CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE

A R R Ê T

n^o^ 249.474 du 13 janvier 2021

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 l'annulation 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;

‡BDBVKAEBJ-BEEAHFQ‡

- 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. Procédure

L'arrêt n° 247.427 du 20 avril 2020 a accueilli la requête en intervention introduite par la société CORETEC ENGINEERING et a ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

L'arrêt a été notifié aux parties.

M^me^ Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note, le 9 septembre 2020, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par des courriers du 16 septembre 2020, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elles ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Retrait de la décision d'attribution attaquée

Le 1^er^ octobre 2020, la partie adverse a informé le Conseil d'État de ce que la décision d'attribution attaquée avait été retirée par une décision du 17 août 2020. Si la partie adverse a bien communiqué cette décision de retrait ainsi qu'une copie des différents courriers de notification de cette décision de retrait aux soumissionnaires concernés, elle est restée en défaut de produire la preuve d'envoi de ces courriers de notification de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer si le retrait intervenu peut être tenu pour définitif. Dans un souci de sécurité juridique, il convient donc de se prononcer sur l'annulation de la décision d'attribution attaquée.

IV. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse ou celui qui a intérêt à la solution de l'affaire n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

Ni la partie adverse, ni la partie intervenante n'ont introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti et aucune des parties n'a demandé à être entendue.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Il convient dès lors d'apprécier si le second moyen, qui a été jugé sérieux par l'arrêt de suspension n° 247.427 du 20 avril 2020, justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé *via* la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

V. Examen du second moyen

Les parties requérantes prennent un second moyen de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, 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 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 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 révèlera 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.

L'arrêt n° 247.427 du 20 avril 2020 a jugé le second moyen sérieux pour les motifs suivants :

« 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

‡BDBVKAEBJ-BEEAHFQ‡

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" ».

‡BDBVKAEBJ-BEEAHFQ‡

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 247.427 précité. Le second moyen est ainsi jugé fondé. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, l'acte attaqué est annulé.

VI. Indemnité de procédure

Les parties requérantes sollicitent une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

VII. Remboursement

Les dépens relatifs à la présente affaire comprenaient, au moment de l'introduction de la requête, le droit de rôle de 200 euros dû par partie requérante ainsi que la contribution de 20 euros – prévues par les articles 4, § 4, et 5 de la loi du 19 mars 2017 instituant un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne – due par partie requérante.

Toutefois, par un arrêt n° 22/2020 du 13 février 2020, la Cour constitutionnelle a annulé, dans le cadre d'un recours en annulation de la loi du 19 mars 2017 précitée et de la loi du 26 avril 2017 réglant l'institution d'un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne en ce qui concerne le Conseil d'État et le Conseil du Contentieux des Étrangers, les mots « par partie requérante » dans l'article 4, § 4, alinéas 1er et 3, de la loi du 19 mars 2017, inséré par l'article 2 de la loi du 26 avril 2017.

Dès lors, en vertu de l'effet *erga omnes* et rétroactif de cet arrêt d'annulation, il y a lieu d'ordonner le remboursement de la contribution de 20 euros indûment perçue.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La décision du collège communal d'Ohey du 23 décembre 2019

- de considérer l'offre de la S.A. CORETEC ENGINEERING comme complète et régulière;

‡BDBVKAEBJ-BEEAHFQ‡

- 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 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;

est annulée.

Article 2.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie adverse supporte les autres dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée aux parties requérantes à concurrence de la moitié chacune.

Article 3.

Le montant de 20 euros indûment perçu au titre de contribution sera remboursé aux parties requérantes par le service désigné au sein du Service public fédéral Finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'État.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre, le 13 janvier 2021 par :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Florence Piret

‡BDBVKAEBJ-BEEAHFQ‡