

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA CHAMBRE Vbis SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 254.294 du 26 juillet 2022

A. 236.543/Vbis-277

En cause : **1. la société anonyme STORM MANAGEMENT,**
 2. la société à responsabilité limitée STORM 59,
 3. la société coopérative à responsabilité limitée
 à finalité sociale COURANT D'AIR,

ayant toutes élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Jan BOUCKAERT
et Nicolas CARIAT, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

la commune de Raeren,
ayant élu domicile chez
M^e Kevin POLET, avocat,
avenue René Magritte 25
1300 Wavre.

Partie intervenante :

la société anonyme ELECTRABEL,
ayant élu domicile chez
M^{es} Vincent OST et Lola MALLUQUIN, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 juin 2022, la société anonyme (SA) Storm Management, la société à responsabilité limitée (SRL) Storm 59 et la société coopérative à responsabilité limitée (SCRL) à finalité sociale Courant d'Air demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du collège communal de la Commune de Raeren du 17 mai 2022 d'«écarter» et de ne pas retenir l'offre déposée par les trois parties requérantes en tant que consortium dans le cadre de la concession de services ayant pour objet «la

désignation d'un promoteur pour un parc éolien sur le territoire de la commune de Raeren" ».

Par une requête introduite le 7 juillet 2022, elles demandent également l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une requête introduite le 8 juillet 2022, la société anonyme Electrabel demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

Par une ordonnance du 3 juin 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 juillet 2022.

Le 11 juillet 2022, la partie adverse a déposé une note de liquidation des dépens.

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. Denis Delvax, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Julia Simba et Cyril Fischer *loco* M^{es} Bruno Lombaert, Jan Bouckaert et Nicolas Cariat, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, M^{es} Julia Mess et Kevin Polet, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Vincent Ost, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Roger Wimmer, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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. Faits

1. L'acte attaqué s'inscrit dans le cadre d'une procédure d'attribution d'une concession de services ayant pour objet la désignation d'un promoteur pour un parc éolien sur le territoire de la commune de Raeren.

Dans sa version originale, le cahier des charges prévoyait, en son article 1^{er}, alinéa 2, de la partie 1 « Dispositions liminaires et techniques » que « Chaque éolienne doit atteindre la valeur minimale suivant : La disponibilité est de 97,5 % ».

Dans sa version allemande, le même article du cahier spécial des charges prévoyait également que „Jede Windenergieanlage muss den folgenden Mindestwert erreichen : Verfügbarkeit 97,5 %“.

L'avis de concession est publié au *Bulletin des adjudications* le 12 octobre 2021 et au *Journal officiel de l'Union européenne* le 15 octobre 2021.

2. Faisant suite à une modification des dispositions du cahier spécial des charges décidée par le collège communal de la partie adverse le 30 novembre 2021, un avis rectificatif auquel sont jointes deux annexes est publié au *Bulletin des adjudications* le 6 décembre 2021 et au *Journal officiel de l'Union européenne* le 10 décembre 2021.

La première annexe prévoit notamment que la phrase « La disponibilité est de 97,5 % » précitée est remplacée par la phrase « La disponibilité est de 97 %. Cette disponibilité minimale s'entend par éolienne, pour la durée totale d'exploitation (à compter de la mise en service des éoliennes) et est calculée hors maintenance régulière (c'est-à-dire la maintenance qui n'est pas liée à des défauts techniques) ».

Dans sa version allemande, cette nouvelle phrase se lit „Die Verfügbarkeit beträgt 97 %. Diese Mindestverfügbarkeit gilt pro Windenergieanlage, für die gesamte Betriebsdauer (ab Inbetriebnahme der Windenergieanlagen) und wird ohne regelmäßige Wartung (d.h. Wartung, die nicht auf technische Defekte zurückzuführen ist) berechnet“.

La seconde annexe reprend les réponses aux questions posées par les soumissionnaires jusqu'au 1^{er} décembre 2021 et contient le passage suivant :

« L'article 1^{er}, al.2, du cahier spécial des charges a fait l'objet d'un erratum publié en même temps que le présent document. Les soumissionnaires sont invités à en prendre connaissance afin d'établir leur offre.

La disponibilité initiale de 97,5 % est modifiée à 97 %. La disponibilité minimale de 97 % mentionnée dans l'erratum s'entend par éolienne, pour la durée totale d'exploitation (à compter de la mise en service des éoliennes) et est calculée hors maintenance régulière (c'est-à-dire la maintenance qui n'est pas liée à des défauts techniques) ».

Dans sa version allemande, le même passage énonce :

„ Artikel 1, Abs. 2 des Lastenheftes war Gegenstand eines Erratums, das Zusammen mit dem vorliegenden Dokument veröffentlicht wurde. Die Bieter werden gebeten, dies bei der Erstellung ihres Angebots zu beachten. Die ursprüngliche Verfügbarkeit von 97,5 % wurde auf 97 % geändert. Die im Erratum genannte Mindestverfügbarkeit von 97 % gilt pro Windenergieanlage, für die Gesamte Betriebsdauer (ab Inbetriebnahme der Anlagen) und wird ohne regelmäßige Wartung berechnet (d. h. Wartung, die nicht auf technische Defekte zurückzuführen ist)“.

3. Un second avis rectificatif est publié au *Bulletin des adjudications* le 16 décembre 2021 et au *Journal officiel de l'Union européenne* le 21 décembre 2021.

Il a pour objet de porter à la connaissance des soumissionnaires les réponses aux questions posées après la publication du premier avis rectificatif.

À propos de l'article 1^{er}, alinéa 2, du cahier spécial des charges, l'avis rectificatif indique :

« Deux soumissionnaires questionnent la pertinence de la disponibilité de 97 % par éolienne et propose[nt] de mutualiser le calcul de disponibilité sur le parc. Le pouvoir concédant prend bonne note de cette observation mais souhaite confirmer que la disponibilité de 97 % s'entend par éolienne et non comme une moyenne sur l'ensemble du parc. Le pouvoir concédant précise par ailleurs qu'il va de soi que la "disponibilité technique hors maintenance" n'est pas affectée par des facteurs externes tels que les bridages environnementaux éventuellement nécessaires au respect des conditions sectorielles, aux arrêts préventifs liés à la formation de glace sur les pales des éoliennes ou encore l'indisponibilité du réseau électrique sur lequel la production électrique est injectée ».

Dans sa version allemande, ledit passage se lit comme suit :

„ Zwei Bieter stellen die Relevanz der Verfügbarkeit von 97 % pro Windenergieanlage in Frage und schlagen vor, die Berechnung der Verfügbarkeit für den Windpark zu globalisieren. Der Auftraggeber nimmt diese Bemerkung zur Kenntnis, möchte aber bestätigen, dass die Verfügbarkeit von 97 % pro Windenergieanlage und nicht als Durchschnitt für den gesamten Park zu verstehen ist. Der Auftraggeber stellt außerdem klar, dass die «technische Verfügbarkeit ohne Wartung» selbstverständlich nicht durch externe Faktoren beeinträchtigt wird, wie z. B. Drosselungen, die möglicherweise zur Einhaltung der sektoriellen Bedingungen erforderlich sind, vorbeugende Abschaltungen aufgrund von

Eisbildung an der Rotorblättern der Windenergieanlagen oder auch die Nichtverfügbarkeit des Stromnetzes, in das die Stromzeugung eingespeist wird“.

4. Plusieurs offres sont déposées, dont celle des requérantes et celle de la société anonyme Electrabel.

5. Le 22 avril 2022, un rapport d'examen des offres est établi.

Il conclut notamment, d'une part, que l'offre des requérantes est entachée d'une irrégularité substantielle et, d'autre part, que l'offre de la société anonyme Electrabel est régulière, qu'elle obtient 95/100 pour les critères d'attribution et qu'il est conseillé de faire usage de la possibilité de négocier l'offre avec ce dernier soumissionnaire.

La société anonyme Electrabel remet ultérieurement une offre modifiée sur le point à propos duquel elle a été invitée à améliorer son offre par la partie adverse.

6. Le rapport d'examen des offres est adapté le 9 mai 2022 afin de tenir compte de l'offre améliorée de la société anonyme Electrabel.

7. Le 17 mai 2022, le collège communal de la partie adverse décide notamment de déclarer l'offre des requérantes irrégulière et, après avoir décidé que l'offre de la société anonyme Electrabel est régulière, d'attribuer la concession considérée à cette dernière.

Il s'agit de l'acte attaqué.

8. La décision déclarant l'offre des requérantes irrégulière est portée à leur connaissance dans un courrier du 18 mai 2022, rédigé en allemand et auquel une traduction française est jointe.

Ce courrier se présente comme suit dans sa version allemande :

„ Sehr geehrte Damen und Herren

wir bedauern, Ihnen hiermit mitteilen zu müssen, dass das Gemeinderat am 17. Mai 2022 beschlossen hat, Ihr Angebot im Rahmen des Verfahrens zur Vergabe der Dienstleistungskonzession mit dem Gegenstand « Bestimmung eines Promotors für einen Windpark auf dem Gebiet der Gemeinde Raeren » nicht zu berücksichtigen.

Diese Entscheidung beruht auf folgenden Gründen, die dem Bericht über die Prüfung der Angebote entnommen sind, der integraler Bestandteil des Beschlusses des Gemeinderats ist:

« Das Angebot der Storm-Gruppierung missachtet die folgende Mindestanforderung:

- , Die Verfügbarkeit beträgt 97 %. Diese Mindestverfügbarkeit gilt pro Windenergieanlage, für die gesamte Betriebsdauer (ab Inbetriebnahme der Windenergieanlagen) und wird ohne regelmäßige Wartung (d. h. Wartung, die nicht auf technische Defekte zurückzuführen ist) berechnet‘ (Artikel 1^{er} des Lastenhefts, geändert durch die Berichtigungsmitteilung).

Der Bieter gibt Folgendes an:

- , Ein Full-Service-Wartungsvertrag mit einer Laufzeit von 25 Jahren wird mit Vestas, dem Lieferanten der Windkraftanlage abgeschlossen. Vestas übernimmt die Wartung der Windkraftanlagen, einschließlich geplanter/außerplanmäßiger Wartungsarbeiten und Hardwareaustausch auf eigene Gefahr und Kosten – gegen ein zuvor vereinbarte jährliche Wartungsgebühr (die sich aus einem fixen und einem variablen Teil pro erzeugte MWh zusammensetzt, wie in der Klausel 3.1.3 OPEX aufgeführt).

Vestas garantiert eine Verfügbarkeit der Windkraftanlagen von 95 % im ersten Betriebsjahr und von 97,5 % in den Jahren 2-20 und 97 % in den Jahren 21-25. Im Durchschnitt sind das 97,3 % auf 25 Jahre. Sollten die Windkraftanlagen diese Verfügbarkeit nicht erzielen, wird das Projekt von Vestas für jeglichen resultierenden Einkommensverlust entschädigt.

Das Wartungsvertragsangebot von Vestas für den Windpark Raeren ist dem vorliegenden Angebot als Anhang 7 beigelegt‘ (Seite 25 des Angebots).

In seinem Angebot gibt der Turbinenhersteller Vestas an, dass die Verfügbarkeit der Windturbinen in den ersten zwölf Monaten 96 % beträgt.

Die geforderte technische Verfügbarkeit von 97 % wird im ersten Jahr auf jeden Fall nicht erreicht.

Das Angebot der Storm-gruppierung muss folglich verworfen werden, weil:

- a. es eine in Artikel 1^{er} des Lastenhefts verankerte Mindestanforderung missachtet (Artikel 21 Absatz 1^{er}, b) des Lastenhefts);
- b. dieser Umstand seine Verpflichtung, die Konzession zu den vorgesehenen Bedingungen auszuführen, unvollständig und unsicher macht (Artikel 21, Absatz 1^{er}, a), des Lastenhefts) ».

Gegen diese Entscheidung kann auf Grundlage der Artikel 14, 15, 23 und 24 des Gesetzes vom 17. Juni 2013 „über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel im Bereich [...] der Konzessionen“ eine Klage vor dem Staatsrat eingereicht werden“.

Sa traduction française est la suivante :

« Madame, Monsieur,

Par la présente, nous avons le regret de vous annoncer qu’en date du 17 mai 2022, le Collège communal a décidé de ne pas retenir votre offre dans le cadre de la procédure d’attribution de la concession de services ayant pour objet “la désignation d’un promoteur pour un parc éolien sur le territoire de la commune de Raeren”.

Cette décision repose sur les motifs suivants, extraits du rapport d’examen des offres qui fait partie intégrante de la délibération du Collège communal :

“ L’offre du groupement Storm méconnaît l’exigence minimale suivante :

- ‘ La disponibilité est de 97 %. Cette disponibilité minimale s’entend par éolienne, pour la durée totale d’exploitation (à compter de la mise en service des éoliennes) et est calculée hors maintenance régulière (c’est-à-dire la maintenance qui n’est pas liée à des défauts techniques)’ (article 1^{er} du cahier spécial des charges, tel que modifié par avis rectificatif).

Le soumissionnaire indique ce qui suit :

- ‘ Ein Full-Service-Wartungsvertrag mit einer Laufzeit von 25 Jahren wird mit Vestas, dem Lieferanten der Windkraftanlage abgeschlossen. Vestas übernimmt die Wartung der Windkraftanlagen, einschließlich geplanter/außerplanmäßiger Wartungsarbeiten und Hardwareaustausch auf eigene Gefahr und Kosten – gegen ein zuvor vereinbarte jährliche Wartungsgebühr (die sich aus einem fixen und einem variablen Teil pro erzeugte MWh zusammensetzt, wie in der Klausel 3.1.3 OPEX aufgeführt).

Vestas garantiert eine Verfügbarkeit der Windkraftanlagen von 95 % im ersten Betriebsjahr und von 97,5 % in den Jahren 2-20 und 97 % in den Jahren 21-25. Im Durchschnitt sind das 97,3 % auf 25 Jahre. Sollten die Windkraftanlagen diese Verfügbarkeit nicht erzielen, wird das Projekt von Vestas für jeglichen resultierenden Einkommensverlust entschädigt.

Das Wartungsvertragsangebot von Vestas für den Windpark Raeren ist dem vorliegenden Angebot als Anhang 7 beigelegt’ (page 25 de l’offre).

Dans son offre, le fabricant de turbines Vestas indique que la disponibilité des éoliennes est de 96 % au cours de 12 premiers mois.

La disponibilité technique requise de 97 % n’est en toute hypothèse pas atteinte la première année.

L’offre du groupement Storm doit en conséquence être écartée car :

- a. elle méconnaît une exigence minimale inscrite à l’article 1^{er} du cahier spécial des charges (article 21, al. 1^{er}, b), du cahier spécial des charges);
- b. cette circonstance rend incomplet et incertain son engagement à exécuter la concession dans les conditions prévues (article 21, al. 1^{er}, a), du cahier spécial des charges)”.

Un recours peut être introduit à l’encontre de cette décision devant le Conseil d’État sur le fondement des articles 14, 15, 23 et 24 de la loi du 17 juin 2013 ‘relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de [...] contrats de concession’ ».

9. Le 23 mai 2022, un courrier adressé au nom des requérantes par l’administrateur de l’une de celles-ci demande à la partie adverse de retirer sa décision.

10. Le 31 mai 2022, la partie adverse informe les requérantes de son refus de faire droit à cette demande.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 8 juillet 2022, la société anonyme Electrabel demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire de la concession litigieuse, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse des parties

A. Parties requérantes

Les requérantes indiquent que la partie adverse est une autorité administrative; que le délai de recours a commencé à courir le 19 mai 2022; qu'elles ont intérêt au recours puisqu'elles ont remis une offre; et que les moyens sont de nature à imposer à la partie adverse de procéder à un nouvel examen des offres ou à relancer une procédure.

À l'audience, elles exposent qu'elles ont déposé les décisions d'agir sur la plateforme du Conseil d'État.

B. Note d'observations

La partie adverse relève que le courrier du 23 mai 2022 faisant état de la volonté d'introduire un recours en l'absence de retrait de l'acte attaqué n'a été envoyé que par la première requérante et non par les deux autres et elle se demande si ce fait n'est pas de nature à renverser la présomption instituée par l'article 19, alinéa 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

À l'audience, elle ne revient pas sur la question.

C. Requête en intervention

La partie intervenante indique que le recours d'une association momentanée n'est recevable qu'à la condition que chaque participant a décidé d'agir en justice; que le doute émis par la partie adverse est d'autant plus légitime que la troisième requérante intervient également comme sous-traitant de la partie intervenante; et qu'il est douteux que cette requérante a bien décidé d'introduire le recours.

À l'audience, elle ne revient pas sur la question.

V.2. Appréciation

Après le dépôt de la note d'observations et de la requête en intervention, les requérantes ont déposé, sur la plateforme du Conseil d'État, les pièces établissant que chacune d'elles a décidé d'introduire le présent recours.

Ni la partie adverse ni la partie intervenante n'ont mis ces décisions d'agir en cause.

L'exception d'irrecevabilité est rejetée.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse des parties

A. Parties requérantes

Les requérantes prennent un moyen, le premier, de la violation des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en particulier de ses articles 24 et 46, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, en particulier de son article 30, du cahier spécial des charges (tel qu'amendé via avis rectificatifs), en particulier son point I.1, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, 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 son article 4) et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en particulier ses articles 2 et 3, du devoir de motivation matérielle des actes administratifs et du principe général selon lequel tout acte doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, elles soutiennent que la partie adverse n'a pas, lors de l'examen de la régularité des offres, appliqué les exigences fonctionnelles relatives à la disponibilité des éoliennes définies par le cahier des charges ou qu'elle a fait application de paramètres d'évaluation différents de ceux décrits dans ledit cahier des charges; qu'il ressort de l'article 41 de la loi du 17 juin 2016 et des autres principes visés au moyen que les exigences techniques et fonctionnelles doivent être définies de manière transparente dans les documents de la concession, être liées à l'objet de la concession, être proportionnées au regard dudit objet et être non discriminatoires; que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter ces exigences techniques; que l'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 organise le régime des irrégularités affectant les offres; et que l'examen de la régularité des offres ne peut être effectué qu'au regard d'exigences techniques valables.

Elles estiment que l'exigence de disponibilité des éoliennes prévue par le cahier spécial des charges doit se comprendre comme exigeant une disponibilité moyenne par éolienne sur toute la durée d'exploitation, et non une disponibilité de 97 % par jour, par semaine, par mois, par trimestre, par semestre, par an ou par décennie; que le cahier spécial des charges ne prévoyait pas que la disponibilité minimale de 97 % « devra être respectée au cours de chaque année d'exploitation », ne prévoyait pas un « filet de sécurité » par année ou par groupe d'années et ne renvoyait à aucune norme légale ou technique pertinente pour l'interprétation de l'exigence opérationnelle en cause; qu'il n'existe pas de pratique uniforme du secteur quant à la période de référence à prendre en compte; que l'exigence fixée par le cahier spécial des charges ne pouvait donc se comprendre comme exigeant une disponibilité minimale pour chaque année mais bien comme une disponibilité à évaluer sur l'ensemble de la période; que cette interprétation est également la seule rationnelle et raisonnable vu la réalité opérationnelle du cycle de vie des éoliennes; que la première année de fonctionnement implique des ajustement et la prise en compte d'éventuelles « maladies de jeunesse »; qu'accepter du fabricant une garantie moindre la première année permet d'obtenir une meilleure disponibilité sur la durée totale; que leur offre mentionne que « Vestas garantit une disponibilité des éoliennes de 95 % au cours de la première année d'exploitation, de 97,5 % pour les années 2 à 20 et de 97 % pour les années 21 à 25, soit une moyenne de 97,3 % sur 25 ans. Si les éoliennes n'atteignent pas cette disponibilité, le client sera indemnisé par Vestas pour toute perte de revenus qui en résulterait »; qu'il ressort de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse a erronément interprété le cahier spécial des charges en considérant qu'il imposait une disponibilité de 97 % pour chaque période annuelle tout au long de la période d'exploitation, que la partie adverse a considéré que leur offre n'était pas conforme au cahier des charges et que cette prétendue non-conformité constitue une irrégularité substantielle; et que leur offre est pourtant conforme à l'exigence formulée par le cahier spécial des charges puisqu'elle garantit une disponibilité minimale de 97,3 % au cours de la période d'exploitation.

Dans une deuxième branche, elles soutiennent que la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre les motifs de droit et de fait sur lesquels le pouvoir adjudicataire s'est fondé pour déclarer que leur offre était entachée d'irrégularités substantielles; que la jurisprudence du Conseil d'État impose à l'autorité qui écarte une offre d'exposer les motifs sur la base desquels elle considère qu'il existe une irrégularité, les motifs sur la base desquels elle considère que cette irrégularité revêt un caractère substantiel ou non-substantiel et les motifs justifiant l'écartement de l'offre; qu'une exigence similaire existe même pour les irrégularités réputées substantielles, les autorités devant exposer les raisons pour lesquelles

l'irrégularité est de nature à donner un avantage discriminatoire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues; que cette exigence permet aux opérateurs économiques de comprendre et de critiquer la décision en cause et aux instances de recours d'exercer utilement leur pouvoir de contrôle.

Elles notent que la partie adverse a violé les exigences de motivation; que la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre en quoi leur engagement serait incomplet ou incertain; que la partie adverse ne les a pas interrogées et ne peut donc soutenir que leurs engagements seraient incertains; que la motivation est sommaire, vague et lacunaire et ne permet pas de comprendre pourquoi une offre garantissant une disponibilité de 97,3 % au long de la durée d'exploitation constituerait une méconnaissance d'une exigence minimale et *a fortiori* une irrégularité substantielle; et que les motifs qui seraient fournis ultérieurement seraient tardifs.

Dans une troisième branche, elles soutiennent que les extraits de l'acte attaqué qui leur ont été communiqués ne permettent pas d'établir que la partie adverse a évalué les différentes offres reçues dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques; qu'il appartient au Conseil d'État de procéder à cette vérification; que la possibilité prévue par l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013, précitée, de ne communiquer que les motifs pour lesquels l'offre d'un soumissionnaire a été déclarée irrégulière ne s'applique pas à la procédure devant le Conseil d'État; que la partie adverse devra donc déposer la version complète de l'acte attaqué, comprenant les passages relatifs à l'examen de la régularité des autres offres; et qu'elles se réservent le droit de faire valoir tout autre argument ultérieurement.

Elles considèrent qu'elles ont intérêt au moyen puisque, s'il est déclaré sérieux, la partie adverse devra procéder à un nouvel examen des offres; et que rien n'indique que leur offre a été évaluée et comparée sur la base des critères d'attribution.

À l'audience, elles exposent que leur intérêt ne peut être contesté dès lors que les motifs invoqués par la partie adverse et par la partie intervenante ne sont pas ceux contenus dans l'acte attaqué; que l'argument de la partie adverse et de la partie intervenante ne présente de toute façon aucun intérêt pour ce qui concerne le second moyen; et qu'en tout état de cause, les termes de leur offre démontrent qu'elle remplit bien les exigences requises.

Elles ajoutent que, si leur offre est exprimée en années, c'est pour permettre à la partie adverse de calculer la moyenne de disponibilité à laquelle elles s'engageaient; que l'article 3 du cahier spécial des charges ne vise pas l'exigence fonctionnelle de disponibilité, et n'est donc pas pertinent pour interpréter l'article 2, et fait référence à des « fourchettes d'années », ce qui est bien le cas de leur offre; que l'exigence de disponibilité vise la disponibilité totale d'exploitation, ce qui ne permet pas de l'interpréter autrement que comme visant une durée moyenne; que la durée d'exploitation commence à courir à partir de la mise en service des éoliennes et se termine à la fin de cette exploitation; que la disponibilité d'exploitation de 97 % doit donc être respectée pendant cette durée; que la partie intervenante ne nie pas l'existence d'une pratique admettant une marge de tolérance en début d'exploitation; qu'indépendamment des termes de la proposition de Vestas à leur égard, jointe à l'offre au titre de la transparence, elles se sont bien engagées vis-à-vis de la partie adverse, de sorte qu'elles supporteront le coût de l'indemnisation au cas où le taux de disponibilité ne serait finalement pas atteint; que rien n'empêche la partie adverse de contrôler le taux de disponibilité en cours de concession puisque l'offre fait état d'un taux pour chaque année; que la partie intervenante a recours au même sous-traitant et il est donc étonnant qu'elle puisse garantir un taux de disponibilité de 97 % dès la première année; qu'à supposer que l'engagement d'indemniser la partie adverse au cas où ce taux n'est pas atteint suffit pour assurer la régularité de l'offre, il faut constater que leur offre répond à cette exigence; qu'à supposer que le taux soit inférieur à 97 %, le seul engagement d'Electrabel d'indemniser la partie adverse ne rend pas son offre régulière; que les requérantes et Electrabel ont donc été traitées de manière discriminatoire; que deux autres soumissionnaires ont interprété le cahier spécial des charges comme imposant une moyenne de 97 % sur la durée totale d'exploitation; qu'elles ne devaient pas interroger la partie adverse sur la manière d'interpréter la disposition litigieuse puisque cette interprétation est claire et étant donné la pratique admettant une tolérance en début d'exploitation; et que, puisque les motifs d'irrégularité invoqués dans la note d'observations ne sont pas mentionnés dans l'acte attaqué, il ne pourrait être soutenu que la motivation formelle de ce dernier serait adéquate.

B. Partie adverse

La partie adverse répond que les requérantes n'ont pas intérêt à la critique relative à l'interprétation donnée à l'exigence de disponibilité; que le moyen n'est pas opérant puisqu'il n'aurait aucune incidence sur le classement des offres puisque l'offre des requérantes serait de toute façon irrégulière; que d'une part, les documents joints à l'offre des requérantes se limitent à garantir la disponibilité minimale sur l'ensemble du parc éolien et non par éolienne,

contrairement à ce qu'exige le cahier spécial des charge; que, d'autre part, l'engagement des requérantes en matière de disponibilité (95 % la première année, 97,5 % les années 2 à 20 et 97 % les années 21 à 25) ne correspond pas à la proposition de Vestas (98 % sur une « période de facturation » de 60 mois, 96 % au cours des 12 premiers mois et 97 % sur les années 21 à 25); que l'acte attaqué identifie expressément la différence entre l'offre des requérantes et la proposition de Vestas; que la partie adverse a donc régulièrement jugé que l'engagement de la requérantes à exécuter la concession dans les conditions prévues est incomplet et incertain, vu que la disponibilité de 97 % n'est pas atteinte la première année et vu les incohérences entre la proposition de Vestas et les explications des requérantes dans leur offre; que ces causes d'irrégularité de l'offre des requérantes ressortent de l'acte attaqué tel qu'éclairé par le dossier administratif; et que le moyen est donc irrecevable.

Elle expose que l'interprétation de l'exigence de disponibilité proposée par les requérantes est inexacte; que, premièrement, le cahier spécial des charges indique que la disponibilité exigée s'entend « par éolienne, pour la durée totale d'exploitation »; que l'article 3, a), alinéa 3, du cahier spécial des charges précise que l'exploitation doit avoir une durée de 15 à 25 ans; que la durée d'exploitation s'entend donc bien en années, ce que les requérantes ont bien compris puisqu'elles ont présenté les différentes disponibilités par années; qu'en outre, en l'absence de définition, tout mot doit être compris dans son sens usuel; que le mot « durée » doit être compris comme « l'espace de temps qui s'écoule entre le début et la fin d'un phénomène »; qu'en conséquence, la disponibilité minimale de 97 % doit être assurée chaque année entre le début et la fin de l'exploitation de chaque éolienne; que la clause ne vise pas une « disponibilité moyenne sur toute la durée d'exploitation »; qu'un soumissionnaire qui ne garantit pas une disponibilité de 97 % la première année d'exploitation ne garantit donc pas le respect de l'exigence de disponibilité cette année-là; que, deuxièmement, le cahier spécial des charges précise que la disponibilité minimale s'entend « par éolienne, pour la durée totale d'exploitation (à compter de la mise en service des éoliennes) »; qu'une précision est donc bien apportée à propos de la disponibilité technique minimale puisque les 97 % doivent être respectés dès la mise en service des éoliennes, ce qui inclut nécessairement leur première année d'exploitation; que troisièmement, l'exigence de disponibilité est calquée sur la manière dont les fabricants de turbines garantissent habituellement la disponibilité d'une éolienne dans leurs contrats; qu'un pourcentage de disponibilité d'une éolienne est généralement calculé et vérifié par année d'exploitation et non « sur » toute la durée d'exploitation; que la proposition de Vestas garantit d'ailleurs le pourcentage de disponibilité des éoliennes par année; que quatrièmement, l'interprétation proposée par les requérantes ne permet de vérifier le respect des 97 % qu'au terme des 25 années; que les requérantes

indiquent, dans leur offre, que Vestas indemniserait les pertes financières si les éoliennes n'atteignent pas la disponibilité garantie; que Vestas garantit cependant la disponibilité par année et estime le rendement des éoliennes chaque année, sur la base de deux scénarios; qu'une vérification annuelle de la disponibilité de chaque éolienne est donc nécessaire pour vérifier si Vestas est redevable ou non d'une indemnité; que la requérante ne pourrait raisonnablement soutenir que Vestas ne serait redevable de cette indemnité que si la moyenne de 97,3 % n'est pas atteinte au terme des 25 années d'exploitation; et qu'elle n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'offre des requérantes ne respecte pas la disponibilité technique minimale exigée par le cahier spécial des charges.

Elle ajoute que les explications données par les requérantes à propos de risques de « maladies de jeunesse » des éoliennes ne correspondent pas au choix fait en opportunité par elle; que l'exigence de disponibilité de 97 % lors de la première année d'exploitation impose au promoteur de négocier avec le fabricant de turbines une disponibilité plus élevée que celle généralement octroyée, question qui ne fait entrer en ligne de compte aucune considération technique; qu'un tel contrat sera certes plus cher pour le promoteur éolien; que le promoteur peut également compenser financièrement la différence de disponibilité avec ses propres moyens; que l'exigence de disponibilité influence nécessairement le modèle économique des soumissionnaires; que les requérantes ont fait le choix de ne pas intégrer ce risque financier dans leur modèle économique, ce qui n'est pas conforme aux attentes de la partie adverse; que la pratique des requérantes les place dans une position plus avantageuse que leurs concurrentes, qui ont inclus ce risque financier dans leur modèle économique; que la non-garantie des 97 % exigés la première année permet, en effet, aux requérantes de proposer une redevance plus élevée à la partie adverse tout en dissimulant le fait que la société d'exploitation (dont la partie adverse et les requérantes feraient partie) pourrait obtenir des revenus moindres la première année.

Elle note que les requérantes ont établi leur offre sur la base d'une interprétation erronée de l'exigence de disponibilité et qu'elles auraient pu l'interroger par prudence si elles avaient un doute.

Elle indique qu'elle a bien appliqué l'exigence de disponibilité de la même manière à tous les soumissionnaires; qu'il ressort du rapport d'attribution que trois offres ont été écartées car elles n'atteignaient pas le taux de disponibilité de 97 % la première année d'exploitation; que les autres soumissionnaires respectaient cette exigence; et que l'offre de la société anonyme Electrabel garantit sans réserve une disponibilité technique minimale de 97 % par éolienne depuis la mise en service des éoliennes, et ce pendant la totalité de la durée d'exploitation.

Elle considère que les requérantes, qui avancent que le cahier spécial des charges est imprécis, auraient dû l'interpeler sur la manière de comprendre la clause considérée; que l'article 24 du cahier spécial des charges invitait les opérateurs économiques à poser leurs questions ou à signaler les erreurs, ambiguïtés ou omissions avant la date de remise des offres; que des soumissionnaires ont posé des questions, notamment à propos de l'exigence de disponibilité, ce qui l'a menée à revoir le cahier spécial des charges; que les requérantes ont manqué de prudence et de diligence en ne soumettant pas leurs doutes à la partie adverse afin qu'elle puisse y répondre en temps utile; que plusieurs arrêts du Conseil d'État ont sanctionné une attitude comparable, jugée non diligente et contraire au principe de bonne citoyenneté; et qu'elle s'interroge donc sur le point de savoir si les requérantes ne se sont pas privées de la possibilité de critiquer le libellé de l'exigence de disponibilité.

Elle répond qu'elle n'aperçoit pas en quoi l'irrégularité substantielle de l'offre des requérants et son écartement ne seraient pas adéquatement motivés; que l'acte attaqué expose que l'offre des requérantes ne rencontre pas une exigence minimale indiquée comme substantielle dans le cahier des charges, ainsi qu'il l'est indiqué en page 4 du cahier des charges; que, dès lors que l'offre des requérantes ne respectait pas l'exigence minimale relative à la disponibilité des éoliennes, la partie adverse n'avait d'autre choix que de l'écarter; que l'autorité ne doit pas motiver en quoi l'irrégularité est de nature à donner un avantage discriminatoire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre ou la comparaison des offres ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire lorsque les documents du marché prescrivent le respect d'une exigence à peine de nullité et/ou que l'irrégularité relève d'une des hypothèses visées à l'article 30, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 25 juin 2017, *quod est*; qu'en tout état de cause, l'acte attaqué relève que l'irrégularité de l'offre des requérantes est substantielle car elle rend incomplet et incertain son engagement à exécuter la concession dans les conditions prévues; et que la motivation de l'acte attaqué, appuyée par le dossier administratif, permet raisonnablement de comprendre le raisonnement de la partie adverse.

À l'audience, elle réitère en substance ces arguments.

C. Partie intervenante

La partie intervenante indique, à propos de la première branche, que l'offre des requérantes a été déclarée irrecevable à juste titre; que, d'une part, l'offre des requérantes est entachée d'une double ambiguïté; que, premièrement, l'offre des requérantes ne contient pas d'engagement du promoteur envers la partie adverse, mais seulement une référence à un engagement du sous-traitant Vestas envers le

promoteur; que la partie intervenante a, pour sa part, pris soin de s'engager personnellement et sans réserve; que la question a une incidence sur la déduction d'une indemnité financière au bénéficiaire de l'engagement; que rien n'empêchait les requérantes de prendre un engagement plus strict dans leur relation avec l'autorité; que c'est, par contre, ce qu'elle a fait, en s'engageant à titre personnel à garantir un niveau élevé de disponibilité; que l'absence d'engagement constitue une irrégularité substantielle au sens de l'article 30, § 1^{er}, alinéa, 2 de l'arrêté royal du 25 juin 2017; qu'il existe une contradiction entre l'offre de Vestas et le descriptif qui en est fait dans l'offre des requérantes (les pourcentages mentionnés ne sont pas les mêmes), ce qui rend incertain l'engagement pris vis-à-vis de la partie adverse; que la partie intervenante a accepté un risque que les requérantes ont refusé, ce risque ayant un impact financier direct, et leur permettant donc de proposer des conditions financières plus avantageuses à la commune; qu'il s'agit bien d'un avantage discriminatoire qui empêche l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres; que, deuxièmement, les termes de l'offre rendent celle-ci ambiguë; que l'on peut interpréter la proposition de Vestas comme permettant une vérification du respect du taux de disponibilité chaque année ou comme garantissant une moyenne sur 25 ans; que la première interprétation est logique et est également celle de la partie intervenante; que la pratique est de calculer cette disponibilité par année et d'appliquer les éventuelles pénalités par année ou par périodes un peu plus longues; que cette interprétation contredit toutefois la thèse des requérantes et l'interprétation selon laquelle le cahier spécial des charges n'imposerait aucune disponibilité par an, puisque les requérantes et Vestas proposent une disponibilité annuelle; que la seconde interprétation entraîne la conséquence absurde qu'aucune sanction ne peut être appliquée en cours de concession, mais uniquement à la fin de celle-ci; que, quelle que soit l'interprétation retenue, il est manifeste que l'offre des requérantes n'est pas conforme au cahier des charges, qui impose une disponibilité de 97 % « à compter de la mise en service des éoliennes »; que les requérantes, et plus précisément Vestas, ne s'engagent à une disponibilité minimale de 97 % qu'à partir de la deuxième année; que la thèse des requérantes revient à réécrire le cahier des charges dans un sens leur convenant et à rendre les offres incomparables; que, troisièmement, l'offre des requérantes porte sur la disponibilité du parc éolien et non de chaque éolienne; que l'offre de Vestas garantit 98 % de disponibilité technique du parc; que l'offre des requérantes est donc affectée de multiples irrégularités qui la rendent incomparable avec celles des autres soumissionnaires et rend l'engagement des requérantes vis-à-vis de la commune incertain et même inexistant; que, d'autre part, vu la pratique courante et bien établie dans le secteur éolien, les requérantes ne pouvaient pas raisonnablement interpréter l'exigence de « disponibilité minimale » comme elles le suggèrent; que la disponibilité doit certes être calculée sur une période de référence; que la pratique constante est que la disponibilité est dans l'immense majorité de cas calculée sur une

base annuelle et jamais sur la durée totale d'exploitation, qui rendrait l'application de pénalités en cours de concession impossible; qu'elle fournit plusieurs contrats garantissant une disponibilité annuelle; que le contrat fourni par les requérantes prévoit une période de production annuelle même si les sanctions s'appliquent sur une base pluriannuelle; que cela confirme que la disponibilité se mesure avant tout sur une base annuelle; que même lorsque le fabricant négocie que la disponibilité minimale est appréciée plus soupagement, la période de référence se limite à un petit nombre d'années et les sanctions ne sont jamais calculées sur une moyenne de la totalité de la période d'exploitation; que les requérantes ne produisent aucun contrat prévoyant que la disponibilité est appréciée en moyenne sur une période de 20 ou 25 ans; que le « livre blanc » auquel se réfèrent les requérantes n'est pas pertinent; que les requérantes ne pouvaient donc raisonnablement interpréter l'exigence de disponibilité minimale comme une exigence « moyenne » calculée sur la durée totale d'exploitation, une telle interprétation étant contraire au sens courant de l'expression « disponibilité minimale d'une éolienne » dans l'esprit de tout développeur éolien normalement prudent et diligent; qu'aucun des autres soumissionnaires n'a interprété l'exigence de disponibilité minimale comme une exigence de disponibilité moyenne sur la durée totale d'exploitation; que les deux autres offres déclarées irrégulières pour ce motif ne prétendaient pas que la disponibilité pourrait être calculée « en moyenne » sur la durée totale d'exploitation, mais ont refusé de garantir une disponibilité supérieure à celle qui pourrait être garantie par leurs fabricants; que cette exigence imposait une disponibilité annuelle de 97 % pendant toute la durée d'exploitation, y compris les premières années; qu'il s'agissait d'une exigence voulue par la commune, à laquelle la partie intervenante s'est soumise et à laquelle les requérantes ne pourraient échapper en proposant une interprétation du cahier des charges aux conséquences absurdes et aux antipodes des pratiques du secteur; et que le cahier des charges n'est ni lacunaire ni ambigu, mais que les requérantes ne l'ont pas interprété comme devait le faire tout développeur éolien prudent, diligent et de bonne foi.

Elle avance, à propos de la deuxième branche, que la partie adverse a estimé que le cahier des charges impose une disponibilité de 97 % pendant toute la durée de l'exploitation et a indiqué que, puisque l'offre des requérantes ne remplit pas cette exigence, son offre est irrégulière; que les requérantes ont compris ce motif puisqu'elles l'ont contesté avant d'introduire le présent recours; que, premièrement, il s'agit d'une irrégularité substantielle puisqu'il s'agissait d'une exigence minimale, dont le non-respect était qualifié comme telle par l'article 21 du cahier des charges; que l'offre devait donc être écartée par la partie adverse; qu'aucune motivation supplémentaire n'était nécessaire; que la motivation formelle est donc suffisante; que, deuxièmement, la partie adverse a indiqué que l'irrégularité rend l'engagement incomplet et incertain, ce qui est l'évidence puisque les requérantes ne garantissent

une disponibilité de 97 % que pendant 24 ans; que ce second motif, surabondant, justifie le caractère substantiel de l'irrégularité; qu'en proposant un taux de disponibilité inférieur à 97 %, les requérantes se sont affranchies d'une des exigences essentielles du marché, qui a un impact direct sur les conditions tarifaires pouvant être proposées; que cette motivation est évidente et ne nécessite pas une motivation supplémentaire; qu'en outre, cette motivation est correcte et pertinente, dès lors qu'en renvoyant purement et simplement à l'engagement de Vestas, sans prendre d'engagement supplémentaire, les requérantes s'exonèrent d'un surcoût potentiel significatif; que les autres soumissionnaires ont dû soit prendre l'engagement de disponibilité à titre personnel, soit négocier un meilleur contrat avec le fabricant, moyennant un prix probablement plus élevé; et que l'irrégularité de l'offre des requérantes leur a donc permis de bénéficier d'un avantage concurrentiel indu sur les autres soumissionnaires, empêchant la comparaison des offres, notamment sur les aspects financiers, et confirmant le caractère substantiel de l'irrégularité constatée.

Elle expose, à propos de la troisième branche, que rien n'indique que la partie adverse n'a pas appliqué l'exigence de disponibilité de la même manière pour tous les soumissionnaires; que la partie intervenante a en tout cas pris soin de s'engager personnellement et sans réserve en indiquant que « Le Promoteur garantit une disponibilité d'au moins 97,5 % par éolienne »; que cette disponibilité est même supérieure au taux de disponibilité minimale exigée et est garantie chaque année pour la durée totale d'exploitation; qu'elle a donc proposé une offre conforme au cahier des charges, à la différence des requérantes; et qu'il n'y a donc aucune discrimination.

À l'audience, elle réitère en substance ces arguments.

VI.2. Appréciation

A. Quant à la recevabilité du moyen

En l'espèce, la partie adverse n'a pas déclaré l'offre des requérantes irrégulière au motif qu'elle ne garantirait qu'une disponibilité de 97 % pour l'ensemble du parc éolien.

Lorsqu'une partie adverse oppose à un recours ou à un moyen une exception d'irrecevabilité déduite d'une irrégularité de l'offre d'une 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 de la

concession litigieuse. Pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre est entachée de l'irrégularité que dénonce la partie adverse.

La lecture de la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de considérer que la partie adverse a entendu fonder celui-ci sur la discordance existant entre l'offre déposée par les requérantes et la proposition de la société Vestas.

Tout d'abord, l'acte attaqué, s'il relève effectivement la différence entre l'offre des requérantes et la proposition de Vestas, ne se réfère pas expressément à la notion de discordance comme motif justifiant son adoption.

Ensuite, si la traduction française de l'acte attaqué mentionne, certes, que la disponibilité technique requise de 97 % n'est « en toute hypothèse » pas atteinte la première année, ce qui semble laisser entendre qu'un autre motif, par hypothèse la discordance entre l'offre des requérantes et la proposition de Vestas, soutiendrait l'acte attaqué, la version allemande de l'acte indique que „Die geforderte technische Verfügbarkeit von 97 % wird im ersten Jahr *auf jeden Fall* nicht erreicht“, qui se comprend comme « en tout cas », « in any case », « in ieder geval », « in ogni caso », formule qui peut s'interpréter comme établissant un lien de cause à effet entre la proposition de Vestas (qui garantit une disponibilité de 96 % les douze premiers mois) et le constat que la disponibilité de 97 % ne sera pas atteinte la première année d'exploitation.

Enfin, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi la discordance susmentionnée, dont il se déduit que l'offre des requérantes garantit une disponibilité moindre que celle proposée par Vestas pour la première année, présenterait un lien avec la conclusion selon laquelle, d'une part, cette offre méconnaîtrait une exigence minimale inscrite à l'article 1^{er} du cahier spécial des charges et/ou, d'autre part, l'engagement de la requérante à exécuter la concession dans les conditions prévues serait incomplet ou incertain

Il n'y a donc pas lieu de considérer que l'acte attaqué repose sur un motif tiré de cette discordance.

Dès lors que l'acte attaqué ne repose pas sur ce motif, il n'y a pas lieu, par identité de motif à ce qui a été indiqué à propos de l'étendue de la disponibilité de 97 % (ensemble du parc éolien ou chaque éolienne), de tenir compte de la discordance précitée pour conclure à l'irrecevabilité du moyen dans le cadre de la présente procédure.

L'exception d'irrecevabilité du moyen doit, au stade actuel de la procédure, être rejetée.

Enfin, la circonstance que les requérantes n'ont pas interrogé la partie adverse sur l'interprétation à donner à l'exigence de disponibilité des éoliennes comme les y invitait l'article 24 du cahier spécial des charges ne les prive ni du droit de contester l'interprétation retenue par la partie adverse dans le cadre de l'adoption de l'acte attaqué, comme elle le fait dans la première branche du premier moyen, ni *a fortiori* du droit de quereller la validité de ladite exigence, comme elle le fait dans le second moyen.

B. Quant à la première branche

L'article 1, alinéa 2, du cahier spécial des charges dispose :

« La disponibilité est de 97 %. Cette disponibilité minimale s'entend par éolienne, pour la durée totale d'exploitation (à compter de la mise en service des éoliennes) et est calculée hors maintenance régulière (c'est-à-dire la maintenance qui n'est pas liée à des défauts techniques) ».

Dans sa version allemande, cette disposition énonce :

„ Die Verfügbarkeit beträgt 97 %. Diese Mindestverfügbarkeit gilt pro Windenergieanlage, für die gesamte Betriebsdauer (ab Inbetriebnahme der Windenergieanlagen) und wird ohne regelmäßige Wartung (d. h. Wartung, die nicht auf technische Defekte zurückzuführen ist) berechnet“.

Cette disposition énonce que le pourcentage minimal de disponibilité devra être respecté « pour la durée totale d'exploitation » („für die gesamte Betriebsdauer » en allemand) et non « sur la durée totale d'exploitation“.

Il faut donc comprendre cette exigence comme imposant le maintien de cette disponibilité tout au long de la durée de l'exploitation.

Par ailleurs, les termes « (à compter de la mise en service des éoliennes) » („(ab Inbetriebnahme der Windenergieanlagen)“) impliquent nécessairement que l'exigence de disponibilité minimale soit remplie dès la mise en service des éoliennes et non à partir d'une période ultérieure. Ces termes ne présenteraient, en effet, aucune utilité s'il fallait les interpréter comme se rattachant à la durée totale d'exploitation, dès lors que l'exploitation commence naturellement au moment de la mise en service des éoliennes.

La circonstance que l'exploitation d'éoliennes ferait l'objet, au cours de la première d'année d'exploitation, de « maladies de jeunesse » qui ne permettraient

pas de garantir une disponibilité minimale de 97 % – à la supposer exacte – constitue un élément technique qui ne correspond pas à l'exigence contenue dans le cahier des charges et dont les requérantes ne pouvaient s'écarter.

Par ailleurs, comme l'indique la partie adverse, rien n'empêchait les requérantes de négocier les contrats de fourniture et d'entretien des éoliennes dans des termes garantissant une telle disponibilité.

Les requérantes ne pouvaient donc se fonder sur cette circonstance pour interpréter l'article 1^{er}, alinéa 2, du cahier des charges comme elles l'ont fait.

Le fait que l'article 1^{er}, alinéa 2, du cahier spécial des charges ne mentionne pas l'unité de temps à l'égard de laquelle le respect de la disponibilité minimale doit être garantie ne présente *prima facie* pas d'intérêt dès lors que, outre que les requérantes ont établi leur offre en considérant qu'il en allait de l'année et ont d'ailleurs présenté les termes relatifs à la disponibilité par référence à cette unité de temps (1^{ère} année, 2^{ème} à 20^{ème} année, 21^{ème} à 25^{ème} année), conformément à l'article 3, a, du cahier spécial des charges, qui énonce que la durée d'exploitation s'établira entre 15 et 25 années, ce même article 1^{er}, alinéa 2, prévoit que la disponibilité doit être assurée à partir de la mise en exploitation des éoliennes et tout au long de la durée totale d'exploitation.

En considérant que l'article 1^{er}, alinéa 2, du cahier spécial des charges devait être interprété comme imposant une disponibilité minimale de 97 % même la première année d'exploitation des éoliennes, la partie adverse a correctement interprété cette disposition.

En conséquence, en considérant que l'offre des requérantes, qui ne garantit pas une exploitation minimale de 97 % la première année d'exploitation, ne respectait pas cette exigence, la partie adverse a fondé sa décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles et n'a méconnu ni cette disposition du cahier des charges ni les règles, visées au moyen, lui imposant d'appliquer les dispositions du cahier des charges dans le cadre de la procédure d'attribution.

La première branche n'est donc pas sérieuse.

C. Quant à la deuxième branche

L'exigence de motivation formelle pesant sur une autorité adjudicatrice en vertu de l'article 4 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 et en vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs impose à cette autorité de mentionner les motifs de fait et de droit qui justifient sa décision.

Cette obligation de motivation formelle répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

Si l'obligation de motivation formelle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision, cette obligation de motivation doit être appréciée de manière raisonnable et ne peut conduire à imposer à l'autorité administrative de donner les motifs de ses motifs. L'étendue de la motivation ainsi exigée dépend, en outre, des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

L'acte attaqué indique que, du fait que l'offre des requérantes ne garantit pas une disponibilité de 97 % la première année, cette offre méconnaît une exigence minimale inscrite à l'article 1^{er} du cahier spécial des charges et que cette circonstance rend incomplet et incertain leur engagement à exécuter la concession dans les conditions prévues.

L'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession dispose :

- « § 1^{er}. L'adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 18, 23, 24 ou 27, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de concession.

§ 2. Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, l'adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations. À défaut d'une telle régularisation, l'adjudicateur déclare l'offre nulle.

L'adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents de concession. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

Les offres substantiellement irrégulières, pour autant qu'elles entrent en ligne de compte pour la régularisation conformément aux alinéas 1^{er} et 2, peuvent uniquement être régularisées avant le début des négociations.

§ 3. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle ».

Le cahier spécial des charges mentionne, en sa page 4, sous le titre « Partie I – Dispositions liminaires et techniques », que « Sauf indication contraire, les dispositions qui composent la première partie du cahier spécial des charges constituent des exigences minimales de la concession que toute offre est tenue de rencontrer sous peine d'être affectée d'une irrégularité substantielle ».

L'article 21 du même cahier des charges énonce :

« L'offre affectée d'une des irrégularités listées ci-après, considérées comme substantielles, sera déclarée nulle :

a) L'irrégularité de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, qui entraîne une distorsion de concurrence, qui empêche l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou sa comparaison aux autres offres, ou qui rend inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter la concession dans les conditions prévues;

b) Le non-respect des exigences minimales prévues par le présent cahier des charges;

c) Le cas où, au vu du dossier de présentation du projet ou d'autres éléments de l'offre, le projet du soumissionnaire se révélerait manifestement peu sérieux, transparent, réaliste ou pertinent.

Sauf dans les cas mentionnés ci-avant, le pouvoir concédant se réserve la possibilité de faire régulariser les offres entachées d'irrégularités ».

Il ressort clairement de la combinaison de ces dispositions que le non-respect de l'exigence de disponibilité prévue par l'article 1^{er} de la partie I du cahier spécial des charges constitue une méconnaissance d'une exigence minimale prévue par le cahier des charges.

Ayant expressément énoncé dans le cahier spécial des charges, d'une part, à l'article 21, que le non-respect des exigences minimales constitue une irrégularité substantielle et, d'autre part, à la page 4, que les exigences contenues dans sa première partie, dont celle visée à l'article 1^{er}, constituent des exigences

minimales que toute offre doit rencontrer sous peine d'être affectée d'une irrégularité substantielle, la partie adverse a, en indiquant que l'offre des requérantes ne respecte pas l'exigence de disponibilité minimale et est donc entachée d'une irrégularité substantielle, exposé à suffisance les motifs pour lesquels elle a adopté l'acte attaqué.

L'article 30, § 1^{er}, alinéa 3, 3^o, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 répute d'irrégularité substantielle le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de concession, à laquelle s'applique le régime juridique applicable à ce type d'irrégularité.

La partie adverse ne devait pas, en présence d'un élément réputé constituer une irrégularité substantielle par le cahier des charges, exposer, en outre, pourquoi cet élément est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Ce seul motif étant suffisant pour justifier que l'offre soit déclarée irrégulière, il est dénué d'intérêt d'examiner si la partie adverse a manqué à son obligation de motivation formelle en n'indiquant pas pourquoi le non-respect de l'exigence de disponibilité rendrait incomplet et incertain l'engagement d'exécuter la concession dans les conditions prévues.

La deuxième branche n'est donc pas sérieuse.

D. Quant à la troisième branche

Il ressort de l'examen du dossier administratif, d'une part, que d'autres soumissionnaires qui avaient remis une offre ne garantissant pas une disponibilité minimale de 97 % ont vu leur offre être déclarée irrégulière et, d'autre part, que l'offre de la partie intervenante « garantit une disponibilité d'au moins 97,5 % par éolienne » (p. 31 de l'offre de la partie intervenante).

L'offre des requérantes, qui ne garantit pas que chaque éolienne bénéficiera d'une disponibilité de 97 % et dans laquelle elles ne prennent pas l'engagement d'assumer personnellement l'indemnisation au cas où ce pourcentage ne serait pas atteint, et l'offre de la partie intervenante sont donc différentes et la partie adverse n'a pas méconnu les principes d'égalité et de non-discrimination et les dispositions qui les garantissent en traitant ces offres de manières différentes.

La troisième branche n'est donc pas sérieuse.

VII. Second moyen

VII.1. Thèse des parties

A. Parties requérantes

Les requérantes prennent un moyen, le second, de la violation des principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les opérateurs économiques, des articles 10 et 11 de la Constitution; de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en particulier de son article 41, du principe général selon lequel tout acte doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elles considèrent que l'acte attaqué a été adopté sur le fondement d'un cahier spécial des charges dont les spécifications techniques, telles que définies, interprétées et appliquées par la partie adverse, ne sont manifestement pas conformes aux exigences de transparence imposées par les normes visées au moyen; que l'article 41 de la loi du 17 juin 2016 impose que les exigences techniques et fonctionnelles soient définies de manière transparente dans les documents de concession, soient liées à l'objet de la concession, soient proportionnées au regard de cet objet et ne soient pas discriminatoires.

Elles indiquent que le cahier spécial des charges envisageait un taux de disponibilité de 97 % « pour la durée totale d'exploitation » et ne comprenait, par lui-même ou par renvoi, aucune exigence explicite, aucune spécification technique ou aucune modalité de calcul concernant le taux de disponibilité annuel des éoliennes, en particulier concernant la première année d'exploitation; que l'exigence fonctionnelle prise en compte par la partie adverse n'était pas formulée dans le cahier spécial des charges, ou à tout le moins pas de manière claire et transparente, et ne permettait pas aux opérateurs économiques de formuler une offre en connaissance de cause quant aux paramètres d'évaluation qui seraient appliqués; que l'exigence fonctionnelle énoncée dans le cahier spécial des charges donnait un pouvoir d'appréciation trop large à la partie adverse; et que, si la partie adverse devait à présent proposer une autre interprétation que celle retenue par les requérantes, elle reconnaîtrait nécessairement les avoir induites en erreur et avoir défini une exigence fonctionnelle manquant de précision, de transparence, de clarté et de tout caractère objectif.

Elles estiment qu'elles ont intérêt au moyen puisque, s'il est déclaré sérieux, la partie adverse devra entamer une nouvelle procédure de mise en concurrence.

À l'audience, elles ne reviennent pas sur ce moyen dans des termes différents de ceux relatifs au premier moyen.

B. Partie adverse

La partie adverse répond que le moyen se confond avec la première branche du premier moyen; et qu'elle renvoie aux développements exposant que les requérantes n'ont pas intérêt à la critique, que l'interprétation défendue par les requérantes n'est pas exacte et leur confère un avantage discriminatoire, que l'exigence de disponibilité a été appliquée de manière identique à toutes les offres, que les requérantes ont manqué de prudence en ne l'interrogeant pas sur l'exigence de disponibilité et se sont peut-être privées de la possibilité de critiquer le libellé de la clause.

À l'audience, elle réitère en substance ces arguments.

C. Partie intervenante

La partie intervenante expose qu'il a été démontré, lors de l'examen du premier moyen, que le cahier des charges n'est pas non-transparent, lacunaire ou équivoque; que, pour tout développeur éolien raisonnablement bien informé des pratiques du marché, ce que sont les requérantes, la disponibilité doit être de 97 % pendant toute la durée d'exploitation, y compris les premières années; et que, puisque les requérantes ne pouvaient légitimement douter de la portée de cette exigence et interpréter cette exigence comme elles l'ont fait, alors même qu'elles pouvaient interroger la partie adverse en cas de doute, le second moyen n'est pas sérieux.

À l'audience, elle réitère en substance ces arguments.

VII.2. Appréciation

A. Quant à la recevabilité du moyen

Pour les mêmes motifs que ceux exposés à propos du premier moyen, il y a lieu de conclure que les requérantes ont intérêt au second moyen.

B. Quant au fond du moyen

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « il convient tout d'abord de rappeler, d'une part, que, en vertu du principe de transparence, l'ensemble des conditions et des modalités de la procédure d'attribution doivent être formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges de façon à permettre à tous les opérateurs économiques raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière (arrêt du 14 décembre 2016, *Connexxion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, point 40 et jurisprudence citée). D'autre part, le principe d'égalité de traitement exige que les opérateurs économiques intéressés d'un marché public disposent des mêmes chances dans la formulation de leurs offres, connaissent exactement les contraintes de la procédure et soient assurés en fait que les mêmes exigences valent pour tous les concurrents (arrêt du 14 décembre 2016, *Connexxion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, point 39 et jurisprudence citée) » (C.J.U.E., 14 janvier 2021, aff. C-387/19, *RTS infra BVBA e.a.*, ECLI:EU:C:2021:13, 35).

En l'espèce, comme indiqué à propos de la première branche du premier moyen, il ressortait de manière claire, précise et univoque de l'article 1^{er}, alinéa 2, du cahier spécial des charges que les soumissionnaires devaient remettre une offre garantissant une disponibilité minimale de 97 % à partir de la mise en exploitation des éoliennes et tout au long de la durée totale d'exploitation.

Le fait que les requérantes aient erronément interprété cette exigence et que deux autres soumissionnaires ont également remis une offre ne répondant pas à l'exigence de disponibilité minimale de 97 % chaque année d'exploitation n'empêche pas que cette disposition aurait méconnu le principe de transparence ou les autres dispositions visées au moyen.

Le second moyen n'est donc pas sérieux.

VIII. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que leur offre demeure confidentielle dès lors que ce document contient des informations protégées par le secret des affaires. Il s'agit de la pièce A de leur dossier.

La partie adverse formule une demande identique en ce qui concerne les offres des soumissionnaires, les réponses des soumissionnaires à ses demandes d'informations, les rapports d'examen des offres non noircis, l'offre améliorée de la

partie intervenante et les questions posées par la partie intervenante avant que son offre soit introduite. Il s'agit des pièces A à N du dossier administratif.

La partie intervenante demande que les contrats avec d'autres fabricants d'éoliennes qu'elle joint à son mémoire en intervention demeurent confidentiels. Il s'agit des pièces 2 à 6 de son dossier.

Aucune de ces demandes n'a été contestée. Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce A du dossier des parties requérantes, les pièces A à N du dossier administratif et les pièces 2 à 6 du dossier de la partie intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la chambre *Vbis* siégeant en référé, le 26 juillet 2022, par :

Denis Delvax,
Vanessa Wiame,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vanessa Wiame

Denis Delvax