

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI<sup>e</sup> CHAMBRE

A R R Ê T

n° 266.038 du 16 mars 2026

A. 231.717/VI-21.855

En cause : **la société anonyme ENERGYS**,  
ayant élu domicile chez  
M<sup>e</sup> Pierre LEJEUNE, avocat,  
rue des Fories 2  
4020 Liège,

contre :

**la Communauté française**,  
représentée par son Gouvernement,  
ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> François MOISES et  
Julie BOCKOURT, avocats,  
place des Nations Unies 7  
4020 Liège.

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 9 septembre 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision du 26 juin 2020 par laquelle la Communauté Française décide de déclarer son offre irrecevable [lire : irrégulière] et d'attribuer à la société anonyme DELTA THERMIC le lot 4 (HVAC - Sanitaires) du marché public concernant la construction de l'école fondamentale autonome de Crisnée "La Buissonnière" (cahier spécial des charges AF-19402336-34) ».

*II. Procédure*

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Pacôme Noumair, auditeur adjoint au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 7 juillet 2025, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 octobre 2025.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. Aurélien Vandeburie, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M<sup>e</sup> Maureen De Ketelaere *loco*, M<sup>e</sup> Pierre Lejeune, avocate, comparaissant pour la partie requérante, et M<sup>e</sup> Gauthier Dresse *loco*, M<sup>es</sup> François Moises et Julie Bockourt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Pacôme Noumair, auditeur, 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. Exposé des faits utiles*

Par un avis de marché publié au *Bulletin des adjudications* le 9 août 2019, et au *Journal officiel de l'Union européenne* le 13 août 2019, la partie adverse lance un marché public de travaux pour la construction d'une école fondamentale à Crisnée.

Deux avis rectificatifs sont publiés au *Bulletin des adjudications* le 30 août et le 4 septembre 2019.

La procédure choisie est la procédure ouverte.

Le marché est régi par le cahier des charges référencé n° AF 1940 2336.

Il est divisé en quatre lots :

- lot 1 : gros-œuvre – parachèvement – abords,

- lot 2 : menuiserie extérieure,
- lot 3 : électricité,
- lot 4 : HVAC – sanitaire.

Le cahier des charges est structuré en plusieurs tomes :

- tomes I et II : clauses administratives,
- tome III : clauses techniques,
- tomes IV et V : documents de soumission et annexes.

Trois critères d'attribution sont prévus : le prix (50 points), la qualité technique (30 points), la garantie (20 points).

Le critère d'attribution relatif au prix est libellé comme ceci :

« 1% Prix (50/100 points)

Formule de cotation :

$$C = C_{\max} \times (M_{\min} / M)$$

C = cote du soumissionnaire

C<sub>max</sub> = cote maximale attribuée au critère

M<sub>min</sub> = montant de l'offre la plus basse

M = montant de l'offre concernée

Dans cette formule, le moins-disant a le maximum des points. Le montant pris en considération pour la comparaison des offres comprend le montant du marché de base majoré du coût du contrat d'entretien/*omnium* de l'installation de régulation valorisé sur 5 ans (en QP) pour la phase 1 (puisqu'il prendra fin à la date de réception définitive de la deuxième phase) et sur 15 ans pour le contrat phase 1 + phase 2 (qui reprendra l'ensemble de l'installation). Pour tenir compte de la variation des indices de prix, cette valorisation sur 15 ans est calculée en prenant le montant annuel multiplié par 18.

Remarque : cette valorisation du contrat d'entretien/*omnium* n'intervient que dans le cadre du choix de l'adjudicataire. La commande ne porte que sur le marché de base et non sur les contrats d'entretien/*omnium* de la régulation. Ces contrats font l'objet d'une commande séparée avec la société de maintenance régulation. Les redevances y relatives seront payées à la société de maintenance régulation (entrepreneur, fournisseur de la marque commerciale du matériel de régulation ou société de maintenance). Le maître d'ouvrage délégué se réserve le droit de ne pas commander le contrat de garantie *omnium* des installations de régulation ».

Cinq soumissionnaires, dont la partie requérante, remettent une offre pour le lot 4 HVAC – sanitaire.

Dans le cadre de la procédure de vérification des prix et des coûts, la partie adverse interroge deux soumissionnaires, dont la partie requérante.

Cette dernière est interrogée sur les prix remis pour différents postes du métré portant sur les radiateurs et les canalisations enterrées PEHD, à savoir les postes suivants :

- 63.33.1a.02 « Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x2400x172 » ;
- 63.33.1a.03 « Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x2700x172 » ;
- 63.33.1a.04 « Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x3000x172 » ;
- 65.31.5c.13 « PEHD enterré diam 50 » ;
- 65.31.5c.14 « PEHD enterré diam 63 » ;
- 65.31.5c.15 « PEHD enterré diam 110 » ;
- 65.31.5c.16 « PEHD enterré diam 125 ».

La partie requérante envoie ses justifications à la partie adverse par un courrier du 23 octobre 2019.

La partie adverse établit un document intitulé « Rapport d'analyse des soumissions ».

Sous une partie relative à la vérification des prix, il énonce ce qui suit :

«

**ENERGYS SA :**

L'offre s'écarte de 1,51 % en-dessous de la moyenne et de 0,93 % en-dessous de l'estimation.

On constate des prix bas dans les postes suivants :

- o 63.33.1a.02 – Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x2400x172
- o 63.33.1a.03 – Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x2700x172
- o 63.33.1a.04 – Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x3000x172
- o 65.31.5c.13 – PEHD enterré diam 50
- o 65.31.5c.14 – PEHD enterré diam 63
- o 65.31.5c.15 – PEHD enterré diam 110
- o 65.31.5c.16 – PEHD enterré diam 125

**Un courrier recommandé est envoyé à l'entreprise en date du 18/10/2019 afin de justifier ces prix conformément aux articles 33 à 37 de l'AR du 18/04/17.**

L'entreprise répond dans les délais. Il justifie les prix par chapitre.

Radiateurs à panneaux :

L'entreprise justifie son prix unitaire par une méthode de calcul en € / kW en faisant référence à une offre de fournisseur. A noter que le justificatif du prix des radiateurs fait référence à 1

marque différente pour le supplément couleur. Elle détaille le coût de la main d'œuvre et une marge de 10% pour bénéfice et frais généraux. Sur base de ces éléments, l'administration estime que le prix de fourniture est correct. Le coût de la main d'œuvre est jugé bas mais pas anormal. En conséquence, les prix unitaires des radiateurs sont compétitifs mais pas anormaux.

**Conduite d'alimentation : PEHD enterré :**

Dans sa justification de prix, l'entreprise explique que lors de la visite, on leur a indiqué que les tranchées sont à charge de l'entrepreneur général et que leur prix unitaire ne comprend dès lors que le matériel placé dans la tranchée et son raccordement. Il indique : « Le lit de sable, les déblais et les remblais sont à charge de celui-ci ».

L'administration conteste ce qui précède. En effet, pendant la phase de publication, le forum était ouvert sur e-procurement. A la date du 11/09/2019, la question suivante a été posée :  
« Pour le poste 65.31.5c.14 Phase I PEHD enterré, je ne vois pas la description du tube au CSC. A la visite, sauf erreur de ma part, il a été dit que les tranchées sont dans un autre lot. Mais à ce poste, je vois une description de tranchée et on demande un lit de sable. Pouvez-vous m'éclairer ? »

En date du 16/09/2019, la réponse suivante a été donnée :

« Voici le descriptif du tube PEHD :

Les canalisations sont en polyéthylène haute densité, conformes à la norme DIN 8074/75, résistent aux UV et sont de couleur noire. La durée de vie des canalisations est de minimum de 100 ans à une pression nominale de 10 bars à 15°C.

Les bonnes pratiques décrites ci-dessous seront observées :

- Un remblai en sable ou terre végétale expurgée des éléments D>20mm

- Une attention particulière sera observée lors de la pose, car le rayon de courbure minimale dépend de façon substantielle de la température de mise en œuvre

**Caractéristiques :**

- Température d'utilisation : -20°C à +30°C
- Pression nominale : PN10
- Température de pose minimale : -10°C
- Diamètres extérieur / intérieur
  - o Diam 63 : 55,4 / 63 mm
  - o Diam 110 : 110 / 96,8 mm
  - o Diam 125 : 125 / 110,2 mm

Nous confirmons que la tranchée n'est pas à charge du lot HVAC-SAN. Par contre, le lit de sable est bien à charge du lot HVAC-SAN. »

Au vu de ce qui précède, l'administration considère que les 4 prix unitaires des conduites d'alimentation en PEHD enterré sont mal justifiés et constate que les exigences minimales du CSC ne seront pas rencontrées. Ceci constitue une irrégularité substantielle. Chaque irrégularité, à elle seule, justifie le rejet de l'offre.

».

Le rapport relate également que la partie adverse considère que l'offre de la partie requérante est irrégulière en raison du fait qu'elle ne complète pas les coûts relatifs à la sécurité.

Cette position est justifiée dans le rapport comme suit :

«

**ENERGYS SA** : tous les documents sont remis. La méthodologie de travail et l'analyse de risques renvoient au PPSS de l'entreprise, document assez général. Dans l'analyse de risques, l'entreprise ne complète pas du tout les coûts liés à la sécurité. Dans le métré récapitulatif du dossier, il n'y a pas de poste relatif à la sécurité. Les coûts sont répartis sur l'ensemble des postes, il n'y a pas moyen d'évaluer les moyens que l'entreprise mettra en œuvre au point de vue sécurité. Ce manquement est considéré comme une **irrégularité substantielle** de l'offre car l'absence de ce renseignement empêche l'évaluation de l'offre du point de vue sécurité. Elle rend incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues au PSS

[...]

L'administration constate que l'offre de l'entreprise ENERGYS SA ne renseigne pas les coûts relatifs à la sécurité et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Cette irrégularité, à elle seule, justifie le rejet de l'offre.

».

La partie adverse adopte le 26 juin 2020 une décision d'attribution du marché litigieux par laquelle elle fait siens les motifs du rapport.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision et le rapport sont communiqués aux soumissionnaires par courrier recommandé et par courriel le 13 juillet 2020.

#### *IV. Deuxième moyen*

##### *IV.1. Thèses des parties*

###### *A. Requête*

Ce moyen est pris de la violation « des articles 10 et 11 de la constitution (principe d'égalité et de non-discrimination), des articles 4, 14, 66 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de transparence, du principe "*patere legem quam ipse fecisti*", des dispositions des clauses techniques du cahier spécial des charges exposant la "limite d'entreprise avec le lot 1" et les accessoires des conduites et des dispositions des clauses administratives du cahier spécial des charges listant ce qu'il faut entendre par "documents du marché", du devoir de minutie, du principe de proportionnalité, du principe de légitime confiance, du principe de légalité, du principe selon lequel une décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et être exempte d'une erreur manifeste d'appréciation, et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et des concessions ».

Dans une première branche, la requérante soutient que la partie adverse ne pouvait décider que « le lit de sable » était inclus dans le lot 4 sans méconnaître les clauses techniques de son cahier des charges. Elle souligne que le cahier des charges met à charge du lot 1 « les travaux de terrassements et tranchées ». Selon elle, au sens

usuel, ces travaux comprennent les différentes couches d'une tranchée, dont la pose d'un lit de sable. Elle constate que le lit de sable se place avec les engins de terrassement et non avec les outils du chauffagiste. Elle reconnaît que les clauses techniques du cahier des charges précisent que : « [l]orsque des conduites d'alimentation doivent être enterrées, elles le seront à une profondeur hors d'atteinte du gel (au moins 0,80m. • Choix opéré : OPTION 1 (lit de sable) ». Elle soutient toutefois qu'il ne pourrait être déduit de cette mention que la pose du lit de sable serait à charge du lot HVAC car « la réalisation de la tranchée à profondeur adéquate, soit permettant la pose de la canalisation à au moins 0,80 mètre est à charge d'un autre lot ».

Dans une deuxième branche, la partie requérante relève en substance que la partie adverse se fonde sur une réponse donnée sur le *forum* de la plateforme électronique, mais que les clauses administratives du cahier des charges ne renseignent pas ledit *forum* comme faisant partie des « documents du marché ». Elle en tire pour conséquence que la partie adverse ne pouvait dès lors se référer au *forum* de discussion et qu'elle ne pouvait davantage ériger en « exigences minimales du CSC » une exigence qui, précisément, non seulement n'était pas formulée dans le cahier spécial des charges, mais était également contraire à ce dernier ».

Dans une troisième branche, la partie requérante dénonce une violation de l'obligation de transparence. Elle soutient qu'il incombait à la partie adverse d'indiquer de manière claire dans les clauses techniques du cahier spécial des charges – et non sur le *forum* de la plateforme électronique – qu'elle entendait mettre à charge du lot HVAC la fourniture et la pose d'un lit de sable dans les tranchées réalisées par l'attributaire du lot 1.

Dans une quatrième branche, après avoir rappelé que le caractère anormal du prix d'un poste du mètre doit concerner un poste « non négligeable », la partie requérante fait valoir que ce ne sont pas les prix unitaires des canalisations enterrées PEHD qui ont été considérées comme anormaux en tant que tels et que ce qui lui est reproché par la partie adverse, c'est de ne pas avoir pris en considération la valeur du lit de sable. Elle soutient toutefois que ladite valeur ne pourrait être que marginale. Elle observe que les postes litigieux ne représentent ensemble que 1,65 % du montant de son offre. D'après elle, il en résulte que « la valeur du lit de sable pour ces postes ne représente qu'un coût négligeable ». Ce faisant, elle soutient que la partie adverse ne pouvait considérer les prix qu'elle a remis comme anormaux.

Dans une cinquième branche, la partie requérante relève que la décision critiquée fait apparaître, à propos du soumissionnaire retenu, que celui-ci a également

été interrogé à propos du prix des canalisations PEHD enterrées. Elle critique la motivation de l'acte attaqué, en ce que le lit de sable ne peut, selon elle, sans mener à une erreur manifeste d'appréciation ni à une méconnaissance des clauses techniques du cahier spécial des charges, être assimilé à l'accessoire d'une canalisation et en ce que la pose du lit de sable n'est pas plus justifiée dans la première réponse que dans la seconde, et ce alors qu'elle faisait l'objet d'une interrogation spécifique de l'autorité. Elle soutient qu'il ne se comprend pas pourquoi celle-ci accepte ultérieurement ce qui lui paraissait douteux initialement. Elle affirme qu'en interrogeant deux fois le soumissionnaire pour la même problématique, l'autorité traite de manière discriminatoire les candidats au marché, en offrant une seconde chance à DELTA THERMIC. Elle fait également valoir que l'acceptation de la justification du prix des canalisations enterrées a pour conséquence que ce soumissionnaire a eu la possibilité d'inclure dans son offre le placement d'un lit de sable - non envisagé initialement par ce dernier -, soit de modifier son offre, ce qui ne se peut.

Dans une sixième branche, elle fait valoir que pour les raisons exposées dans les cinq premières branches, la motivation de l'acte attaqué ne peut être tenue pour adéquate.

## B. Mémoire en réponse

S'agissant de la première branche, la partie adverse expose que les clauses techniques du cahier des charges précisent que la pose du lit de sable litigieux est bien à charge de l'attributaire du lot 4 HVAC / Sanitaire. Elle soutient que ni la circonstance que la tranchée dans laquelle ce lit de sable doit être mis en œuvre relève du lot 1, ni l'affirmation formulée par la partie requérante selon laquelle ce choix serait incohérent ne permettent d'ébranler ce constat. Elle fait valoir que, même à considérer que « le libellé du poste technique litigieux posait question quant au fait qu'il comprenait ou non la mise en œuvre du lit de sable par le titulaire du lot 4 », il y a lieu de constater que la question a été posée par un soumissionnaire sur le *forum* de discussion de la plateforme électronique et que le libellé de la question démontre que ledit soumissionnaire a interprété le cahier des charges de la même manière qu'elle. Elle relève que, à la suite de cette question, elle a confirmé de manière claire que « la tranchée n'est pas à charge du lot HVAC-SAN. Par contre, le lit de sable est bien à charge du lot HVAC-SAN ». En ce qui concerne la problématique d'un éventuel double emploi (étant donné que l'attributaire du lot 1 devait également mettre en œuvre un lit de sable pour le poste 17.11.1f), la partie adverse observe que cette question a été posée par un des soumissionnaires du lot 1 sur le *forum* et qu'elle a, à cette occasion, confirmé qu'il n'y avait aucun double emploi en indiquant que « dans

le lot HVAC, il s'agit des conduites d'alimentation et dans le lot GO-parachèvements-abords il s'agit des conduites d'évacuation ». Pour ces motifs, la partie adverse soutient que le contenu du poste litigieux a été éclairci, et non modifié postérieurement au dépôt des offres.

En ce qui concerne la seconde branche du moyen, la partie adverse fait d'abord valoir que l'avis de marché prévoit que les soumissionnaires pourront poser toutes questions techniques avant dépôt de leur offre via le *forum*. Elle estime également qu'elle n'a pas, par le biais de ce *forum* ouvert sur *e-Procurement*, modifié les clauses techniques de son cahier des charges mais a confirmé la lecture qui était celle du soumissionnaire quant au contenu d'un poste.

A propos de la troisième branche du moyen, la partie adverse fait valoir, à titre principal, qu'aucune exigence nouvelle n'a été introduite par le biais des questions/réponses préalables au dépôt des offres. A titre subsidiaire, elle relève que le principe de transparence a essentiellement pour objectif de garantir le respect de l'égalité entre les soumissionnaires. A cet égard, elle relève que, même à considérer qu'une modification aurait été apportée au cahier des charges, *quod non*, une modification technique mineure selon la requérante elle-même, pouvait encore être apportée par le pouvoir adjudicateur avant l'ouverture des offres, pour autant que tous les soumissionnaires en soient dûment informés, et que cette modification ne soit pas de nature à attirer d'autres soumissionnaires potentiels (renvoyant à l'arrêt de la Cour de justice n° C-298/15, 5 avril 2017, « *Borta* » *UAB*, ECLI:EU:C:2017:266). Elle observe que l'éclaircissement en cause a été porté à la connaissance de l'ensemble des soumissionnaires le 16 septembre 2019, et donc dans un délai raisonnable, les offres devant être déposées le 25 septembre 2019.

En ce qui concerne la quatrième branche du moyen, la partie adverse rappelle le contenu de l'acte attaqué et expose que celui-ci « constate le fait que le lit de sable n'est pas compris dans le prix offert par la SA ENERGYS, alors que ce lit de sable fait partie intégrante du poste, ce qui a été expressément confirmé dans le cadre des questions/réponses préalables au dépôt des offres [...] et conclut d'une part que les prix unitaires concernés ne sont pas correctement justifiés, et d'autre part que les exigences minimales du cahier des charges ne sont pas rencontrées ». Elle observe qu'un pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et est tenu de rejeter l'offre pour cause d'irrégularité substantielle, lorsqu'il constate que le montant pour un ou plusieurs postes non négligeables est (sont) anormal (anormaux). Elle relève que la partie requérante ne soutient pas que les postes pour lesquels les justificatifs n'ont pas été admis seraient négligeables, mais uniquement que la valeur

du lit de sable absent de la justification (et du prix offert) serait négligeable. Elle expose qu'afin d'apprécier si un poste est négligeable au sens de la réglementation, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de décomposer ce poste et d'apprécier de manière indépendante chacune de ses composantes. Selon elle, un prix offert pour un poste qui ne permet pas d'en réaliser les prestations, soit un poste qui ne permet pas une exécution conforme du poste, est un prix anormal. Elle en déduit qu'elle a fait une correcte application de l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en constatant que l'offre de la requérante était entachée d'une irrégularité substantielle.

Au sujet de la cinquième branche du moyen, la partie adverse rappelle qu'une première demande de justification de prix a été adressée le 18 octobre 2019 à laquelle le soumissionnaire a répondu dans les délais. Estimant devoir disposer de précisions complémentaires, et en particulier de justifications écrites plus détaillées que celles reçues antérieurement, la partie adverse indique avoir réinterrogé la SA DELTA THERMIC par courrier du 25 novembre 2019. Elle relève que ce soumissionnaire y a répondu dans le délai octroyé, en communiquant le tarif de son fournisseur et en précisant qu'il applique un coefficient de majoration sur ce prix afin de prendre en compte les différents accessoires nécessaires à la réalisation du réseau, ce qui justifie la motivation de l'acte attaqué. La partie adverse soutient qu'aucune rupture d'égalité n'aurait été commise dès lors que la partie requérante et le soumissionnaire DELTA THERMIC ne se trouvaient pas dans des situations comparables. A cet égard, elle relève que la partie requérante avait clairement indiqué, dans sa première justification, que le lit de sable n'était pas prévu pour ce poste. Elle soutient qu'aucun complément d'information ne pouvait dès lors être demandé sur ce point, à peine de permettre à la SA ENERGYS de modifier son offre en incluant, par le biais d'un second justificatif, le lit de sable qu'elle a indiqué n'avoir pas pris en compte. En outre, la partie adverse fait valoir que la partie requérante ne démontrerait pas que le prix remis par le soumissionnaire DELTA THERMIC pour les postes litigieux ne comprendrait pas la pose du lit de sable. Elle soutient que « l'examen des justificatifs fournis démontre que le prix d'achat du matériel tel que détaillé dans le premier justificatif incluait d'une part le prix fournisseur et d'autre part le coefficient de majoration pour accessoires, selon le détail fourni par le second justificatif. Les accessoires, dont le lit de sable, étaient effectivement inclus dès le départ ».

S'agissant de la sixième branche, la partie adverse fait valoir que pour les motifs repris aux cinq premières branches du moyen, la motivation de l'acte attaqué est adéquate, son caractère complet et précis n'étant pas mis en cause par la requérante.

### C. Mémoire en réplique

Concernant la première branche, la partie requérante observe que la partie adverse omet « de tenir compte du fait qu'une autre partie des clauses techniques précise que les travaux de terrassements et de tranchées sont à charge du lot 1 ». Elle affirme que le creusement d'une tranchée et la mise en place d'un lit de sable constituent des travaux de terrassement et de tranchée et que « la précision de la profondeur de pose de canalisation et de mise en place d'un lit de sable s'adresse dès lors au terrassier, soit le lot 1 ». Elle considère que « la partie adverse ne répond rien sur la seule lecture du cahier spécial des charges. Tout au plus, elle semble admettre qu'au minimum la question se posait, mais qu'elle a reçu réponse sur le *forum* accessible via la plateforme *e-tendering* ».

Concernant la deuxième branche, la requérante fait valoir que les précisions du *forum* ne peuvent modifier les clauses techniques du cahier spécial des charges et moins encore être érigées en exigences techniques essentielles. Elle ajoute que les réponses figurant sur le *forum* ne peuvent porter que sur des éléments secondaires et que les réponses qui y sont formulées ne peuvent être transformées en « document du marché », ceux-ci figurant dans une liste limitative rédigée par la partie adverse. Elle en déduit que la partie adverse ne pouvait se référer au *forum* de discussion et qu'elle ne pouvait davantage ériger en « exigences minimales du CSC » une exigence qui, précisément, non seulement n'était pas formulée dans le cahier spécial des charges, mais était directement contraire à ce dernier.

A propos de la troisième branche du moyen, la partie requérante soutient que le principe de transparence ne peut être confondu avec celui d'égalité. Elle expose que la réponse apportée à la question ne constituait pas une « précision mineure » et que cette information ne se retrouvait dans aucun document du marché, ce que confirmerait la motivation de l'acte attaqué qui ne fait référence à aucune clause du cahier des charges mais seulement à la réponse donnée sur le *forum* de discussion. La partie requérante estime que l'information, donnée le 16 septembre alors que la date de dépôt était fixée au 25 septembre, a été communiquée de manière tardive.

S'agissant de la quatrième branche, la partie requérante fait valoir que ce ne sont pas les prix unitaires des canalisations enterrées PEHD qui ont été considérés comme anormaux en tant que tels et que ce que la partie adverse reproche est la non prise en compte de la valeur du lit de sable dans la réponse fournie. Elle relève également qu'il n'existe pas de définition légale d'un poste négligeable et que la « spécificité du marché » est prise en compte pour déterminer si un poste est, ou non, négligeable. Elle affirme à cet égard que l'intégration du lit de sable, par le titulaire

du lot HVAC, alors que les travaux de terrassement et de tranchée ne lui incombent pas, constitue assurément une telle spécificité. Elle relève que la partie adverse ne conteste pas que cette valeur ne peut être que marginale et qu'elle ne pouvait dès lors considérer les prix de la requérante comme anormalement bas.

Concernant la cinquième branche, la partie requérante relève qu'il ressort de l'acte attaqué que la première justification a visé le coût d'achat de la fourniture et le temps de pose, ce qui constitue une approche classique pour un poste de métré également classique, à savoir sans mise en œuvre d'un lit de sable. Elle expose, ensuite, que le prix d'achat du matériel s'identifie en ce que le soumissionnaire paie pour acquérir ce dernier, à savoir la canalisation proprement dite et ses accessoires. Selon elle, les accessoires d'une canalisation sont les éléments secondaires (gaine, raccords, fixation, etc.). Elle cite, à titre d'exemple, le passage suivant des clauses techniques du cahier spécial des charges « ... les tuyauteries et les accessoires provenant de la même gamme du fournisseur font l'objet d'un agrément UBATc avec ATG en ordre. Ils portent le label "Benor" ». Elle en déduit que « [c]es précisions confirment que les "accessoires" sont des fournitures permettant la mise en œuvre de la canalisation ». Elle relève, « [s]'agissant plus spécifiquement des canalisations d'adduction, que les clauses techniques du cahier spécial des charges comportent un titre "65.31.5c Conduites d'alimentation & accessoires - tuyaux / matière synthétique" ». Elle affirme qu'« [i]l se confirme ainsi que les accessoires sont ceux des canalisations et non du "réseau" comme le soutient la partie adverse » et que « pas plus que la tranchée, le lit de sable inférieur, le lit de sable supérieur ou les matériaux de comblement de la tranchée ne peuvent être qualifiés "d'accessoires" et être intégrés au prix d'achat des fournitures ». Elle en déduit que « le lit de sable ne peut, sans erreur manifeste d'appréciation et méconnaissance des clauses techniques du cahier spécial des charges, être assimilée à l'accessoire d'une canalisation ». Elle fait également valoir qu'il se confirme également que la pose du lit de sable, qui comprend, outre la fourniture du sable, sa mise en œuvre, n'est pas plus justifiée dans la première réponse que dans la seconde, et alors que cette pose était à l'origine de la seconde demande de la partie adverse. Elle affirme ne pas comprendre pourquoi celle-ci accepte ultérieurement ce qui lui paraissait douteux initialement. S'agissant de la comparabilité de sa situation par rapport à celle de l'attributaire, elle soutient qu'il apparaît des éléments communiqués que celui-ci avait la même lecture du cahier spécial des charges qu'elle : s'il n'a pas justifié la mise en œuvre du lit de sable alors qu'il lui était demandé une justification détaillée, c'est tout simplement parce qu'il considérait que ce point n'était pas inclus dans les prestations du lot HVAC. Elle expose enfin que la partie adverse est mal fondée à lui reprocher un défaut de preuve, alors qu'elle refuse de communiquer les éléments qui justifient la légalité de sa décision

en alléguant qu'il s'agit d'éléments confidentiels. Elle ajoute que la comparaison entre ses prix unitaires et ceux de l'attributaire, sur ces seuls postes, pourrait pourtant fournir un élément utile d'appréciation.

S'agissant de la sixième branche, elle se limite à rappeler que la motivation de l'acte attaqué est inadéquate pour les raisons exposées dans les cinq premières branches.

#### D. Dernier mémoire de la requérante

S'agissant de la première branche, la partie requérante critique le rapport de l'auditeur en réitérant les mêmes griefs que ceux déjà développés dans ses écrits antérieurs.

S'agissant de la deuxième branche, la partie requérante soutient que le raisonnement sur lequel le rapport de l'auditeur se fonde ne peut être admis dans la mesure où ce rapport juge infondée la première branche en s'appuyant sur la réponse donnée sur le *forum*. Pour le surplus, elle reproduit son argumentation antérieure.

Concernant la troisième branche, elle se limite à reproduire l'argumentation de son mémoire en réplique.

S'agissant de la quatrième branche, la partie requérante fait valoir qu'il ne peut lui être reproché de ne pas disposer d'un intérêt au moyen, conclusion à laquelle aboutit le rapport de l'auditeur-rapporteur. Elle estime que cette conclusion se fonde sur un présupposé – son offre est entachée d'une irrégularité substantielle en ce qu'elle ne prévoyait pas la mise en œuvre d'un lit de sable – incorrect comme elle l'a démontré dans les trois premières branches du moyen. Elle reproduit, pour le reste, l'argumentation de son mémoire en réplique.

S'agissant de la cinquième branche, la partie requérante reproduit pour l'essentiel l'argumentation développée dans son mémoire en réplique.

Concernant la sixième branche, elle reproduit son argumentation antérieure.

## IV.2. Appréciation du Conseil d'État

### A. Première branche

L'offre de la requérante a été rejetée au motif qu'elle justifiait mal les prix unitaires des conduites d'alimentation en PEHD (postes 65.31.5 C. 13 – PEHD enterré diam 50 ; postes 65.31.5 C. 14 – PEHD enterré diam 63 ; postes 65.31.5 C. 15 – PEHD enterré diam 110 ; postes 65.31.5 C. 16 – PEHD enterré diam 125) et que les exigences minimales du cahier des charges n'étaient pas rencontrées, la partie adverse précisant que ceci constitue une irrégularité substantielle et que chaque irrégularité, à elle seule, justifie le rejet de l'offre.

La requérante ne conteste pas qu'elle n'a pas inclus dans son offre la pose et la livraison du lit de sable pour ces postes.

Elle soutient que ces prestations n'étaient pas à charge du lot 4.

Cette thèse ne peut être suivie.

Les clauses techniques du lot HVAC/Sanitaire énoncent ceci :

«

#### **65.31.5 Conduites d'alimentation & accessoires**

##### **MATÉRIAUX**

###### Complété comme suit :

Pour les installations « standard », le dimensionnement pourra être effectué sur base de la méthode simplifiée définie par la norme NBN EN 806-3.  
Le diamètre intérieur calculé à l'aide de la méthode simplifiée de la norme NBN EN 806-3 constitue une base minimale. Ce dimensionnement adapté pour avoir une pression d'écoulement suffisante au niveau du point de puisage le plus défavorisé.  
- La pression minimale d'écoulement au point de puisage le plus défavorisé soit de 1 bar à l'heure de pointe de consommation où la pression de service dans la conduite publique atteint sa valeur minimale.  
- La pression minimale au dévidoir le plus défavorisé soit de 2,5 bar lorsque le réseau débite 500 l/min.  
  
La pression statique au point de puisage le plus bas sera de maximum 5 bars.

##### **EXÉCUTION / MISE EN ŒUVRE**

###### Précisé comme suit :

###### **Étude**

**OPTION 1** : l'étude sera livrée par le bureau d'étude.

###### Dérogé comme suit :

Les débits suivants doivent pouvoir être livrés :  
Lavabos : 0,10 l/sec  
Baignoires : 0,4 l/sec  
Les conduites seront posées avec une légère pente (au moins 2 mm par mètre courant).  
Dans le mur ou le sol, aucun assemblages n'est autorisé.

###### Précisé comme suit :

###### **Conduites Enterrées**

- Lorsque des conduites d'alimentation doivent être enterrées, elles le seront à une profondeur hors d'atteinte du gel (au moins 0,80m).

».

- **Choix opéré : OPTION 1 (lit de sable)**

Complété comme suit :

Les tuyauteries inférieures à  $\varnothing$  extérieur 16 mm et leurs accessoires ne sont pas admis.  
Les dimensions minimums suivantes de raccordement doivent être respectées :

lave-mains : diam 16

évier : diam 20

douche : diam 20

lavabos : diam 20

raccord de la machine à laver : diam 16

**DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE**

**- Matériau**

Complété comme suit :

Les matériaux disposeront d'un ATG

Le point 02.12 de ces clauses techniques, intitulé « cahier des charges de référence », précise notamment que ce cahier spécial des charges « suit la structure de base du CCTB (V1.06) et le complète ». Il ajoute que « [d]es précisions peuvent être données au sujet des articles retenus et/ou ajoutés en ce qui concerne le choix des matériaux, les spécifications, les éventuels accessoires, les critères particuliers de performances et les notes d'exécution complémentaires ».

Au regard de ce qui précède, la partie requérante ne peut prétendre que la pose et la fourniture du lit de sable relatives aux conduites d'alimentation litigieuses serait à charge d'un autre lot. Les prescriptions du lot 1 relatives à la pose d'un lit de sable ne le contredisent pas, se rapportant aux canalisations d'égout (poste 17.11.1f).

Compte tenu des termes de ces clauses techniques, il importe peu que, selon la requérante, il serait usuel que le lit de sable soit réalisé par l'attributaire de ce lot ou encore que « le lit de sable se place avec les engins de terrassement et non avec les outils du chauffagiste », outre qu'elle ne démontre pas qu'un lit de sable ne puisse pas être posé par un chauffagiste.

Le moyen, en sa première branche, n'est dès lors pas fondé.

**B. Deuxième branche**

Il ressort de l'examen de la première branche qu'au regard des clauses techniques, la pose et la fourniture du lit de sable relatives aux conduites d'alimentation litigieuses sont à charge du lot 4. La deuxième branche du deuxième moyen repose donc sur une prémisse erronée. La confirmation apportée par la partie adverse et communiquée aux soumissionnaires via le *forum* ne modifie dès lors pas

les clauses techniques du cahier spécial des charges, ni n'impose d'exigence qui n'était pas formulée dans ce cahier ou qui serait contraire à ce dernier.

Le moyen, en sa deuxième branche, n'est dès lors pas fondé.

#### C. Troisième branche

Comme cela ressort de l'examen de la première branche du moyen, la réalisation du lit de sable était imposée de manière suffisamment claire par les clauses techniques du cahier des charges. Si le rapport d'analyse des offres se réfère au *forum*, il se comprend que c'est pour répondre au courrier de la partie requérante du 29 octobre 2019 en réponse à la demande de justification de prix. La partie requérante y soutient que lors de sa visite du site, il lui a été communiqué que la tranchée et la chambre de visite sont à charge de l'entrepreneur général, et que le lit de sable notamment est à charge de ce dernier. Toutefois, il se comprend qu'en renvoyant au *forum*, la partie adverse a souhaité rappeler qu'une information contraire a été communiquée aux soumissionnaires et que le soumissionnaire ayant posé la question avait bien décelé dans les clauses techniques l'imposition du lit de sable à charge du lot 4. Il importe peu, dès lors, que le rapport d'analyse des offres ne renvoie pas expressément à cette clause technique.

En toute hypothèse, la partie requérante ne démontre pas en quoi le délai laissé entre la communication de l'information relative au lit de sable et la date de remise de l'offre serait insuffisant.

Le moyen, en sa troisième branche, n'est pas fondé.

#### D. Quatrième branche

Contrairement à ce que soutient la partie requérante, l'acte attaqué repose bien, notamment, sur l'anormalité des prix unitaires litigieux puisqu'il relève expressément que les « 4 prix unitaires des canalisations en PEHD enterré sont mal justifiés ». Il ressort de l'acte attaqué que la justification de prix n'est pas admise au motif que la partie requérante confirme que son prix pour ces postes ne comprend pas la pose et la fourniture du lit de sable, pourtant comprises dans ces postes. Il importe peu que la valeur de ces postes serait marginale selon la partie requérante. Comme le relève la partie adverse, celle-ci a pu considérer, au regard de son pouvoir d'appréciation, qu'un prix qui ne permet pas de réaliser les prestations comprises dans le poste est un prix anormal.

Pour le surplus, un pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer si un poste est négligeable ou non. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. En l'espèce, si la partie requérante affirme que la valeur du lit de sable absent de la justification (et du prix offert) serait négligeable, elle ne soutient pas clairement que les postes pour lesquels les justifications n'ont pas été admises seraient négligeables. On n'aperçoit pas, en toute hypothèse, pour quelles raisons l'intégration du lit de sable dans le lot HVAC constituerait une spécificité du marché ayant un impact sur la qualification des postes litigieux.

Le moyen, en sa quatrième branche, n'est pas fondé.

#### E. Cinquième branche

A l'appui de cette branche du moyen, la partie requérante fait valoir trois griefs.

En premier lieu, elle critique la motivation de l'acte attaqué. Elle soutient que le lit de sable ne peut, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation ni méconnaître les clauses techniques du cahier spécial des charges, être assimilé à l'accessoire d'une canalisation. Elle fait valoir que la pose du lit de sable n'est pas plus justifiée dans la première réponse que dans la seconde, et alors qu'elle faisait l'objet d'une interrogation spécifique de l'autorité.

Le rapport d'analyse des offres énonce ce qui suit en ce qui concerne la vérification des prix de l'attributaire :

«

**DELTA THERMIC SA :**

L'offre s'écarte de 1,51 % au-dessus de la moyenne et de 2,09 % au-dessus de l'estimation.

On constate des prix bas dans les postes suivants :

- o 61.22.3x.01 – GE1
- o 63.33.1a.02 – Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x2400x172
- o 63.33.1a.03 – Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x2700x172
- o 63.33.1a.04 – Radiateurs à panneaux (hxLxP) 500x3000x172
- o 65.31.5c.13 – PEHD enterré diam 50
- o 65.31.5c.14 – PEHD enterré diam 63
- o 65.31.5c.15 – PEHD enterré diam 110
- o 65.31.5c.16 – PEHD enterré diam 125

**Un courrier recommandé est envoyé à l'entreprise en date du 18/10/2019 afin de justifier ces prix conformément aux articles 33 à 37 de l'AR du 18/04/17.**

L'entreprise répond dans les délais. Elle détaille chaque poste en prix d'achat, temps de pose, frais généraux et bénéfice. Le coût de la main d'œuvre est de 75 € pour une équipe de 2 hommes : ce taux horaire est normal bien qu'assez compétitif.

#### 61.22.3x.01 – GE1

La justification fait apparaître un prix d'achat du GE1 assez faible. Cependant, le pouvoir adjudicateur a toutes les assurances que le matériel correspond bien aux exigences du CSC : la fiche technique est remise dans le cadre de la qualité technique et correspond aux exigences minimales requises. Les temps de pose sont réalistes. Le prix unitaire de l'entreprise est considéré normal.

#### Radiateurs à panneaux :

On constate que les prix d'achat des radiateurs présents dans la justification sont très compétitifs mais sont réalistes. Les temps de pose sont cohérents. Les prix unitaires sont considérés normaux.

#### Conduite d'alimentation : PEHD enterré :

La justification de l'entreprise semble cohérente par rapport aux prix de fourniture et temps de pose. Cependant, elle ne fait pas apparaître la pose d'un lit de sable dans le justificatif du prix des canalisations en PEHD. Afin de lever tout doute sur les prix unitaires de ces postes, un nouveau courrier recommandé est envoyé en date du 25/11/2019 pour obtenir une justification plus détaillée que celle reçue en date du 24/10/19. L'entreprise répond dans le délai demandé et décompose le prix d'achat du matériel en :

- prix fournisseur (en s'appuyant sur les prix catalogue joints en annexe) et ;
- un coefficient pour accessoires.

Elle indique qu'elle applique un coefficient de majoration sur le prix net afin de prendre en compte les différents accessoires nécessaires à la réalisation du réseau. Cette justification est acceptée par l'administration, le lit de sable étant considéré comme élément nécessaire à la réalisation du travail.

».

Contrairement à ce que la partie requérante fait valoir, la partie adverse a accepté la justification de ce soumissionnaire au motif que le lit de sable est considéré comme un élément nécessaire à la réalisation du travail, et non pas un accessoire de la canalisation. Contrairement à ce que soutient pourtant la partie requérante, cela ne se confirme pas au regard du titre « 65.31.5c Conduites d'alimentation & accessoires - tuyaux / matière synthétique ». Il ne se déduit pas non plus du contenu de cette disposition, ou d'une autre clause technique qui ferait référence à des accessoires de tuyauterie, qu'à défaut d'y être mentionnée, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou violé ces clauses techniques en considérant que la mise en œuvre d'un lit de sable puisse être considéré comme un accessoire du réseau, au sens où on entend habituellement le terme « accessoire ». Compte tenu de ce qui précède, la partie requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme ne pas comprendre pour quelles raisons la partie adverse a accepté ce qui lui paraissait douteux initialement. En effet, comme le rapport d'analyse des offres le relate, si la partie adverse a interrogé une seconde fois l'attributaire, c'est parce que sa réponse ne faisait pas apparaître la pose d'un lit de sable dans le justificatif du prix des canalisations PEHD. Aucune indication contraire n'y figurait également. C'est pour éviter tout doute que la partie adverse a interrogé à nouveau ce soumissionnaire. A cet égard, il ressort de la lecture du courrier du 25 novembre 2019 que la pose du lit de sable n'a pas fait l'objet d'une interrogation spécifique, ce courrier se limitant à demander une « justification écrite (plus détaillée que celle reçue [préalablement]) » pour quatre postes.

En deuxième lieu, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir traité de manière discriminatoire les soumissionnaires. Comme le mentionne à juste

titre la partie adverse, la société DELTA THERMIC et la partie requérante ne se trouvaient pas dans une situation identique dès lors que cette dernière a, dans sa réponse à la demande de justification, indiqué explicitement que le prix remis ne prenait pas en compte le lit de sable litigieux. A l'inverse, la société DELTA THERMIC n'a pas abordé la question du lit de sable dans sa première réponse. Ce faisant, la partie adverse n'a pas méconnu le principe d'égalité entre les soumissionnaires en interrogeant à nouveau celle-ci.

En troisième lieu, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir permis à l'attributaire de modifier son offre en permettant d'inclure un lit de sable qui n'y figurait pas. En l'absence de réserve dans son offre ou dans ses réponses fournies à la suite des interpellations de la partie adverse, rien ne permet de conclure que la société DELTA THERMIC n'entendait pas réaliser le lit de sable litigieux et qu'elle aurait modifié son offre à cet égard.

Le moyen, en sa cinquième branche, n'est pas fondé.

#### F. Sixième branche

Il ressort de l'examen des cinq premières branches du moyen que la motivation de la décision attaquée doit être considérée comme adéquate.

Le moyen, en sa sixième branche, n'est pas fondé.

### V. Premier moyen

#### V.1. Thèses des parties

##### A. Requête

Le premier moyen est pris de la violation « des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité et de non-discrimination, des articles 4 et 66 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 30, § 4, de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, du devoir de minutie, du principe de proportionnalité, du principe de légalité, du principe selon lequel une décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et être exempte d'une erreur manifeste d'appréciation, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation

formelle des actes administratifs et des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et des concessions ».

La partie requérante critique le constat d'irrégularité substantielle de son offre tiré du fait qu'elle ne remplit pas tous les couts relatifs à la sécurité prévus au plan sécurité santé. Elle observe qu'aucune disposition du cahier spécial des charges ne requérait la fourniture d'un document relatif au cout des mesures de sécurité santé (première branche). Elle affirme que la partie adverse disposait d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer si l'irrégularité en cause revêtait ou non un caractère substantiel et que c'est à tort qu'elle a retenu cette irrégularité (deuxième branche). Elle fait encore grief à la partie adverse d'avoir méconnu la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en déclarant irrégulière son offre sans lui permettre de fournir l'information manquante (troisième branche). Elle critique en substance la motivation formelle de la décision querellée (quatrième branche).

#### B. Mémoire en réponse

De manière générale, la partie adverse fait valoir que l'acte attaqué repose sur plusieurs motifs relatifs à l'offre de la requérante et qu'un seul de ces motifs suffirait à justifier la décision d'écarter l'offre en question. Renvoyant à la jurisprudence du Conseil d'État, elle soutient que « [d]ès lors que ce motif vainement critiqué par le premier moyen suffit à justifier la décision d'écarter l'offre de la requérante pour cause d'irrégularité, il n'y a pas lieu d'examiner le second moyen, qui critique le second motif de cette décision, pris de l'anormalité d'un prix unitaire proposé par la requérante (CE n° 236.190 du 19.10.2016, SA HULLBRIDGE ; dans le même sens : CE n° 243.658 du 11.02.2019, SPRL PIERRE FRERE ET FILS) ». Elle en déduit que la recevabilité des moyens de la requérante s'apprécie dès lors en fonction du bien-fondé du/des autres moyens soulevés : à supposer non fondé l'un des deux premiers moyens, cela implique que c'est à bon droit que l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière par la partie adverse. La requérante perd alors intérêt aux deux autres moyens développés dans sa requête.

Elle conteste également chacune des branches de ce moyen.

#### C. Mémoire en réplique

Concernant la première branche, la requérante soutient que, selon l'article 30 de l'arrêté royal du 25 juillet 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles, c'est au coordinateur sécurité-santé (coordinateur-projet) qu'il revient de décider si

un document relatif aux coûts des mesures de sécurité doit être exigé et d'en justifier la nécessité. Selon elle, en l'espèce, l'exigence de ce document (valorisation du coût des mesures de sécurité) n'émane pas d'une telle demande justifiée du coordinateur, mais du seul pouvoir adjudicateur, qui ne produit d'ailleurs aucune décision séparée imposant formellement cette exigence ni ne la motive. La requérante invoque le rapport au Roi et le contexte de la réforme (ancienne obligation jugée trop rigide, rejetant des offres avantageuses) pour affirmer qu'en l'absence de demande motivée du coordinateur, le pouvoir adjudicateur ne pouvait réintroduire *de facto* l'exigence générale d'un tel document, ni s'abstenir de motiver spécialement ce choix. Elle ajoute que le cahier spécial des charges (tome IV, titre 4.2) place cette « valorisation du coût des mesures de sécurité » dans la rubrique « Documents demandés au plan de santé sécurité », ce qui confirme que l'exigence est celle du coordinateur sécurité, et non une exigence autonome du pouvoir adjudicateur. Enfin, elle souligne que le pouvoir adjudicateur ne produit pas la décision d'approbation du CSC, de sorte que le Conseil d'État ne peut contrôler la légalité de cette exigence.

S'agissant de la deuxième branche, la partie requérante fait valoir que même à supposer l'exigence valable, l'absence (ou l'irrégularité) du document n'est pas un manquement substantiel. Elle relève qu'elle a signé un engagement par lequel elle déclare avoir pris connaissance du plan de sécurité et s'engager à s'y conformer « sans porter en compte d'autres coûts que ceux prévus au métré ». Pourtant, l'acte attaqué considère son engagement comme incertain, ce que la requérante qualifie d'erreur manifeste d'appréciation. Elle distingue l'arrêt du 11 février 2014, NV ABOG, invoqué par la partie adverse, en soulignant que, dans cette affaire, il n'était pas question de caractère incertain de l'engagement, que les documents manquants concernaient la prise en compte des risques et que les informations demandées n'étaient pas à valeur simplement indicative, contrairement au cas présent.

Concernant la troisième branche, la requérante fait valoir que l'exigence litigieuse ne constitue pas une « exigence substantielle » énoncée comme telle dans les clauses administratives du CSC, lesquelles listent de manière limitative les exigences dites substantielles (visite obligatoire des lieux, exigences techniques minimales, contrats d'entretien et garantie *omnium*, attestation du fournisseur du matériel de régulation). Selon elle, le pouvoir adjudicateur a, de manière implicite et non annoncée, érigé l'exigence de ce document relatif au coût des mesures de sécurité en condition substantielle, et l'a utilisée pour écarter l'offre, sans l'avoir clairement qualifiée comme telle dans les documents du marché. Elle fait valoir qu'à la lumière de l'ordonnance de la CJUE du 10 novembre 2016 visée dans le recours, le pouvoir adjudicateur aurait dû, au minimum, inviter la requérante à compléter ou régulariser

l'information manquante, plutôt que d'écarter directement son offre. Cette omission constituerait une violation des principes d'égalité, de transparence et de proportionnalité.

Dans une quatrième branche, la requérante reproche enfin à l'acte attaqué une motivation déficiente. Elle souligne que le grief ne porte pas seulement sur le constat de répartition des coûts sur le mètre, mais aussi sur l'absence de justification adéquate quant au caractère substantiel du manquement et sur l'absence de prise en compte des principes d'égalité et de transparence. Elle relève que le point 9.6 de l'acte attaqué se réfère à une annexe (ce qui révèle une motivation par référence), mais que cette annexe n'a pas été jointe à la décision et n'était pas connue d'elle, ce qui contrevient aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 et de la loi du 17 juin 2013 sur la motivation et l'information en matière de marchés publics. Elle conclut que le premier moyen, dans ses quatre branches, est fondé.

#### D. Dernier mémoire de la partie requérante

La partie requérante réitère ses arguments et explique les raisons pour lesquelles le rapport de l'auditeur ne peut être suivi.

#### *V.2. Appréciation du Conseil d'État*

L'examen du deuxième moyen a permis de constater que les griefs de la requérante à l'égard du rejet de son offre pour irrégularité substantielle au motif qu'elle n'aurait pas prévu la pose d'un lit de sable ne peuvent être retenus.

Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner le premier moyen, puisqu'à le supposer fondé, il ne permettrait pas de remettre en cause le constat d'irrégularité substantielle de l'offre de la requérante vainement critiqué.

#### *VI. Troisième moyen*

##### *VI. 1. Thèses des parties*

##### A. Requête

Le troisième moyen est pris de la violation « des articles 2, 54°, 56 et 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 32 et 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs

classiques, de l'article 5.7 des clauses administratives du cahier spécial des charges relatif aux options propres au lot 4 ».

La partie requérante relève tout d'abord qu'il résulte de l'examen des documents du marché que la seule option imposée serait un poste 65.24.9s.02 du métré concernant un « Surpasseur et Ups ». Elle observe qu'aucune option libre/autorisée n'était prévue.

Après avoir reproduit le libellé du critère d'attribution relatif au prix, la partie requérante expose que la large marge d'appréciation dont bénéficie le pouvoir adjudicateur au stade de la définition des critères d'attribution ne lui permet pas de dénaturer la notion même de « prix », à savoir « ... tous les frais, mesures et charges quelconques inhérents à l'exécution du marché ».

Par ailleurs, la partie requérante observe que le contrat *omnium* serait expressément exclu du marché « dès lors qu'il [fera] ou non l'objet d'une commande séparée avec la société de maintenance régulation, laquelle n'est pas la requérante ».

Elle relève que les critères d'attribution doivent présenter un lien avec l'objet du marché. Or, le contrat *omnium* étant, d'après elle, exclu du marché litigieux, il ne pourrait faire l'objet d'une évaluation dans le cadre d'un critère d'attribution.

La partie requérante soutient également « [qu'] en majorant “l'offre de base” du coût du contrat d'entretien pour déterminer le prix global du marché, la partie adverse applique l'article 87, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 à propos d'un poste du métré qui ne correspond pas à l'option obligatoire définie au cahier spécial des charges et, partant, viole la définition d'option exigée, son cahier des charges précisant les options exigées et l'article 87 de l'arrêt royal précité ».

## B. Mémoire en réponse

Après avoir reproduit plusieurs extraits du cahier des charges, la partie adverse observe que l'objet du marché litigieux consiste dans la réalisation de travaux et dans la proposition d'un contrat *omnium*. Elle relève que le choix était laissé aux soumissionnaires d'assumer eux-mêmes ce contrat ou de confier ce dernier à une société tierce de maintenance. La partie adverse indique que ce contrat doit, partant, être soumis à la concurrence et son prix doit faire l'objet d'une comparaison.

Elle relate avoir structuré sa commande en plusieurs parties, à savoir les travaux eux-mêmes et la maintenance. A cet égard, elle relève que les motifs de cette « division » sont repris dans le cahier des charges qui précise qu'est visée « l'hypothèse où le soumissionnaire n'aurait pas les capacités d'effectuer lui-même cette maintenance ».

Ce faisant, selon la partie adverse, la maintenance serait, même s'il est n'est pas qualifiée comme telle, une tranche conditionnelle. Elle relève que le cahier des charges préciserait que le pouvoir adjudicateur ne serait pas engagé pour cette tranche conditionnelle (« [l]e maître d'ouvrage délégué se réserve le droit de ne pas commander le contrat de garantie *omnium* des installations de régulation »).

Elle soutient que « les tranches conditionnelles faisant partie intégrante du marché, le prix offert pour [celles-ci] fait partie du prix au sens de la réglementation ». C'est donc, d'après elle, à bon droit que le critère d'attribution relatif au prix prend en considération le contrat *omnium*.

La partie adverse observe que la seule invocation de la violation de la notion d'option ne suffit pas à justifier d'un grief. Elle relève qu'en tout état de cause, la partie requérante était la moins-disante pour les postes litigieux, elle ne peut faire état d'aucun grief. La partie requérante ne disposerait donc pas de l'intérêt requis pour soulever le troisième moyen.

### C. Mémoire en réplique

Au sujet de l'exception d'irrecevabilité du moyen tiré du défaut d'intérêt soulevée par la partie adverse, la partie requérante soutient que le moyen critique la légalité même du cahier des charges. Par conséquent, s'il devait être déclaré fondé, « il impliquerait l'obligation, pour la partie adverse, de recommencer la procédure ab initio ». Elle estime dès lors disposer de l'intérêt requis pour soulever le troisième moyen.

La partie requérante critique la thèse formulée par la partie adverse selon laquelle la fourniture du contrat *omnium* constituerait une tranche conditionnelle.

En ce sens, elle observe ce qui suit :

« La tranche conditionnelle reçoit une définition à l'article 57 de la loi du 17 juin 2016. En l'espèce, la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle qualifie le contrat de maintenance de tranche conditionnelle :

- ainsi qu'elle l'admet, elle n'a pas qualifié comme tel le contrat de maintenance, alors que la loi impose que "les clauses prévues au présent article doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque" ;
- l'existence d'une prétendue tranche n'a nullement été justifiée ; les considérations relevées par la partie adverse sont de nature à établir l'allotissement du contrat de maintenance ;
- enfin, le marché n'a nullement été scindé dès lors qu'il imposait de proposer un contrat de maintenance à attribuer à une société de maintenance, laquelle pouvait, ou non, être une société tierce du soumissionnaire : "Ces contrats font l'objet d'une commande séparée avec la société de maintenance régulation" ».

La partie requérante relève également que « [l']objet du marché consistant à proposer un contrat de maintenance, la prestation demandée visant à éviter à la partie adverse de rechercher un contrat de maintenance et non d'assurer la maintenance elle-même. La requérante avait assumé la totalité des obligations imposées par le cahier spécial des charges en proposant un tel contrat. Les suites que la partie adverse entend réserver à ce contrat ne la concerne nullement ».

D'après la partie requérante, il en résulterait « qu'en prenant en considération le coût du contrat de maintenance, lequel n'était pas inhérent à l'exécution du marché, la partie adverse a dénaturé la notion de "prix", à savoir "... tous les frais, mesures et charges quelconques inhérents à l'exécution du marché" ».

#### D. Dernier mémoire de la partie requérante

La partie requérante expose ce qui suit :

« Selon le rapport sur l'affaire, la requérante n'a pas intérêt au moyen. Se fondant sur la jurisprudence récente du Conseil d'État, le rapport estime que la circonstance qu'en cas d'accueil du moyen, toute la procédure serait invalidée ne suffit pas à établir la lésion ou le risque de lésion qu'aurait causé à la requérante la violation alléguée.

L'article 14 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 reconnaît à "toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée" le droit de demander à l'instance de recours "d'annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices".

En énonçant des conditions de recevabilité spécifiques, le législateur a eu une conception large de l'intérêt au recours. L'exposé des motifs ayant précédé la première loi ayant énoncé ces principes le confirme, tout comme la doctrine. Il en est d'autant plus ainsi que le droit en question est le droit d'ester en justice, garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, partant, se situant à une position élevée dans la hiérarchie du droit positif ayant en outre valeur constitutionnelle.

La loi vise à transposer en droit belge les directives "recours" dont la directive la directive 89/665/CE. Selon l'article 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de la directive : "Les États membres

s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée".

Parmi les recours ouverts ainsi aux entreprises concernées, le recours en annulation figure en bonne place : "Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> prévoient les pouvoirs permettant : [...] b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause" (Article 2, 1<sup>o</sup>).

Ce recours en annulation est accessible à toute personne justifiant d'un intérêt à obtenir le marché, l'intérêt ainsi exigé devant recevoir une interprétation large au sens des directives "recours".

Certes, les États membres peuvent définir certaines modalités du droit de recours.

Mais ces modalités ont une portée limitée.

Alors que la porte du prétoire est ouverte aux personnes "ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée" il serait contraire à la *ratio legis* des directives "recours" et de la loi qui les transpose de refermer cette porte au stade de l'intérêt au moyen. "Les États membres sont donc tenus de mettre en place des procédures adéquates pour permettre l'annulation de décisions illégales et de s'assurer que les procédures de recours soient accessibles au moins à toutes les personnes ayant eu un intérêt à obtenir un marché public".

L'accueil du moyen implique que l'attributaire ne pouvait, légalement, être déclaré tel de manière telle que la procédure devait être recommencée, ouvrant ainsi une chance pour la requérante de se voir attribuer le marché.

Dans un arrêt prononcé le 5 septembre 2019 dans l'affaire C-333/18 par la Cour de Justice de l'Union Européenne, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Consiglio di Stato, la Cour dit pour droit que : "L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, troisième alinéa, et paragraphe 3, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un recours principal introduit par un soumissionnaire ayant un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésé par une violation alléguée du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles transposant ce droit, et visant à l'exclusion d'un autre soumissionnaire soit déclaré irrecevable en application des règles ou des pratiques jurisprudentielles procédurales nationales, qui portent sur le traitement des recours en exclusion réciproques, quels que soient le nombre de participants à la procédure de passation de marché et le nombre de ceux ayant introduit des recours".

L'arrêt repose notamment sur le constat que : "...d'une part, l'exclusion d'un soumissionnaire peut aboutir à ce que l'autre obtienne le marché directement dans le cadre de la même procédure. D'autre part, dans l'hypothèse d'une exclusion de tous les soumissionnaires et de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public, chacun des soumissionnaires pourrait y participer et, ainsi, obtenir indirectement le marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 avril 2016, *PFE*, C-689/13, (ECLI:EU:C:2016:199), point 27)".

Certes, l'arrêt concerne la recevabilité du recours et non la recevabilité du moyen. Mais les considérations sur lesquelles reposent l'arrêt sont, en tous points, transposables à la recevabilité du présent moyen.

La jurisprudence nouvelle citée par le rapport sur l'affaire – qui statue, en référé, *prima facie* – pose question au regard du prescrit de la Directive “recours”, transposé en droit belge par la loi du 15 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 concession.

La requérante propose dès lors que soit posée à la Cour de Justice de L'Union européenne la question préjudicielle ci-après :

“L'article 2 de la Directive 89/665 CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, doit-il être interprété comme s'opposant à ce qu'un recours en annulation introduit par un soumissionnaire ayant un intérêt à obtenir un marché déterminé soit déclaré irrecevable au motif que l'offre de ce soumissionnaire est irrégulière et que la perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution, de la faire recommencer *ab initio* et d'obtenir ainsi une nouvelle chance de remporter le marché ne suffit pas à démontrer concrètement la lésion ou le risque de lésion qu'aurait causé à ce soumissionnaire la violation alléguée ?” ».

## VI. 2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'intérêt de la partie requérante à son moyen est mis en cause.

A ce propos, il y a lieu de se référer à la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, directive transposée par 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. Il se comprend, à la lecture du préambule et des dispositions de cette directive, que la volonté de ses auteurs a été de veiller à ce que chaque État-membre organise un système de recours juridictionnels protégeant les opérateurs économiques à l'encontre des illégalités qui, dans le cours de la procédure de passation d'un marché public, les préjudiciaient, en les lésant ou en risquant de les léser. Il se déduit également de plusieurs modalités d'exercice ou de traitement des recours dont l'organisation est prévue par cette directive qu'a été prise en considération la nécessité de faire en sorte que l'exercice des recours juridictionnels n'ait pas pour effet de compromettre la bonne fin de la passation ou de l'exécution du

marché concerné, en particulier au nom de l'intérêt public. La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des autorités adjudicatrice qui sous-tend le système conçu par la directive précitée, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est utilement rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a causée ou risqué de causer au requérant l'illégalité alléguée par celui-ci.

En l'espèce, à la supposer établie, l'illégalité alléguée dans le cadre du troisième moyen ne serait pas susceptible d'avoir lésé la requérante dans la mesure où l'offre de cette dernière a été déclarée substantiellement irrégulière, sans que cela puisse être remis en cause au terme de l'examen du deuxième moyen, et sans que son écartement se fonde sur l'application du critère d'attribution relatif au prix dont la requérante allègue l'illégalité.

Pour justifier son intérêt à soulever le troisième moyen, la partie requérante allègue dans son mémoire en réplique que, si celui-ci doit être déclaré fondé, « il impliquera l'obligation, pour la partie adverse, de recommencer la procédure *ab initio* ». Elle en tire pour conséquence que nul ne peut anticiper à cet égard, les suites qui seraient réservées à ce nouvel appel à la concurrence. Elle indique encore que l'accueil du moyen implique que le soumissionnaire DELTA THERMIC ne pouvait, légalement, être déclaré attributaire de manière telle que la procédure devait être recommencée, ouvrant ainsi une chance pour la requérante de se voir attribuer le marché.

Néanmoins, la perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution et de la faire recommencer *ab initio* ne suffit pas à justifier d'un intérêt au moyen. Un tel argument, qui revient à évoquer une nouvelle chance d'obtenir le marché litigieux, ne permet pas, en soi, de démontrer concrètement les lésions qu'auraient causées à la partie requérante ou risqué de lui causer les violations alléguées au titre du deuxième moyen.

La requérante n'évoque pas d'argument de nature à déterminer le Conseil d'État à se départir de cette appréciation de l'intérêt au moyen.

L'arrêt de la Cour de justice du 5 septembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:675), outre qu'il concerne l'intérêt au recours, prend pour point de départ que le soumissionnaire a été ou risqué d'être lésé par une violation alléguée. Il vise également l'hypothèse de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation,

hypothèse qui ne se vérifie pas en l'espèce.

Enfin, s'agissant de la question préjudicielle que la partie requérante suggère de poser à la Cour de Justice elle repose, en premier lieu, sur le postulat que le recours du requérant serait irrecevable, ce qui n'est pas le cas. En outre, elle s'appuie sur le fait que le moyen permettrait d'obtenir une nouvelle chance de remporter le marché. Or, cette chance est inexistante, la partie adverse ayant déclaré à l'audience, sans être contredite par la requérante, que les travaux objet du marché en cause ont été provisoirement réceptionnés. Il n'y a donc pas lieu de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle proposée.

Le troisième moyen est irrecevable.

## *VII. Confidentialité*

### *VII.1. Thèses des parties*

#### *A. Requête*

La requérante, qui ne sollicite pas la confidentialité pour son offre, demande d'avoir accès aux pièces du dossier administratif qui ont été prises en considération par la partie adverse pour admettre la justification du prix de l'attributaire. Elle affirme que cette communication peut intervenir sous une forme supprimant les passages qui pourraient relever du secret des affaires, procédé suggéré, selon elle, par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 118/2007 du 19 septembre 2007.

#### *B. Mémoire en réponse*

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les éléments se rapportant à la vérification des prix, à savoir le tableau d'examen des prix (pièce 10.1), le courrier adressé à la partie requérante et sa réponse (pièce 10.2), les courriers adressés à l'attributaire et ses réponses (pièces 10.3 et 10.4), ainsi que les métrés joints aux offres (pièces 11.1 à 11.5).

Elle expose que si le secret des affaires ne couvre pas l'intégralité des offres, il couvre à tout le moins les prix unitaires de chaque concurrent, dans un secteur concurrentiel comme celui du HVAC, où la structure des prix des concurrents ne saurait être divulguée. Elle renvoie à cet égard à un arrêt du Conseil d'État n° 230.118

du 5 février 2015.

Elle fait valoir que les éléments relatifs à la justification des prix de la SA DELTA THERMIC sont reproduits dans le mémoire en réponse, sans qu'il apparaisse nécessaire à l'exercice des droits procéduraux de la requérante que celle-ci ait accès aux prix unitaires de son concurrent, aux conditions chiffrées de son fournisseur, ou à ses conditions de marge. Elle explique que les courriers de la partie adverse (qui reprennent les prix unitaires) et les justificatifs des soumissionnaires sont, pour ces motifs, produits à titre confidentiel, et que pour les mêmes motifs, les offres sont produites, à l'exception des métrés, maintenus confidentiels. Elle ajoute que les prix des contrats de maintenance sont noircis, au motif que quatre des soumissionnaires ont eu recours à la même société de maintenance sans que les prix offerts par chacun soient identiques.

### C. Mémoire en réplique

La requérante estime que le marché étant attribué, il n'y a aucun motif, lié au maintien de la concurrence, justifiant la confidentialité de certaines pièces du dossier administratif.

Elle expose qu'en l'espèce, la question des justifications des prix unitaires de certains postes est précisément visée par un moyen, mais considère que la partie adverse se dérobe à communiquer ces pièces, dont la confidentialité peut malaisément se réclamer du secret d'affaires, spécialement en ce qui concerne les prix d'achats des « fournitures » et des « accessoires ». Elle relève, en outre qu'il s'agit d'un nombre limité de postes du mètre.

Elle affirme que le secret d'affaires peut dès lors s'accommoder de la communication de ces pièces, tout en respectant les droits de la défense.

### D. Dernier mémoire de la partie requérante

La requérante maintient sa demande de levée de confidentialité des pièces du dossier administratif concernant l'examen des prix unitaires, exposant que cette demande concerne un nombre limité de postes du mètre et que ces pièces sont pertinentes au regard des moyens invoqués.

## VII.2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 26 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 est libellé comme il suit :

« L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ».

Le droit d'accès des parties au dossier du pouvoir adjudicateur, que celui-ci est tenu de déposer, relève des exigences d'un recours juridictionnel effectif. L'exercice de ce droit peut toutefois être limité par l'instance de recours dans les conditions que fixe l'article 26 précité. En effet, cette instance peut, en vertu de cette disposition, être amenée à décider que ce droit d'accès doit être mis en balance avec le respect dû à la confidentialité et au secret d'informations contenues dans ce dossier – ainsi, du reste, que dans les dossiers des autres parties –, en manière telle que cet accès à certaines informations doive être totalement ou partiellement refusé ou, à tout le moins, organisé selon des modalités qu'elle précise.

Une limitation du droit d'accès susceptible d'être décidée en vertu de la disposition précitée suppose, avant tout, que soit en jeu un secret d'affaires précisément identifié par la partie qui s'en prévaut et reconnu comme tel – parce que constaté, non contesté ou tenu pour suffisamment vraisemblable au moment où elle statue – par l'instance de recours sur la base des éléments dont celle-ci dispose.

Lorsqu'elle constate qu'est en jeu un tel secret d'affaires, l'instance de recours est tenue de procéder à la mise en balance des exigences d'une protection juridique effective avec celles déduites du droit au respect des secrets, laquelle mise en balance repose sur son appréciation *in concreto* des données de l'espèce, telles les prétentions des parties, la configuration procédurale du recours dont l'instance est saisie ou toute circonstance propre à la cause.

La requérante demande l'accès aux pièces du dossier administratif concernant l'examen des prix unitaires.

Mis en relation avec les griefs formulés par la requérante dans son deuxième moyen, cela impliquerait, en réalité, de révéler les justifications de prix communiqués par l'attributaire du marché.

Les prix d'un concurrent constituent, en règle, des données qui sont couvertes par le secret d'affaires et doivent être protégées par la confidentialité.

La requérante affirme que le marché étant attribué, aucun motif lié au maintien de la concurrence ne justifierait la confidentialité.

Elle ne peut être suivie.

La révélation de la justification des prix appliqués au marché litigieux est, à défaut de preuve en sens contraire, susceptible de fournir des renseignements commerciaux d'importance aux concurrents actifs dans un secteur déterminé, puisqu'elle se rapporte à la structure des prix pratiqués. Il importe peu que le nombre de postes concernés soit limité. De même, le fait que la partie requérante ait elle-même décidé, au vu des enjeux en présence, de divulguer ses prix, ne peut suffire ni à justifier l'absence de caractère commercialement sensible des justifications des prix de ses concurrents, ni forcer ces derniers à faire de même. Si la partie requérante estime que les prix d'achats des « fournitures » et des « accessoires » ne peuvent se réclamer du secret d'affaires, elle ne s'en explique pas.

Un secret d'affaires étant en jeu, celui-ci doit être mis en balance avec les exigences du procès équitable.

D'un côté, une divulgation des justifications des prix de l'offre de l'attributaire engendrerait une atteinte au secret d'affaires et pourrait lui causer un préjudice, dès lors que les prix pratiqués et leur structure sont des éléments déterminants d'un point de vue concurrentiel.

D'un autre côté, la limitation qui pourrait passer comme portée à l'effectivité du recours est adéquatement compensée par le contrôle des pièces confidentielles effectué par le Conseil d'État, au regard des critiques soulevées par la requérante.

En outre, et comme le relève la partie adverse, celle-ci a dévoilé partiellement dans son mémoire en réponse le contenu de son courrier du 25 novembre

2019 et la réponse de l'attributaire, qui renvoie à un coefficient de majoration sur le prix de son fournisseur. Comme l'indique la partie adverse, le coefficient de majoration du prix est détaillé, pour chaque poste concerné, dans une annexe à ce courrier. Ces données relèvent du secret des affaires de sorte qu'une communication caviardée de ces éléments ne présente pas d'intérêt au regard de l'examen du deuxième moyen. Il en va de même du contenu du courrier de la partie adverse du 18 octobre 2019 qui, s'agissant des postes litigieux, se limite à demander des justifications, ces prix présentant un caractère apparemment anormal. Quant au courrier de réponse de DELTA THERMIC du 23 octobre 2019, la communication d'une version caviardée présente également peu d'intérêt, ce soumissionnaire renvoyant à un tableau détaillant notamment la répartition du coût de la main d'œuvre, du matériel, de la sous-traitance, données qui relèvent du secret des affaires.

Dans ces circonstances, les exigences de protection du secret d'affaires imposent de tenir pour confidentielles les pièces 10.1 (tableau d'examen des prix), 10.3 et 10.4. du dossier administratif (courriers adressés à l'attributaire et ses réponses).

Pour le surplus, la levée de la confidentialité des pièces 11.1 à 11.5 (métrés joints aux offres des cinq soumissionnaires), qui reprennent tous les prix de tous les soumissionnaires n'est, en réalité, pas sollicitée. Quant à la pièce 10.2, elle se rapporte à la requérante, qui en a connaissance, de sorte qu'elle n'a pas intérêt à en solliciter la levée de la confidentialité.

#### *VIII. Indemnité de procédure*

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

#### **Article 1<sup>er</sup>.**

La requête est rejetée.

**Article 2.**

Les pièces 10 et 11 du dossier administratif sont tenues pour confidentielles.

**Article 3.**

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 16 mars 2026, par la VI<sup>e</sup> chambre du Conseil d'État, composée de :

|                      |                       |
|----------------------|-----------------------|
| David De Roy,        | président de chambre, |
| Dimitri Yernault,    | conseiller d'État,    |
| Aurélien Vandeburie, | conseiller d'État,    |
| Adeline Schyns,      | greffière.            |

|               |               |
|---------------|---------------|
| La Greffière, | Le Président, |
|---------------|---------------|

|                |              |
|----------------|--------------|
| Adeline Schyns | David De Roy |
|----------------|--------------|