critères d'attribution à hauteur de 45 points sur un total de 200. Elle en conclut que c'est sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation qu'elle a considéré l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING comme régulière.

VI.2.2. Sur le second moyen

Répondant au second moyen, la partie adverse souligne encore que la conformité des offres sur le plan technique a été vérifiée, la décision d'attribution montrant que pour chaque poste, les éléments d'appréciation étaient joints aux offres, sans qu'ait été relevée une irrégularité substantielle dès lors que la décision d'attribution conclut à la régularité des offres. Elle indique que la décision précise par ailleurs quels sont les motifs pour lesquels l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING a été considérée comme régulière.

VI.3. La requête en intervention

VI.3.1. Sur le premier moyen

L'intervenante fait valoir que le moyen est dépourvu d'intérêt pour les requérantes.

Elle soutient d'abord qu'à supposer que la vérification de la régularité des offres n'ait pas été opérée, les requérantes ne pourraient invoquer cet éventuel manquement dans la mesure où leur offre n'est pas en conformité avec plusieurs des spécificités requises. Ainsi, elle relève que l'offre des requérantes propose, comme dispositif de protection contre le retour de feu à installer sur la chaudière, une écluse à roue cellulaire alors que le cahier spécial des charges a prévu une écluse à guillotine.

De même, elle relève qu'alors que le cahier spécial des charges prévoit des pertes thermiques précises pour les conduites enterrées, les conduites proposées par les requérantes ne respectent pas ces caractéristiques. Elle en conclut que s'il fallait suivre la thèse des requérantes selon laquelle les dispositions décrites dans les clauses techniques sont des exigences substantielles au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et estimer qu'à défaut pour son offre de remplir toutes les spécificités techniques, leur offre serait également irrégulière, de sorte qu'elles ne disposent pas de l'intérêt requis à invoquer ce moyen.

Par ailleurs, toujours en ce qui concerne la recevabilité du moyen, l'intervenante expose que, sur le marché, une seule et unique chaudière à nettoyage pneumatique et à foyer à combustion rotative correspond aux spécificités techniques reprises dans les documents du marché, à savoir la chaudière Viessmann Vitoflex 300-RF, dont les caractéristiques techniques ont été directement reprises dans les documents du marché. Elle ajoute que le principe de combustion rotative est breveté par Viessmann. Elle en déduit que même si le cahier spécial des charges ne mentionne pas nommément la chaudière Viessmann Vitoflex, seule cette chaudière pouvait être proposée. Or, souligne-t-elle, une telle pratique reviendrait à imposer au pouvoir adjudicateur de n'accepter que l'offre du soumissionnaire qui proposerait la chaudière Viessmann, ce qui est prohibé en vertu de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016, de sorte que suivre l'interprétation du cahier spécial des charges telle que la proposent les requérantes impliquerait une violation de l'article 53 de la loi par le pouvoir adjudicateur, ce qui ne peut être admis. Elle en conclut que les requérantes ne disposent pas de l'intérêt requis à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué dans la mesure où elles ne peuvent valablement invoquer que l'offre de l'intervenante ne serait pas régulière dans la mesure où la chaudière proposée ne respecterait pas certaines prescriptions techniques étant donné que si ces spécificités techniques étaient substantielles et devaient donc obligatoirement être respectées, elles impliqueraient une double violation de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016.

Après avoir reproduit l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, elle fait valoir ce qui suit :

- « 20. En l'espèce, il faut relever que la partie adverse n'a pas soumis à la nullité l'offre qui ne serait – *quod non* - pas conforme aux spécificités techniques. En conséquence, la partie adverse n'a pas réservé à ces clauses un caractère essentiel. Dès lors, il ne peut pas s'agir d'une spécificité technique essentielle.
21. Comme précisé ci-avant (point 15), les spécificités techniques liés à la chaudière impliquent en réalité qu'un seul modèle de chaudière pouvait convenir, d'autant plus que ledit modèle est breveté. Il en résulte qu'une interprétation littérale et limitée des spécificités techniques impliquerait que seul un soumissionnaire ayant proposé la chaudière Viessmann pourrait voir son offre acceptée.

Une telle situation est prohibée par l'article 53 de la loi du 17 juin 2016. Qui plus est, elle ne reflèterait pas la volonté de la partie adverse et l'objet d'un marché public.

Dès lors, afin de se conformer à l'article 53 de la loi et à l'article 76 de l'arrêté royal et à l'objectif du marché public, la partie adverse a, nécessairement, lors du contrôle de la régularité des offres, interprété les spécificités techniques en ayant égard à l'objet du marché et au cahier spécial des charges dans sa globalité.

Il a interprété le texte selon le pouvoir d'appréciation qui lui a été donné par la loi et il a usé de son pouvoir dans le respect des principes d'égalité de traitement, de proportionnalité et de comparabilité des offres.

Dans ce cadre, il a nécessairement considéré que les spécificités techniques liées à la chaudière n'étaient pas essentielles et que la non-conformité aux spécificités techniques ne constituait pas une irrégularité substantielle.

Il n'a pas écarté l'offre de la partie intervenante car, s'il l'avait fait, comme le soutient la partie requérante, sa position aurait été contraire à l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 53 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur d'interpréter les dispositions du cahier spécial des charges.

Inversement, un soumissionnaire éventuel à un marché public ne doit pas lire le cahier spécial des charges *in abstracto* mais, au contraire, l'interpréter au vu de la réglementation qui lui est applicable. Autrement dit, un soumissionnaire ne doit pas interpréter le cahier spécial des charges comme si le pouvoir adjudicateur lui demandait de violer la loi.

22. Pour le surplus, la partie intervenante renvoie au mémoire en réponse de la partie adverse. ».

VI.3.2. Sur le second moyen

La partie intervenante expose ce qui suit :

« [...]

27. L'acte est motivé au sens des dispositions visées au moyen.

Il reprend et fait sien le rapport d'analyse des offres, qui était d'ailleurs annexé à la décision d'attribution.

Ce rapport et la décision litigieuse mentionnent, pour chaque critère d'attribution, une comparaison des offres et l'attribution des points correspondant.

L'acte attaqué précise que les offres sont régulières.

La partie intervenante n'aperçoit pas que cette motivation aurait dû être plus étendue au regard des exigences légales. En effet, comme le souligne la partie requérante en page 16 de sa requête

une décision positive qui constate la régularité d'une offre, sans que l'examen de sa régularité ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre.

L'offre de la partie intervenante étant régulière, aucun élément ne justifiait de s'étendre plus longuement sur la question de la régularité des offres.

28. En réalité, ce que la partie requérante reproche à l'acte attaqué, c'est de ne pas avoir rejeté l'offre de la partie intervenante.

Or, d'une part, l'offre de la partie intervenante n'était pas irrégulière étant donné qu'elle rencontrait les spécificités techniques interprétées en faveur d'une non-violation de la loi.

Ces spécificités techniques ne constituaient pas des spécificités essentielles.

D'autre part, l'objectif de la motivation est de permettre au candidat évincé de connaître avec exactitude les raisons pour lesquelles le marché ne lui a pas été attribué.

Tel est bien le cas en l'espèce. La partie requérante a connaissance des raisons pour lesquelles la partie adverse a porté son choix sur la partie intervenante.

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'exige pas que l'autorité compétente mentionne, dans l'acte, les motifs des motifs.
En d'autres termes, *in casu*, il ne peut pas être reproché à la partie adverse de n'avoir pas mentionné pour quelles raisons elle a considéré que les offres étaient régulières.

29. Pour le surplus, la partie intervenante renvoie au mémoire en réponse de la partie intervenante. ».

VI.4. Appréciation du Conseil d'État

L'intervenante soulève deux exceptions d'irrecevabilité à l'égard du premier moyen. Il paraît toutefois pouvoir être considéré que ces exceptions concernent en réalité les deux moyens.

En une première exception, l'intervenante conteste l'intérêt des requérantes à invoquer un défaut de vérification de la régularité des offres dès lors que son offre n'est pas en conformité avec plusieurs des spécificités techniques requises. En l'espèce, les requérantes ont déposé offre pour le marché litigieux. Lorsqu'est invoquée une exception d'irrecevabilité déduite d'une irrégularité de l'offre de la partie requérante qui n'a pas été préalablement décelée par le pouvoir adjudicateur, il n'appartient pas au Conseil d'État de déclarer cette offre irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur ne l'a lui-même pas qualifiée de la sorte au cours de la procédure d'attribution du marché litigieux. Pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre des requérantes est entachée des irrégularités que dénonce l'intervenante. L'exception ne peut, au stade actuel de la procédure, être retenue.

En une seconde exception, l'intervenante soutient qu'à supposer qu'elle soit suivie, la thèse des requérantes entraînerait l'irrégularité du cahier spécial des charges au regard de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Contrairement à ce que soutient l'intervenante, il ne paraît pas pouvoir s'en déduire que les requérantes n'auraient pas intérêt à soutenir que son offre serait irrégulière pour le motif que la chaudière proposée ne respecterait pas certaines prescriptions techniques. En effet, sans qu'il soit besoin de déterminer s'il s'en déduirait que le cahier des charges viole l'article 53, précité, il suffit, au stade actuel de la procédure, de relever qu'une éventuelle illégalité du cahier spécial des charges impliquerait, le cas échéant, l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de recommencer la procédure s'il souhaite attribuer le marché. Au terme d'un examen en référé d'extrême urgence, l'exception ne peut être retenue.

Le cahier spécial des charges énonce, sous le point « 2. Variantes », ce qui suit (page 14) :

« Les clauses techniques du présent CDC fixent les dispositions auxquelles doivent

répondre les offres remises par les différents soumissionnaires. Les offres (offres de base) doivent répondre obligatoirement aux dispositions décrites dans les clauses techniques du présent CDC. Ce n'est qu'à ces conditions qu'ils sont autorisés à présenter des variantes libres en complément à leur offre de base tenant compte de la conservation de l'architecture du bâtiment chaufferie Silo. En outre, les soumissionnaires déposant une variante libre doivent veiller à indiquer avec précision dans leur offre ce qui constitue leur proposition à la solution de base déterminée dans les documents du marché et ce qui constitue sa ou ses variante(s) libre(s).

Les soumissionnaires sont autorisés à présenter des variantes libres pour autant qu'elles :

- respectent les limites définies par les clauses techniques du CDC,
- soient au moins équivalentes du point de vue technique aux dispositions définies par le présent dossier,
- soient dûment détaillées, justifiées (avantages et inconvénients) et chiffrées (bilan en plus ou en moins) tant du point de vue des investissements que des frais d'exploitation. ».

Dans ses clauses techniques, le même cahier spécial des charges prévoyait ce qui suit en ce qui concerne le poste de la chaudière bois :

« 2.1 Chaudière bois plaquettes

Chaudière à combustible solide version automatique avec foyer à combustion rotative pour la combustion de plaquettes forestières.

La chaudière à foyer rotatif a été développée pour la combustion automatique de tous combustibles à base de bois secs à humides (déchets de bois, pellets, rognures forestières jusqu'à max. W35).

La vis de chargement assure le convoyage en biais du combustible du bas jusque dans le foyer. Sur le tuyau de convoyage se trouvent les fixations de la sonde anti-retour de feu et de la vanne d'extinction thermique. Au-dessus de la vis sans fin de chargement, se trouve le doseur doté d'une cellule photoélectrique destinée à déterminer le niveau de combustible de la strate d'arrêt exigé par la norme TRD 414.

[...] ».

Les requérantes exposent, sans être démenties par la partie adverse, que la chaudière Froling proposée par la S.A. CORETEC ENGINEERING n'est pas une chaudière avec foyer à combustion rotative et qu'elle n'est pas équipée d'un nettoyage de chaudière pneumatique. Il existe dès lors une discordance entre les prescriptions techniques contenues dans le cahier spécial des charges et la chaudière proposée dans l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING. Cette discordance démontre donc, ainsi que l'allèguent les requérantes, une non-conformité de l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING. Certes, il peut être admis que la régularité d'une offre ne doive pas faire l'objet d'une motivation formelle lorsque l'examen de celle-ci ne révèle pas de non-conformité. En l'espèce, toutefois, la non-conformité de l'offre par rapport aux prescriptions techniques, laquelle s'avère patente, paraît imposer au pouvoir adjudicateur de prendre position à cet égard et d'expliquer sa décision par des motifs pertinents en droit et en fait. La formulation d'une telle exigence n'équivaut pas, comme le soutient la partie intervenante, à imposer que le pouvoir adjudicateur énonce les motifs des motifs de sa décision.

Rien dans la motivation de la décision attaquée ne permet de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a considéré l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING comme étant régulière alors qu'elle ne correspondait pas, en ce qui concerne le type de chaudière, aux exigences du cahier spécial des charges. Ne paraît pas pertinente à cet égard et, partant, ne semble pas de nature à motiver de ce point de vue la décision attaquée, la circonstance, évoquée dans ledit acte, que la solution proposée par la S.A. CORETEC ENGINEERING serait plus performante, qu'elle nécessiterait moins de maintenance et qu'elle garantirait un taux de couverture bois supérieur aux autres offres, ce qui, selon la partie adverse, correspondrait à « l'objectif final de l'installation ».

Le second moyen est sérieux. Il n'y a pas lieu d'examiner le premier moyen.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que leur offre demeure confidentielle de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces 2.1., 2.2.a., 2.2.b., 2.2.c., 2.3.a et 2.3.b., de leur dossier.

Pour les mêmes motifs, la partie adverse demande que les offres des soumissionnaires soient soumises à la confidentialité. Il s'agit des pièces 11, 12, et 13 du dossier administratif.

La partie intervenante formule la même demande à propos de son offre, qui constitue la pièce 3 de son dossier.

Dès lors qu'aucune des parties ne s'est opposée à ces demandes, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de préserver la confidentialité des pièces en question.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la S.A. CORETEC ENGINEERING est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du collège communal de Ohey du 23 décembre 2019

- de considérer l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING comme complète et régulière;
- d'attribuer le marché public relatif aux travaux de construction d'une chaufferie centralisée et réalisation d'un réseau de chaleur pour la commune de Ohey à la S.A. CORETEC ENGINEERING.
- de souscrire, à partir de la date de la réception provisoire, un contrat de maintenance de longue durée pour une durée de 10 ans avec la S.A. CORETEC ENGINEERING.

Article 3.

Les pièces 2.1., 2.2.a., 2.2.b., 2.2.c., 2.3.a et 2.3.b., annexées à la requête, les pièces 11, 12, et 13 du dossier administratif et la pièce 3 annexée à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Ainsi prononcé en audience publique de la VI^e chambre siégeant en
référé, le 20 avril 2020 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky