

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.334 du 6 mars 2012

G./A.203.676/VI-19.493

En cause : **la société anonyme ENTREPRISES
GENERALES LOUIS DUCHENE,**

ayant élu domicile chez
Mes Eric LEMMENS et
Véronique BERTRAND, avocats,
Ilot Saint-Michel,
place Verte, n° 13,
4000 Liège,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Intercommunale pour la gestion et la réalisation
d'études techniques et économiques,
en abrégé IGRETEC,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Cédric MOLITOR, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

Requérante en intervention :

**la société anonyme LES ENTREPRISES
GILLES MOURY,**

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 17 février 2012, la société anonyme ENTREPRISES GENERALES LOUIS DUCHENE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision du 31 janvier 2012 par laquelle IGRETEC a considéré comme régulière l'offre de 4.589.645,46 EUR HTVA déposée par SA Entreprises Gilles MOURY [...] dans le cadre du marché relatif à la

construction de bâtiments dans l'extension du PAE Charleroi – Jumet, régi par le cahier spécial des charges 45.950, et lui a attribué ce marché".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 17 février 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 février 2012 à 10 heures.

Par une requête introduite le 23 février 2012, la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Véronique BERTRAND, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Cédric MOLITOR, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaisant pour la requérante en intervention, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

Le 29 juillet 2011, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par adjudication publique, d'un marché public de travaux relatif à la réalisation "d'un bâtiment relais atelier, d'un bâtiment à usage de bureaux, d'un parking- Phase 1- PAE Charleroi-Jumet Serna".

Un avis portant sur la passation de ce marché public est également publié dans le supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 2 août 2011.

L'ouverture des offres a lieu le 28 septembre 2011.

Concernant l'offre de la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY, le rapport d'analyse des offres précise que :

" [...]

B. CONFORMITE AUX CLAUSES TECHNIQUES

L'offre déposée par les entreprises Gilles MOURY présente des irrégularités.

Les postes suivants ne sont pas conformes aux spécifications techniques prescrites par le Cahier Spécial des Charges :

Article F.3.7. Caillebotis en bois,

Art.4.1. Pieux diamètre 40 cm,

Art.4.2. Pieux diamètre 50 cm,

Art.7.1.1. Radier entrepôt,

Art.7.1.1. Radier parking,

Art.9.1. Hourdis 15+5,

Art.9.2. Hourdis 20+5,

Art. A.1. Cabine Haute Tension.

Dans une note annexe jointe à leur offre, les entreprises Gilles MOURY indiquent les informations suivantes :

«Article F.3.7. Caillebotis en bois

Nous avons considéré, dans notre prix, la mise en place de caillebotis en acier galvanisé.

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des caillebotis en bois, il y a lieu de prévoir un supplément de

QP : $251,88\text{m}^2$ à $70,00\text{ €/m}^2$ = $17.631,60\text{ €}$

Art.4.1. Pieux diamètre 40 cm

Nous avons considéré des pieux de diamètre 25 cm de 30 tonnes

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des pieux de diamètre 40 de 40 tonnes, il y a lieu de prévoir un supplément de :

- pour les bureaux: QP $252,00\text{ mct}$ à $14,00\text{ €/mct}$ = $3.528,00\text{ €}$

Art.4.2. Pieux diamètre 50 cm

Nous avons considéré des pieux de diamètre 30cm de 30 tonnes

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des pieux de diamètre 50 de 50 tonnes, il y a lieu de prévoir un supplément de :

- pour l'entrepôt : QP $264,00\text{ mct}$ à $13,00\text{ €/mct}$ = $3.432,00\text{ €}$

- pour les bureaux: QP $96,00\text{ mct}$ à $13,00\text{ €/mct}$ = $1.248,00\text{ €}$

Pour un total de 4.680 00€

Art. 7.1.1. Radier entrepôt

Notre prix unitaire a été calculé sur base d'une épaisseur de 15 cm.

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir une dalle de 25 cm d'épaisseur, il y a lieu de prévoir un supplément de :

$257,00\text{ m}^3$ à $45,00\text{ €/m}^3$ = $11.565,00\text{ €}$

Art. 7.1.1. Radier parking

Notre prix unitaire a été calculé sur base d'une épaisseur de 22 cm.

S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir un radier de 40 cm d'épaisseur, il y a lieu de prévoir un supplément de :

$465,82\text{ m}^3$ à $40,00\text{ €/m}^3$ = $18.630,00\text{ €}$

Vérification arithmétique BET $465,82\text{ m}^3$ à $40,00\text{ €/m}^3$ = $18.632,80\text{ €}$

Art.9.1. Hourdis 15+5

Nous avons prévu des hourdis traditionnels sans chape de compression
 S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des hourdis précontraints de 15cm d'épaisseur avec chape de compression de 5, il y a lieu de prévoir un supplément de 20,00 €/m², soit :

- pour le parking : 1.332,40 m² à 20,00 €/m² = 26.448,00 €
- pour l'entrepôt : 359,51 m² à 20,00 €/m² = 7.190,20 €
- pour les bureaux : 945,72 m² à 20,00 €/m² = 18.914,40 €

Pour un total de 52.552,60 €

Art.9.2. Hourdis 20+5

Nous avons prévu des hourdis traditionnels sans chape de compression
 S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir des hourdis de 20 cm d'épaisseur avec chape de compression de 5, il y a lieu de prévoir un supplément de 20,00 €/m², soit :

- pour l'entrepôt : 359,51 m² à 25,00 €/m² = 8.987,75 €
- pour les bureaux : 1.717,14 m² à 25,00 €/m² = 42.928,50 €

Pour un total de 51.916,25 €

Art. A.1. Cabine Haute Tension

Nous avons prévu une cabine haute tension de 400KVA.
 S'il y a lieu de se conformer au cahier spécial des charges et de prévoir une cabine haute tension de 550KVA minimum, il y a lieu de prévoir un supplément de 10.000,00 €».

Il apparaît clairement de cette note que, pour ces postes du métré, les Entreprises Gilles MOURY déclarent avoir remis une offre non conforme aux spécifications techniques du C.S.C.

Dans cette même note, le soumissionnaire, assez curieusement, indique ensuite, pour chaque poste, le supplément à prendre en considération pour reconstituer le prix dans l'hypothèse où «il y aurait lieu de se conformer au cahier spécial des charges».

Il y a lieu de s'interroger sur le caractère substantiel de ces irrégularités.

Si la proposition, formulée par le soumissionnaire, de mise en conformité de chaque poste s'interprète comme une variante à l'offre de base, force est de constater que les variantes libres ne sont pas permises en adjudication publique et que toutes formes de variantes sont interdites dans le Cahier spécial des charges régissant le présent marché.

En conséquence, le pouvoir adjudicateur doit constater qu'il ne peut tenir compte de ces propositions de sorte que l'offre de base, pour tous ces postes, demeure non conforme aux prescriptions techniques du cahier Spécial des charges.

De surcroît, en remettant deux propositions par poste, le soumissionnaire contrevient au prescrit de l'article 103 de l'Arrêté Royal du 08.01.1996 qui stipule «sans préjudice des variantes éventuelles, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché».

En effet, la proposition incluse dans la note du soumissionnaire visant à la mise en conformité de l'offre aux prescriptions techniques du C.S.C. entraîne, outre l'offre d'un second produit pour chaque poste, une augmentation du prix de l'offre de 170.235,45 €, soit une seconde offre, tant technique que financière, par rapport au montant repris dans le formulaire.

Or, un soumissionnaire ne peut présenter une alternative de prix pour un poste déterminé à peine de présenter deux offres (C.E. n° 182.224 du 22 avril 2008). De même, le fait de proposer un catalogue de produits, lorsque le C.S.C. n'autorise pas les variantes, est contraire au principe de l'unicité de l'offre.

Dès lors, l'offre des Entreprises Gilles MOURY est considérée comme irrégulière à ce stade.

[...]."

Le 13 décembre 2011, la partie adverse approuve le rapport d'analyse des offres et décide, d'une part, de déclarer les offres de la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY irrégulières et, d'autre part, d'attribuer le marché public litigieux à la requérante.

Le 27 décembre 2011, la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de ces décisions du 13 décembre 2011.

Par un arrêt n° 217.151 du 9 janvier 2012, le Conseil d'Etat suspend l'exécution :

- " - de la décision du comité de gestion de l'intercommunale IGRETEC du 13 décembre 2011 relative à la régularité des offres en tant qu'elle déclare irrégulière l'offre de la société anonyme GILLES MOURY qui est conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges,
- de la décision du 13 décembre 2011 d'attribuer à la société DUCHENE le marché public de travaux relatif à la réalisation «d'un bâtiment relais atelier, d'un bâtiment à usage de bureaux, d'un parking- Phase 1- PAE Charleroi-Jumet Serna»"

et rejette la requête :

- " en tant qu'elle vise la décision du comité de gestion de l'intercommunale IGRETEC du 13 décembre 2011 relative à la régularité des offres dans la mesure où elle déclare irrégulière l'offre de la société anonyme GILLES MOURY qui n'est pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges".

Le 31 janvier 2011, la partie adverse attribue le marché public litigieux à la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN INTERVENTION

IV. 1. Arguments des parties

A l'audience, la requérante conteste la recevabilité de la requête en intervention. Elle soutient que la requérante en intervention n'établit pas que sa décision d'agir a été prise conformément aux exigences prescrites par ses statuts.

La requérante en intervention ne répond pas à cette exception soulevée par la requérante.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 11 des statuts de la requérante en intervention prévoit que le conseil d'administration est composé de trois membres au moins et que le nombre des administrateurs est fixé par l'assemblée générale. L'article 15 de ses statuts précise que pour délibérer valablement, la présence de la majorité du conseil d'administration est nécessaire.

La requérante en intervention ne produit pas la délibération de son assemblée générale déterminant le nombre de ses administrateurs. Elle n'établit donc pas que la majorité du conseil d'administration était présente lors de l'adoption de la décision de former le présent recours, ni dès lors que cette décision a été prise valablement.

La requête en intervention ne peut donc être accueillie.

V. MOYEN

V. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un moyen pris "de la violation des articles 89 et 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et aux concessions de travaux publics, du point 12 des clauses administratives du cahier spécial des charges 45.950, des principes d'égalité et de transparence, des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'obligation de motivation".

Elle soutient que :

- " 13. Dans sa décision du 13 décembre 2011, IGRETEC a considéré que l'offre de la société MOURY était irrégulière au terme d'un raisonnement en deux temps :
- 1) la proposition de mise en conformité formulée par la société MOURY dans la note jointe à son offre constituait une variante. Dès lors que les variantes étaient interdites, IGRETEC devait écarter cette proposition;
 - 2) restait l'offre de base établie dans le formulaire d'offre. Celle-ci devait être écartée au motif qu'elle n'était pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.
- Dans son arrêt du 9 janvier 2012, le Conseil d'Etat a condamné ce raisonnement formaliste et a inversé les qualifications.
- Pour le Conseil d'Etat,
- la proposition contenue dans la note ne peut être qualifiée de variante dès lors qu'elle est conforme aux clauses techniques du cahier spécial des charges.
- En conséquence, c'est illégalement qu'IGRETEC a écarté cette proposition pour le motif que les variantes sont interdites;
- l'offre contenue dans le formulaire d'offre, étant non conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, constitue une variante et devait être écartée pour cette raison.

En conséquence, le Conseil d'Etat a

- suspendu la décision du 13 décembre 2011 en tant qu'elle déclare irrégulière la proposition de la société MOURY contenue dans la note, constituant l'offre de base, pour le motif qu'elle est non conforme aux clauses techniques du cahier spécial des charges;

- rejeté la requête en tant qu'elle déclare irrégulière la variante, laquelle est contenue dans le formulaire d'offres.

C'est donc la motivation de la disqualification de l'offre résultant de la note de la société MOURY pour le motif qu'elle constituait une variante interdite qui a été sanctionnée par le Conseil d'Etat. Constituant en fait l'offre de base et étant conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, elle ne pouvait être écartée pour le motif susindiqué.

14. Il résulte bien de cet arrêt que l'offre de base de la société MOURY était conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges. En revanche, contrairement à ce qui ressort de la décision d'IGRETEC, il n'en résulte pas qu'elle était régulière sur le plan administratif.

15. A cet égard, il convient de rappeler que l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 énonce :

«Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges.

- Les documents sont signés par le soumissionnaire ou par son mandataire.

- Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire (...)

En outre, les clauses administratives du cahier spécial des charges prévoyaient au point 12 :

«Pour que l'offre soit considérée comme valable, elle doit être rédigée en langue française sur le formulaire de soumission annexé en partie 3 du présent cahier spécial de charges (le formulaire informatique peut être obtenu sur demande) et signée par le soumissionnaire ou son mandataire.

En application de l'article 89 de l'A.R. du 08.01.1996, le soumissionnaire qui établit une offre sur un document autre que le formulaire prévu est tenu d'attester que le document joint à son offre est conforme au modèle annexé dans le cahier spécial des charges.»

De ces dispositions, il résulte que le formulaire d'offres devait être utilisé pour remettre offre, sous peine de nullité de celle-ci.

C'est en effet ce formulaire qui contient l'engagement du soumissionnaire; c'est lui aussi qui indique le prix qui est proclamé lors de la séance d'ouverture des offres organisée à l'article 106 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et garantit le respect des règles énoncées aux articles 100 à 102 du même arrêté.

Ce formalisme vise à assurer la transparence de la procédure et l'égalité entre les soumissionnaires, principes fondamentaux dans le domaine des marchés publics (voir article 2 de la directive 2004/18, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114)).

Ces garanties ne sauraient être anéanties au nom d'un principe de proportionnalité au fondement douteux et qui, au contraire des principes précités, ne se trouve consacré dans aucun texte.

16. En l'espèce, la société MOURY n'a pas utilisé le formulaire d'offre joint au cahier spécial des charges pour établir son offre conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges ou offre de base. Elle ne l'a pas non plus établie sur un document conforme à ce modèle, mais elle a ajouté au formulaire d'offre -- dans lequel elle a indiqué le montant d'une variante tout en s'engageant à exécuter, pour ce prix, le marché «conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges» -- une note contenant, entre autres, des éléments devant permettre au pouvoir adjudicateur de reconstituer le montant de son offre de base.

17. Dans ces conditions, IGRETEC devait écarter l'offre de la société MOURY comme étant administrativement irrégulière.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'article 110, § 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996 établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté et celles reconnues comme telles par le cahier spécial des charges (voir, par exemple, arrêt 215.805 du 18 octobre 2011). Selon l'article 89, les prescriptions concernant les prix doivent être considérées comme essentielles du marché de sorte que toute irrégularité les affectant doit être considérée comme substantielle et donc comme donnant lieu à nullité absolue de l'offre.

L'obligation d'utiliser le formulaire d'offres est une disposition qui se rapporte au prix et constitue donc une prescription essentielle en vertu de ces dispositions.

En toute hypothèse, le cahier spécial des charges a donné à cette exigence un caractère essentiel dès lors que, au point 12 des clauses administratives, il en fait une condition de validité de l'offre («Pour que l'offre soit considérée comme valable, elle doit être rédigée en langue française sur le formulaire de soumission (...)»).

L'offre de base de la société MOURY doit donc être écartée comme étant administrativement irrégulière, sans qu'IGRETEC dispose sur ce point d'un pouvoir d'appréciation.

18. Si, par impossible, il était considéré que l'exigence d'utiliser le formulaire d'offres ne constituait pas une prescription essentielle ou que, quoique cette exigence revête un caractère essentiel, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour écarter ou non une offre qui ne la respecte pas, force serait de constater que la décision attaquée doit au minimum indiquer les raisons pour lesquelles, quoique cette exigence ne soit pas respectée, le pouvoir adjudicateur a accepté de prendre l'offre en considération.

La décision attaquée est donc à tout le moins insuffisamment motivée.

19. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que, en considérant comme régulière l'offre de 4.589.645,46 EUR HTVA déposée par la société MOURY dans le cadre du marché concerné et en lui attribuant ce marché, IGRETEC a violé, à titre principal, les articles 89 et 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le point 12 des clauses administratives du cahier spécial des charges et les principes d'égalité et de transparence et, à titre subsidiaire, les articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et l'obligation de motivation."

La partie adverse répond que :

- " 1. Il faut rappeler ici les motifs de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 217.151 du 9 janvier 2012.

La suspension de la précédente décision d'attribution du 13 décembre 2011 a été suspendue par le Conseil d'Etat, sur base des considérations suivantes :

«Il ressort de la soumission déposée par la requérante qu'elle a présenté, d'une part, une offre s'écartant des spécifications techniques, prescrites par le cahier spécial des charges, et, d'autre part, une autre offre, conforme à ce cahier. Elle a également précisé, au sujet de cette seconde offre, le coût supplémentaire qu'elle impliquait par rapport à la première offre de manière à permettre à la partie adverse de déterminer son prix.

Dès lors qu'une variante est une proposition qui s'écarte de ce que la partie adverse avait demandé dans le cahier spécial des charges, elle n'a pu valablement considérer que l'offre de la requérante qui y était conforme, constituait une variante.

Par ailleurs, dès lors que la partie adverse pouvait déterminer aisément le prix de cette offre, qui était conforme au cahier spécial des charges, elle était en mesure de la comparer aux autres offres.

Il semble donc, *prima facie*, que la partie adverse n'a pas légalement décidé que l'offre de la requérante, qui était conforme au cahier spécial des charges, était

irrégulière. Dans cette mesure, le premier moyen apparaît sérieux. Cette illégalité du premier acte attaqué emporte en conséquence celle du second.

Par contre, la partie adverse a pu valablement considérer comme irrégulière l'offre de la requérante qui n'était pas conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges. Cette offre apparaît en effet comme une variante qui n'était pas autorisée».

Le Conseil d'Etat a ainsi constaté que la S.A. Moury a déposé une offre (la «seconde offre» pour reprendre les termes du premier alinéa de l'extrait de l'arrêt du Conseil d'Etat cité ci-dessus) qui était conforme au cahier spécial des charges. A propos de cette offre, le Conseil d'Etat a considéré que la partie adverse pouvait aisément en déterminer le prix, en manière telle qu'elle était en mesure de la comparer aux autres offres.

Sur base de ces considérations, le Conseil d'Etat a ordonné la suspension non seulement de la décision du 13 décembre 2011 d'attribuer le marché litigieux à la société Duchêne, mais également de la décision du même jour déclarant «irrégulière l'offre de la société anonyme Gilles Moury qui est conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges».

Dans ces conditions, dans le cadre de la réfection de la décision d'attribution, faisant suite à l'arrêt de suspension du Conseil d'Etat et au retrait de cette première décision, la partie adverse devait considérer que l'offre de la S.A. Gilles Moury était régulière.

Pour cette seule raison, qui tient à l'autorité qui s'attache aux arrêts du Conseil d'Etat, même prononcés au contentieux de la suspension, il faut considérer que le moyen est dénué de sérieux.

2. Par ailleurs, le moyen manque en fait.

L'examen du dossier administratif, de même que celui de l'annexe 2 à la requête de la S.A. Duchêne, fait en effet apparaître que cette offre a bien été établie sur base du formulaire de soumission qui était joint en annexe au cahier spécial des charges. En l'espèce, dans le cadre de la procédure ayant mené à l'adoption de l'acte actuellement attaqué, il n'y avait pas lieu pour la partie adverse de considérer l'offre de la S.A. Gilles Moury comme irrégulière pour les motifs avancés par la requérante à l'appui de son moyen dès lors que, d'une part, les «notes annexes» critiquées par la requérante étaient claires quant à leur contenu et à leur portée, étaient signées et portaient chaque fois la mention «dressé pour être joint à notre soumission de ce jour» et que, d'autre part, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans son arrêt de suspension déjà cité, sur base de l'offre ainsi composée du métré et des annexes, la partie adverse pouvait déterminer aisément le prix de cette offre, et était en mesure de la comparer aux autres offres.

3. La partie requérante ne peut nullement être suivie dans la lecture qu'elle fait des articles 89 et 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 visés au moyen.

Comme on vient de le souligner, l'affirmation faite par la requérante que ces dispositions auraient été violées – quod non – repose sur une considération qui, en fait, n'est pas établie, soit la circonstance que la S.A. Moury aurait établi son offre en n'utilisant pas le formulaire prévu par le cahier spécial des charges.

Pour le reste, une offre qui aurait été établie sur un autre formulaire que celui ainsi prévu ne peut nullement être considérée comme frappée de nullité absolue en application de l'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. L'utilisation d'un tel formulaire ne peut en effet être assimilée à une prescription essentielle du cahier des charges, au sens de cette disposition.

L'article 110, § 2 prévoit la «nullité (absolue) de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89» [...]. La référence ainsi faite à l'article 110, § 2 renvoie à l'alinéa 2 de l'article 89 où il est question des «conditions essentielles du marché, tels que les prix, les délais, les conditions techniques» (voy. en ce sens M.-A. Flamme et autres, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, t. 1 A, 6^{ème} éd., 1996-1997, p. 964, n° 3). Le fait que le formulaire prévu n'aurait pas été utilisé – ce qui n'est pas l'hypothèse constatée en l'espèce – ou la circonstance qu'en plus de ce formulaire, les documents annexes aient été remis par un soumissionnaire ne constitue pas une cause de nullité absolue de l'offre de celui-ci.

La référence faite par la requérante au point 12 des clauses administratives du cahier spécial des charges, qui reproduit, avec d'autres termes, le premier alinéa de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, est sans incidence, dans la mesure où on ne saurait considérer que, sur ce point, le cahier spécial des charges pouvait ajouter à la réglementation citée ci-dessus. Dans le cadre de la procédure ayant mené à l'adoption de l'acte actuellement attaqué, il s'agissait, pour la partie adverse, de se référer au dispositif et aux motifs de l'arrêt du Conseil d'Etat n° 217.151 du 9 janvier 2012. Le Conseil d'Etat avait constaté, dans son arrêt, que l'offre de la S.A. Gilles Moury, telle que rédigée et déposée, était conforme au cahier spécial des charges, proposait un prix que l'on pouvait aisément déterminer et pouvait dès lors être comparée aux autres offres. Il n'y avait dès lors pas lieu, pour la partie adverse, de considérer que cette offre était entachée d'une irrégularité substantielle.

4. En l'espèce, le moyen peut être rejeté sur la base du seul constat que le formulaire d'offre joint au cahier spécial des charges a bien été utilisé par l'adjudicataire. S'il faut considérer qu'en ajoutant des annexes à ce formulaire, la S.A. Gilles Moury a commis une irrégularité – quod non –, on ne peut considérer qu'il s'agit-là, dans le cadre de l'application de l'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, d'un cas de nullité absolue. D'autre part, à l'instar de ce qu'a précédemment jugé le Conseil d'Etat dans son arrêt du 9 janvier 2012, la manière dont l'offre de la S.A. Gilles Moury a été établie et présentée n'a nullement porté atteinte à la possibilité de comparer les offres, et donc au principe d'égalité du soumissionnaire, en manière telle qu'il ne saurait être question d'une irrégularité substantielle.

5. Dès lors qu'il n'y avait, en l'espèce, aucune obligation pour la partie adverse d'écarter, pour les motifs invoqués par la requérante, l'offre de la S.A. Gilles Moury, l'acte attaqué ne devait pas contenir de motivation spéciale à cet égard. En tout état de cause, la nécessité pour la partie adverse, rappelée dans la motivation de l'acte attaqué, de se conformer à l'arrêt du Conseil d'Etat n° 217.151 du 9 janvier 2012 constitue, à cet égard, une motivation suffisante.

6. Il découle de ce qui précède que le moyen n'est pas sérieux."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Conformément à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, la partie adverse a prévu dans le point 12 des clauses administratives du cahier spécial des charges que l'offre devait être rédigée sur le formulaire de soumission annexé à ce cahier.

Il apparaît que la société LES ENTREPRISES GILLES MOURY a bien utilisé ce formulaire. Toutefois, elle l'a complété par des annexes signées par son représentant dans lesquelles elle a mentionné le coût supplémentaire à prendre en compte pour calculer le montant de l'offre conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges.

L'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité permet l'usage d'annexes puisqu'il prévoit la possibilité que des ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, de nature à influencer les conditions essentielles du marché, y figurent à la condition d'être signées par le soumissionnaire ou son mandataire.

Par ailleurs, le cahier spécial des charges ne paraît pas avoir interdit que les soumissionnaires complètent le formulaire de soumission par des annexes, ni qu'ils y insèrent, comme le permet l'article 89 précité, des mentions complémentaires ou modificatives signées par le soumissionnaire ou son mandataire.

Dès lors, la société LES ENTREPRISES GILLES MOURY a pu légalement présenter son offre, conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges, en complétant le formulaire de soumission par des annexes, signées par son représentant, dans lesquelles elle a mentionné le coût supplémentaire à prendre en compte pour calculer le montant de cette offre.

Le fait que le prix, calculé en tenant compte de ces annexes, était différent de celui proclamé lors de l'ouverture des offres, ne paraît pas emporter de méconnaissance des exigences de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires.

Celles-ci ne requièrent pas, *prima facie*, que la partie adverse retienne le prix proclamé lors de l'ouverture des offres. Elles supposent qu'elle ait égard au prix réellement et légalement proposé par le soumissionnaire après vérification de son offre et que les autres soumissionnaires puissent comprendre le prix retenu par la partie adverse pour l'attribution du marché public.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE DE PIECES DU DOSSIER ADMINISTRATIF

VI. 1. Arguments de la partie adverse

La partie adverse demande, à propos de certaines pièces qu'elle a déposées, "la confidentialité conformément à l'article 87 du règlement général de procédure. Il s'agit des pièces 6 (offre de la S.A. Moury), 9 (lettre de la S.A. Moury du 14 octobre 2011 – justification de prix) et 10bis (lettre de la S.A. Duchêne du 19 octobre 2011 – justification de prix). Cette demande de confidentialité se justifie par le nécessaire respect du secret des affaires par cela que la divulgation des informations contenues dans ces documents pourrait nuire à une concurrence loyale et aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin d'examiner si les pièces concernées relèvent bien du "secret des affaires", elles peuvent, à ce stade, être soustraites à la consultation des parties, sans que ne soient affectées la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat sur la nécessité éventuelle de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure.

En effet, la seule pièce dont la consultation s'avère nécessaire, à ce stade de la procédure, est la partie de l'offre de la société LES ENTREPRISES GILLES MOURY qui est produite par la requérante en annexe à sa requête.

Cette pièce étant fournie par la requérante, il ne se justifie donc pas de permettre la consultation de l'offre complète de la société LES ENTREPRISES GILLES MOURY, contenue dans le dossier administratif.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les pièces suivantes, déposées par la partie adverse, sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties :

- pièce 6 (offre de la S.A. Moury),
- pièce 9 (lettre de la S.A. Moury du 14 octobre 2011 – justification de prix) et
- pièce 10bis (lettre de la S.A. Duchêne du 19 octobre 2011 – justification de prix)

Article 2.

La requête en intervention introduite par la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY dans la procédure en référé d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

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

Article 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante, à concurrence de 175 euros, et à la charge de la requérante en intervention, à concurrence de 125 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le six mars deux mille douze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.