

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.421 du 7 février 2013

G./A.207.609/VI-19.858

En cause : **la société anonyme VISION4HEALTH BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Julien TRICOT et
Jean-François DERROITTE, avocats,
Large voie, n° 226,
4040 Herstal,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée Association
Intercommunale de Soins et d'Hospitalisation, en abrégé
A.I.S.H.,**

ayant élu domicile chez
Mes Véronique VANDEN ACKER et
François VISEUR, avocats,
boulevard Louis Schmidt, n° 29,
1040 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 8 janvier 2013, la société anonyme VISION4HEALTH BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision prise le 17 décembre 2012 par le Centre Hospitalier du Bois de l'Abbaye et Hesbaye, ayant pour objet d'écarter du marché AOG-UE-LIS/12 (relatif à la fourniture, la mise en place, la mise en service, la maintenance d'un système informatique de gestion du laboratoire de biologie clinique), l'offre de la requérante jugée irrégulière et d'attribuer ledit marché à un autre soumissionnaire (non connu de la requérante) [...]".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 janvier 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 1^{er} février 2013 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Jean-François DERROITTE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes François VISEUR et Véronique VANDEN ACKER, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

III. 1. Le 10 août 2012, un avis de marché relatif à la fourniture, la mise en place, la mise en service, la maintenance d'un système informatique de gestion du laboratoire de biologie clinique de la partie adverse est publié au Journal officiel des Communautés européennes. Le marché est passé par appel d'offre général. Le cahier spécial des charges porte la référence AOG-UE-LIS/12. Le marché est divisé en deux lots : le premier lot porte sur le logiciel de laboratoire de biologie clinique et le deuxième lot sur le "module qualité". La date limite de dépôt des offres est fixée au 10 octobre 2012.

III. 2. La partie requérante dépose une offre le 1^{er} octobre 2012, uniquement pour le lot 1.

Quatre autres offres sont déposées pour le lot 1 par les sociétés MIPS, GESPOWER NEW TECHNOLOGIES, CEGEKA HEALTH CARE et MEDASYS.

S'agissant du lot 2, seules les sociétés CEGEKA HEALTH CARE, GESPOWER NEW TECHNOLOGIES et MIPS ont déposé une offre.

III. 3. Le 4 décembre 2012, le service des marchés de la partie adverse établit un rapport d'examen des offres référencé SMI 140/12, aux termes duquel il propose d'attribuer le lot 1 du marché à la société anonyme MIPS, et de ne pas attribuer le lot 2.

III. 4. En sa séance du 17 décembre 2012, et sur la base du rapport SMI 140/12 qu'il déclare faire sien, le conseil d'administration de la partie adverse prend la décision suivante, laquelle constitue l'acte attaqué:

" [...]

Le Conseil d'Administration, statuant à l'unanimité de ses membres présents et représentés, DECIDE :

Article 1 : De déclarer irrégulières les offres introduites pour le lot 1 par VISION4HEALTH, MEDASYS, CEGEKA et GESPOWER.

Article 2 : De sélectionner et déclarer régulière l'offre introduite par MIPS S.A. pour le lot 1.

Article 3 : D'attribuer le lot 1 du marché à MIPS S.A. pour un montant total d'offre contrôlé de 859.633,79 € TVA incluse dont 577.809,69 € TVA incluse pour la partie investissement et 281.824,10 € TVA incluse pour la partie maintenance sur 4 ans, non compris l'année de garantie.

Article 4 : De déclarer irrégulières les offres introduites pour le lot 2 par CEGEKA, GESPOWER et MIPS.

Article 5 : De ne pas attribuer le lot 2 relatif au modèle qualité.

Article 6 : D'imputer la dépense au projet 073 «Logiciel Laboratoire».

Article 7 : De transmettre la présente délibération du Conseil d'Administration au Gouvernement Wallon dans le cadre de sa tutelle générale d'annulation.

[...]".

III. 5. Par un courrier daté du 21 décembre 2012, adressé par fax le 24 décembre 2012 et par recommandé le 26 décembre 2012, indiquant l'application du délai d'attente et les voies de recours possibles, la partie adverse notifie à la requérante les motifs de son éviction, lesquels sont libellés comme suit:

" [...]

3.3. Examen technique des offres (conformité technique des offres et conformité aux modalités d'exécution du marché)

3.3.1. VISION4HEALTH

Vérification de la conformité de l'offre.

Validité de l'offre : les documents du marché disposent que les soumissionnaires restent engagés par leur offre durant 180 jours calendrier à dater du lendemain de la séance d'ouverture des offres (§1.16 du CSCH et section IV.3.7 de l'avis de marché).

En page 40/41 de son offre, VISION4HEALTH mentionne : «L'offre est valable dans les 30 jours». S'agissant d'une prescription essentielle du CSCH, l'offre est irrégulière au regard de l'art. 116 de l'A.R. 08/01/1996. Elle n'est, par ailleurs, plus valable à ce jour.

Conditions de paiements : En son paragraphe 1.24, le CSCH stipule que les paiements sont effectués dans les 50 jours de calendrier à compter de la date à laquelle les formalités de réceptions provisoires sont terminées.

En page 41/41, le soumissionnaire a joint un tableau intitulé «conditions de paiements» qui dispose que le hardware, sa maintenance, les licences des tiers et leur maintenance sont payables à 100 % à la livraison. En ce qui concerne les licences du fournisseur, les conditions de paiements mentionnées sont les suivantes : «30 % à la commande, 50 % à la mise en production du logiciel et 20 % à l'acceptation de la clôture du projet ou au maximum 3 mois après le démarrage du logiciel en production en remplacement du logiciel existant». Ces dispositions sont contraires non seulement à celles mentionnées au cahier spécial des charges, mais également à l'article 8 de la loi du 24/12/1993 relative aux marchés publics qui dispose que : «Aucun marché public ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté». Ceci constitue donc un motif supplémentaire d'irrégularité substantielle.

Eléments inclus dans le prix : le CSCH dispose, en son paragraphe 1.8, que : Les prix unitaires comprennent tous frais, droits et charges jusqu'au lieu de livraison à l'exception de la T.V.A. Les marchandises sont donc rendues «franco» de port et d'emballage. Aucun frais de port ou d'autre nature ne sera facturé par l'adjudicataire, quel que soit le montant de la commande. En page 40/41 de son offre, VISION4HEALTH évoque des frais professionnels à raison de 40.00 € par jour par collaborateur. Cet élément devait être inclus au montant de l'offre. L'A.I.S.H. n'est par ailleurs pas en mesure de calculer ce coût supplémentaire.

Examen technique : un examen technique approfondi de l'offre ne s'impose pas au vu de son caractère irrégulier, mais il convient toutefois de souligner que : le module de prescription connectée n'est pas disponible à ce jour et est annoncé en 2013. Il en va de même pour la gestion du suivi transfusionnel. Or, ces modules sont imposés dans le CSCH.

[...]"

IV. PREMIER ET DEUXIEME MOYENS

IV. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation de l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Après avoir rappelé les termes en lesquels est libellée cette disposition qu'elle prétend avoir été violée, elle observe que malgré plusieurs demandes et mises en demeure de son conseil en date des 3 et 4 janvier 2012 (lire 2013), la partie adverse a refusé de lui communiquer la décision motivée.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient, à titre principal, que le moyen est irrecevable à défaut d'intérêt, dès lors qu'il ne porte que sur la décision d'attribution du marché à la société anonyme MIPS, décision que la requérante n'a, à son estime, pas intérêt à contester. Elle ajoute que la requérante n'est pas un "soumissionnaire concerné" au sens de l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et ne devait donc pas se voir notifier l'ensemble de la décision

d'attribution motivée. A titre subsidiaire, elle souligne l'incompétence du Conseil d'Etat pour connaître d'un tel moyen, n'étant pas compétent pour contrôler le respect des formes auxquelles est soumise la conclusion des marchés. Enfin, et à titre plus subsidiaire, elle estime le moyen prématuré, n'ayant pas encore conclu le marché litigieux. Elle conclut de ces développements que le moyen n'est pas sérieux.

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation de l'article 65/8, 3°, de la loi du 24 décembre 1993. Après avoir rappelé le prescrit de cette disposition, elle observe que la communication qu'impose celle-ci n'a pas eu lieu en l'espèce.

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir que, dès lors que l'offre de la requérante a été jugée irrégulière, seul un extrait de la décision motivée reprenant les motifs de son éviction devait lui être notifié. Elle observe qu'un tel extrait a bien été communiqué à la requérante. Elle en conclut que le moyen n'est pas sérieux.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 65/8, § 1^{er}, et 65/11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services sont libellés comme suit :

- " Art. 65/8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :
- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
 - 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
 - 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

- 1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
- 2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;
- 3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée."

"Art. 65/11. La conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés conformément à l'article 65/8, § 1^{er}, alinéa 3. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi.

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution visée à l'article 65/15 est introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur la demande de suspension.

A cette fin, l'auteur de cette demande est invité à avertir l'autorité adjudicatrice dans ce délai, de préférence par télécopieur ou courrier électronique ou tout autre moyen électronique, de l'introduction d'une telle demande.

La conclusion du marché peut avoir lieu au terme du délai visé à l'alinéa 1^{er} lorsqu'aucune demande de suspension n'est introduite dans le délai précité.

L'interdiction de procéder à la conclusion du marché bénéficie au seul auteur d'une demande de suspension introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}."

Une éventuelle méconnaissance de ces dispositions constituerait un vice entachant des formalités postérieures à l'adoption de l'acte attaqué, mais ne saurait toutefois affecter la légalité de celui-ci, de sorte qu'un moyen pris de la violation de ces dispositions ne saurait être utilement soulevé à l'appui d'une requête tendant à faire ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

Il s'ensuit que les premier et deuxième moyens ne sont pas sérieux.

V. TROISIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un troisième moyen, pris de la "violation des articles 10 et 11 de la constitution, de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 116 de l'arrête royal du 8/01/1996, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, de l'excès et du détournement de pouvoir, du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et du non-respect des exigences du cahier spécial des charges". Elle l'expose dans les termes suivants :

- " Comme il sera détaillé supra [sic] :
- Un traitement identique n'a pas été réservé à toutes les offres et plus particulièrement l'offre de la requérante,
 - La motivation n'est pas adéquate,
 - Les motifs invoqués ne sont pas les motifs réels,
 - Les motifs invoqués ne sont pas légitimes,
 - Les motifs invoqués ne sont pas pertinents.

Par courrier du 21 décembre 2012, la partie adverse a informé la requérante que :
«Le marché précité a été attribué par notre administration le 17 décembre 2012 à un autre soumissionnaire, veuillez trouver ci-dessous les motifs de votre éviction (extrait de la décision et/ou des pièces de référence.»

La requérante n'est en possession que des extraits de la décision motivée et n'est pas en possession de la décision motivée elle-même, ni des pièces de référence

ayant servi à la prise de cette décision et auxquelles il est renvoyé comme indiqué dans le courrier du 21 décembre 2012 de la partie adverse.

7.3.1. Violation prétendue des articles 89, 110 et 116 de l'arrêté royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fourniture et de services et aux concessions de travaux publics

7.3.1.1. Validité de l'offre – conditions de paiement

1. L'extrait de la décision du 17 décembre 2012 de l'AISH transmis le 24 décembre 2012 par courrier daté du 21 décembre 2012 renseigne que la motivation est la suivante :

«Validité de l'offre : les documents du marché disposent que les soumissionnaires restent engagés par leur offre durant 180 jours calendrier à dater du lendemain de la séance d'ouverture des offres (§ 1.16. du CSCh et section IV.3.7. de l'avis de marché).

En page 40/41 de son offre, VISION4HEALTH mentionne : "L'offre est valable dans les 30 jours". S'agissant d'une prescription essentielle du CSCh, l'offre est irrégulière au regard de l'article 116 de l'A.R. 08/01/1996. Elle n'est, par ailleurs, plus valable à ce jour.

Conditions de paiements : En son paragraphe 14, le CSCh stipule que les paiements sont effectués dans les 50 jours de calendrier à compter de la date à laquelle les formalités de réceptions provisoires sont terminées.

En page 41/41, le soumissionnaire a joint un tableau intitulé "conditions de paiements" qui dispose que le hardware, sa maintenance, les licences des tiers et leur maintenance sont payables à 100 % à la livraison. En ce qui concerne les licences du fournisseur, les conditions de paiements mentionnées sont les suivantes : "30 % à la commande, 50 % à la mise en production du logiciel et 20 % à l'acceptation de la clôture du projet ou au maximum 3 mois après le démarrage du logiciel en production en remplacement du logiciel existant." Ces dispositions sont contraires non seulement à celles mentionnées au cahier spécial des charges, mais également à l'article 8 de la loi du 24/12/1993 relative aux marchés publics qui dispose que : "Aucun marché public ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté." Ceci constitue donc un motif supplémentaire d'irrégularité substantielle.»

Le paragraphe 1.16 du CSCh dispose que :

«Les soumissionnaires restent engagés par leur offre durant un délai de 180 jours de calendrier prenant cours le lendemain du jour de la séance d'ouverture des offres.»

Le paragraphe 1.24 du CSCh mentionne que :

«En ce qui concerne les fournitures, les paiements sont effectués dans les cinquante jours de calendrier à compter de la date à laquelle les formalités de réception provisoires sont terminées, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.»

2. L'AISH affirme dans sa décision communiquée en extrait à la requérante que ces dispositions du CSCh constitueraient des «prescriptions essentielles».

Il faut tout d'abord relever qu'il ne s'agit pas d'éléments faisant partie de l'offre à remettre par la requérante mais de conditions qui seront imposées au

soumissionnaire qui se verra attribuer le marché, sans qu'il puisse prétendre y déroger ni y apporter de modifications dans son offre.

Il est donc inexact et illégal d'affirmer que l'offre de la requérante «n'est, par ailleurs, plus valable à ce jour», nonobstant pour les motifs exposés ci-avant mais également en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat a statué en ce sens par Arrêt n° 180.337 du 03 mars 2008 :

«Considérant que l'expiration du délai pendant lequel le soumissionnaire est engagé par son offre ne met pas fin à la validité de l'offre proprement dite, mais a uniquement pour effet que ce dernier n'est plus tenu d'accepter l'exécution du marché aux conditions qu'il a indiquées dans son offre initiale;».

Il en va bien entendu autrement du délai d'exécution du marché qui fait quant à lui l'objet du paragraphe 1.26 du CSCh par lequel le soumissionnaire est invité à «proposer, en détail, les différentes phases de livraison, d'installation et de mise en service ainsi que le délai total», lequel ne peut, en vertu de la même disposition, être supérieur à 365 jours calendrier.

Les précisions données par les soumissionnaires dans leur offre quant à ce délai de l'article 1.26 sont de nature à permettre à l'autorité adjudicatrice de vérifier que l'offre correspond à ses demandes.

Tel n'est nullement le cas du délai de validité de l'offre.

Concernant ce dernier il faut relever que la requérante a complété et fait figurer dans son offre adressée à l'AISH le document «3 OFFRE» soit la page 60/109 du CSCh lequel précise en son point 5 que :

«Je joins à la présente offre :

...

5. Tout document et renseignement demandés au cahier spécial des charges et les éventuels documents supplémentaires que je juge utiles permettant la sélection qualitative et la cotation technique de mon offre.

Mon offre comporte l'exécution du marché sans aucune réserve. J'accepte donc explicitement toutes les conditions du cahier spécial des charges et renonce à toutes autres dispositions telles mes propres conditions de vente.»

En signant ce document la requérante a donc confirmé adhérer à toutes les dispositions du CSCh en ce compris donc le délai de validité de son offre.

La référence aux articles 89, 110 et 116 de l'arrêté royal du 08 janvier 1996 est inadéquate et non pertinente.

3. La même remarque doit être faite en ce qui concerne les «conditions de paiement».

Quant à celles-ci, il faut en outre relever que le paragraphe 2.10 «Gestion de projet (implémentation et suivi)» du CSCh dispose que :

«A titre indicatif, le soumissionnaire indique les prix qui seront appliqués au cas où des prestations complémentaires, non incluses dans le forfait, seraient nécessaires en raison d'éventuelles carences ou lenteurs dans le chef de l'AISH. A ce propos, des postes sont prévus en annexe de l'inventaire. La preuve d'éventuelles carences ou lenteurs de l'AISH incombe à l'adjudicataire.»

C'est dans ce cadre que la requérante a fait figurer dans son offre les documents constituant les pages 40 et 41 de son offre (partie administrative) ses conditions

générales et, ainsi qu'elle l'a précisé à l'occasion de son envoi du 03 janvier 2013 à l'AISH, afin de fournir toute information utile quant aux conditions d'une intervention ultérieure aux prestations faisant l'objet du présent marché public.

Quant à la référence à l'article 8 de la loi du 24 décembre 1993, elle est également inopportune dès lors que cette disposition vise à empêcher le pouvoir adjudicateur d'effectuer le moindre paiement avant que le service ait été fait et accepté, n'empêche pas qu'un soumissionnaire précise – à défaut de mention à cet égard dans le cahier spécial des charges, quod non en l'espèce – les modalités de paiement qu'il souhaite voir retenues et appliquées relativement au «service fait et accepté», cet élément pouvant alors constituer un critère de classement des offres – quod non en l'espèce.

7.3.1.2. Conditions de paiement

L'AISH considère dans sa décision du 17 décembre 2012 que :

«Eléments inclus dans le prix : le CSCh dispose, en son paragraphe 1.8, que : Les prix unitaires comprennent tous frais, droits et charges jusqu'au lieu de livraison à l'exception de la TVA. Les marchandises sont donc rendues «franco» de port et d'emballage. Aucun frais de port ou d'autre nature ne sera facturé par l'adjudicataire, quel que soit le montant de la commande. En page 40/41 de son offre, VISION4HEALTH évoque des frais professionnels à raison de 40,00 € par jour par collaborateur. Cet élément devrait être inclus au [montant] de l'offre. L'AISH n'est par ailleurs pas en mesure de calculer ce coût supplémentaire.»

Comme précisé précédemment, la requérante a signé le document «3 OFFRE» du CSCh par lequel elle renonce à l'application de ses conditions générales.

Comme également indiqué ci-avant, la référence à ses conditions générales et délais de paiement par la requérante visait à répondre au paragraphe 1.26 du CSCh.

Les prix renseignés par la requérante aux pages 2 à 38 de son offre présentent les caractéristiques requises selon le CSCh (voy. Arrêt CE n° 214.645 du 14 juillet 2011; voy. égal. CE n° 211.064, 07 février 2011).

Par ailleurs, en cas de doute quant à la manière d'interpréter l'offre de la requérante – mais la requérante confirme qu'il n'y avait pas lieu à interprétation de son offre quant au prix – il lui appartenait d'interpeller la requérante sur ce point précis (a contrario, CE n° 213.602, 31 mai 2011). [...]"

La requérante poursuit en critiquant le fait et les motifs pour lesquels la partie adverse a considéré son offre comme étant irrégulière sur le plan technique. Elle conclut l'exposé de son moyen dans ces termes :

- " 7.3.3. Irrégularité prétendue de l'offre – conséquence – illégalité de la décision
L'offre de la requérante n'étant pas irrégulière, est illégale la décision du 17 décembre 2012 tant en ce qu'elle déclare cette offre irrégulière qu'en ce qu'elle attribue le marché à un autre soumissionnaire."

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 5.3.2 Réfutation – Irrecevabilité
(a) Exception obscuri libelli

36. La requête de la partie requérante est particulièrement peu claire, en particulier dans le cadre de l'exposé du troisième moyen (point 7.3.) de la requête.

En effet, la partie requérante subdivise son moyen en différents points et sous points sans qu'il ne soit possible de déterminer sur quelle disposition légale prétendument violée porte chacun de ces points et sous-points.

Elle introduit par ailleurs quantités d'éléments qui ne sont pas liés (ou pas clairement) à la violation d'une disposition légale, obligeant ainsi la partie adverse à essayer de deviner les contours du moyen invoqué.

Elle a structuré enfin son raisonnement et ses arguments de façon incohérente, en appliquant des titres ou sous-titres qui ne correspondent visiblement pas au corps du texte repris ensuite.

Enfin, s'agissant de la «branche» du troisième moyen liée à l'examen technique de l'offre de la partie requérante et aux non conformités constatées par la partie adverse dans sa décision d'éviction, la partie requérante est particulièrement confuse et commet plusieurs erreurs matérielles de référence aux dispositions du cahier spécial des charges.

Cette rédaction confuse et incohérente de ce «moyen» en a fortement compliqué la compréhension par la partie adverse et a donc affecté l'exercice de ses droits de la défense.

Le moyen doit dès lors être déclaré irrecevable.

(b) irrecevabilité du moyen en ce qu'il porte sur les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 et l'article 116 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du principe de bonne administration, du détournement de pouvoir et du principe d'égalité entre les soumissionnaires

37. L'exposé des moyens à l'appui d'une requête introduite devant Votre Conseil suppose que soient désignées les dispositions légales qui sont considérées comme violées, mais aussi le raisonnement qui permet de comprendre en quoi ces dispositions ont été violées.

Or, en l'espèce, rien ne permet de comprendre, à la lecture de la requête, en quoi ces dispositions particulières auraient été violées.

Ainsi,

- On ne peut comprendre, à la lecture de la requête, en quoi il y aurait eu violation des articles 10 et 11 de la Constitution qui garantissent l'égalité des belges devant la loi et interdisent les discriminations introduites par les lois et les décrets.

En l'espèce, aucune disposition légale ou réglementaire n'est mise en cause par la partie requérante.

- L'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 impose que le marché soit attribué à l'offre régulière la plus intéressante. En l'espèce, c'est bien ce qui a été fait par la partie adverse. La partie requérante n'avance aucun argument qui pourrait porter à penser le contraire.
- L'article 116 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 porte sur le délai d'engagement des soumissionnaires. Il dispose que «les soumissionnaires restent engagés par leur offre pendant un délai de 60 jours, à moins que le CSCh en dispose autrement. Lorsque le cahier spécial des charges le permet, les soumissionnaires peuvent, dans les marchés de fourniture ou de service, fixer eux-mêmes le délai pendant lequel leur offre sera maintenue.»

En l'espèce, le cahier spécial des charges ne permettait manifestement pas au soumissionnaire de fixer lui-même son délai d'engagement. L'alinéa 2 n'est donc pas applicable.

Pour le surplus, la question ne porte pas tant, en l'espèce, sur la durée de validité de l'offre de la requérante que sur la possibilité pour un soumissionnaire, la partie requérante en l'espèce, à déroger au délai de validité prévu au CSCh ou, plutôt, sur le caractère irrégulier d'une offre dérogeant, sur ce point, au CSCh.

Encore une fois, la partie requérante reste en défaut d'expliquer en quoi elle estime que la décision attaquée contrevient à l'article 116 CSCh.

Le moyen n'est donc pas recevable en ce qu'il porte sur ces dispositions.

38. La partie requérante invoque la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires. Elle ne présente aucun élément concret à l'appui de cette allégation, aucune discrimination entre la partie requérante et un autre soumissionnaire.

39. La partie adverse comprend par ailleurs difficilement quel «principe de bonne administration» aurait été violé. Aucune explication quant à ce ne figure dans la requête.

Elle ne comprend pas d'avantage en quoi la décision serait entachée d'un détournement de pouvoir.

40. En conséquence, le moyen est irrecevable en ce qu'il porte sur la violation de ces dispositions particulières.

41. Remarquons finalement que, à aucun moment, la partie requérante n'invoque la violation de l'article 110 de l'AR du 8 janvier 1996.

Cela signifie qu'en tout état de cause, elle ne considère pas que la partie adverse ait fait une mauvaise application de cette disposition et donc que la partie adverse aurait irrégulièrement considéré son offre comme irrégulière.

Dans ces conditions, force est de reconnaître qu'elle ne conteste pas valablement l'écartement de son offre.

Pour ces motifs, également le troisième "moyen" est irrecevable et dès lors la requête également.

5.3.3 Réfutation : la durée de validité de l'offre de la partie requérante

42. Le cahier spécial des charges dispose, en son §1.16 (p.11), et l'avis de marché au point IV.3.7., que le délai d'engagement des soumissionnaires est de 180 jours calendrier à dater du lendemain de la séance d'ouverture des offres.

Or, la partie requérante a mentionné explicitement, en page 40 d'un document (de 41 pages) constitutif de son offre que "l'offre est valable 30 jours", ce qui constitue manifestement une non-conformité par rapport au cahier spécial des charges.

43. La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de réserve, indique que l'offre qui exprime des réserves ne peut être écartée comme substantiellement irrégulière que lorsque la volonté du soumissionnaire d'imposer de telles réserves est claire et que celles-ci rendent l'offre non conforme à une prescription essentielle du cahier spécial des charges.

(a) La volonté du soumissionnaire de déroger au délai de validité imposé par le cahier spécial des charges

44. Suivant la structure de l'Offre de la partie requérante, celle-ci comporte plusieurs parties dont la première vise une présentation de Vision4health, la deuxième une présentation générale du produit molis & molis vt Channel, une troisième intitulée «Offre» et une quatrième et cinquième visant les annexes et annexes officielles à l'offre.

Dans la partie «offre», sont identifiés des documents numérotés de 3 à 10 dont :

3. «commentaires réponse Vision4 Health, clauses techniques», un document de 76 pages. En première page, ce document précise que «les réponses et l'offre ne porteront que sur le lot 1 (...)» et que, dans ses réponses, Vision4health utilisera par convention «molis» pour le logiciel de gestion des laboratoires et «molis channel» pour l'application de consultation des résultats par les services, l'application des prescriptions connectées et le suivi transfusionnel au lit des patients.

4. SERBAN_509960_255000150_v1_molis, un document de 41 pages, dont la dernière est datée, signée et cachetée; Ce document vise donc «la réponse» (l'offre) pour le logiciel de gestion des laboratoires.

5. SERBAN_509960_255000150_v1_channel, un document de 18 pages, dont la dernière est datée, signée et cachetée. Ce document vise donc la «réponse» (l'offre) pour les applications de consultation des résultats, de prescription connectée et de suivi transfusionnel au lit des patients.

6. Document de l'offre qui vise (i) le formulaire d'offre complété et signé (et documents attestant de la qualité des signataires à engager la société) ainsi que (ii) l'annexe à l'inventaire du lot 1 (visant le prix des prestations complémentaires), complété et signé.

7. L'inventaire complété et signé.

8 à 10. Des documents standards/types de la société Vision4health relativement aux services de maintenance qu'elle peut proposer. Il s'agit d'un exemplaire des conditions générales de services, un modèle de bon de commande type pour des prestations de maintenance et un descriptif des services de maintenance pouvant être offerts.

La mention suivant laquelle «l'offre est valable dans les 30 jours» est reprise en page 40 du document numéroté 4 de la partie «Offre». Cette mention est par ailleurs reprise également en page 17 du document numéroté 5 de la partie Offre. Ces deux documents décrivent les logiciels et applications offerts. Ils sont, en dernière page, datés, signés et cachetés.

Enfin, et pour autant que de besoin, on soulignera que cette mention figure (dans le document 4, p.40/41 et dans le document 5, p.17/18) sous la section 8 intitulée «conditions complémentaires relatives à cette offre» [...]. Il s'agit donc bien de conditions spécifiquement et volontairement posées par le soumissionnaire pour le marché en cause.

En se fondant sur cette mention relative à la durée de validité de l'offre, la partie adverse a donc fait référence aux documents spécifiques constituant l'offre de la partie requérante pour le marché à attribuer. Elle ne s'est pas fondée sur des annexes «non officielles» de l'Offre ni sur les documents standards/types (numérotés 8 à 10) de la partie offre qui visent les services de maintenance que la partie requérante peut offrir et offre généralement à ses clients.

En l'espèce, il ne peut dès lors être contesté que le délai de validité de 30 jours repris dans l'offre de la requérante démontrait la volonté de celle-ci de déroger au délai de 180 jours imposé par le cahier spécial des charges.

45. La volonté de la partie requérante de prévoir un délai de validité de son offre plus court que celui imposé par le cahier spécial des charges n'est pas altérée ni effacée par le fait que le formulaire d'offre complété et signé par la partie requérante contienne une déclaration stipulant que

«mon offre comporte l'exécution du marché sans aucune réserve. J'accepte donc explicitement toutes les conditions du cahier spécial des charges et renonce à toutes autres dispositions telles mes propres conditions de vente».

En effet, une telle déclaration ne fait référence qu'aux conditions d'exécution du marché et implique que le soumissionnaire renonce expressément à ses conditions générales (de vente) si celles-ci devaient être jointes à son offre.

Or,

- D'une part, le délai de validité de l'offre n'est pas une condition d'exécution du marché, en ce qu'il n'est pas à confondre avec les délais d'exécution du marché, comme le rappelle et l'explique la partie requérante elle-même (voir page 10 de sa requête);
- D'autre part, et plus fondamentalement, une telle déclaration ne permet pas de régulariser «une offre qui contiendrait des mentions qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées par l'article 89 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges et qui, à ce titre, sont frappées de nullité absolue».

En réalité, cette mention du formulaire d'offre vise à exclure toute discussion, en cours d'exécution du marché, quant à l'application éventuelle de conditions générales (ou documents assimilés) joints à l'offre et qui prévoiraient des conditions d'exécution contraires à celles du cahier spécial des charges et/ou du cahier général des charges des marchés publics. Il s'agit de s'assurer contre des irrégularités relatives de l'offre qui serait retenue et à laquelle le marché serait attribué, et d'assurer dans ce cadre, la prééminence des dispositions du cahier spécial et général des charges sur les conditions générales de l'adjudicataire.

En l'espèce, on ne peut déduire de cette déclaration reprise dans le formulaire d'offre, qu'elle «efface» les mentions de l'offre de la partie requérante qui seraient non conformes à des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges ou qu'elle «régularise» une offre substantiellement irrégulière.

(b) Les prescriptions du cahier spécial des charges relatives au délai de validité des offres sont essentielles.

46. Il ressort de la jurisprudence de Votre Conseil que le délai de validité des offres imposé par le cahier spécial des charges constitue une disposition essentielle au sens de l'article 110 § 2 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996. En effet, Votre Conseil a estimé que le soumissionnaire qui prévoit, dans son offre, un délai d'engagement inférieur à celui prévu par le cahier spécial des charges limite son risque de prix par rapport aux autres soumissionnaires qui ont respecté le délai de validité des offres stipulé dans le cahier spécial des charges, et ce en violation du principe d'égalité de traitement.

La décision de la partie adverse de considérer l'offre de la partie requérante comme substantiellement irrégulière au motif qu'elle prévoit un délai de validité inférieur à celui requis par son cahier spécial des charges est donc valable.

L'invocation de l'article 119 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 est sans pertinence avec la situation de l'espèce qui n'est pas conforme à l'hypothèse visée par cet article. Il vise en effet la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché à un soumissionnaire, alors que le délai d'engagement prévu par le cahier spécial des charges serait dépassé. Dans ce cas, le marché n'est conclu que moyennant acceptation de l'adjudicataire qui peut la conditionner à une modification de son offre (de ses prix) pour autant qu'elle reste la meilleure. C'est d'ailleurs pour ces motifs, invoqués donc à tort et illogiquement par la partie requérante, que Votre Conseil a estimé (dans l'arrêt précité) que le soumissionnaire qui prévoit dans son offre un délai d'engagement inférieur à celui imposé par le cahier spécial des charges s'arrogue un avantage qui rompt l'égalité de traitement et justifie l'irrégularité substantielle de son offre.

(c) Conclusion

47. Cette «première branche» du troisième moyen est irrecevable et n'est à tout le moins pas sérieuse.

48. En ce qu'elle prévoyait un délai d'engagement de 30 jours, l'offre de la partie requérante était entachée d'une irrégularité substantielle et devait, à ce titre, être rejetée par la partie adverse,

Dans ces conditions, l'offre de la partie requérante est, en tout état de cause, irrégulière.

La requête est donc, elle-même et dans son ensemble, irrégulière.

5.3.4 Réfutation – les conditions de paiement reprises dans l'offre de la partie requérante

(a) Application mutatis mutandis de ce qui a été écrit pour le délai d'engagement

49. En page 11 de sa requête, au début du point 3, la partie requérante écrit «La même remarque doit être faite en ce qui concerne les conditions de paiement».

La partie adverse suppose que, par cette formule sibylline, la partie requérante signifie qu'elle entend appliquer mutatis mutandis, aux «conditions de paiement» stipulées dans son offre, les arguments qu'elle invoque relativement au délai d'engagement (voy. ci-dessus).

Les arguments de réfutation formulés relativement par la partie adverse peuvent, de la même manière, être appliqués mutatis mutandis à la question des conditions de paiement.

En effet, les conditions de paiement reprises dans l'offre de la partie requérante, en page 41 du document numéroté 4 (et en page 18 du document numéroté 5) de la partie offre, prévoient notamment que les licences sont facturées et payées pour 30 % à la commande, 50 % à la mise en production et pour 20 % à l'acceptation de la clôture du projet.

Or, le cahier spécial des charges prévoit un paiement dans le respect des dispositions de l'article 15 du cahier général des charges, soit dans les 50 jours à compter de la réception provisoire des fournitures et ce, dans le respect du principe du paiement pour service fait et accepté inscrit à l'article 8 de la loi du 24 décembre 1993.

En prévoyant un paiement de 30 % à la commande, et pour tout logiciel, l'offre de la partie requérante prévoit le paiement d'un acompte non autorisé par le cahier spécial des charges et de ce fait, contraire à l'article 8 de la Loi du 24 décembre

1993. Ces mentions de l'offre de la partie requérante dérogent dès lors aux dispositions du cahier spécial des charges, et aux dispositions réglementaires et légales encadrant l'exécution des marchés publics

La volonté de la partie requérante de les imposer résulte de ce que ces conditions de paiement sont reprises dans le document 4 («molis») constitutif de son offre, en ce qu'il décrit la «réponse de Vision4health» au lot 1 et plus précisément au logiciel de gestion de laboratoire. Elles le sont par ailleurs également en page 18 du document numéroté 5 constitutif de l'offre et décrivant le logiciel «channel». Ces deux documents sont, pour rappel, datés, signés et cachetés.

En se fondant sur ces mentions, la partie adverse renvoie bien à des conditions spécifiques, particulières et «engageantes» du soumissionnaire. Ces mentions ne sont pas extraites, comme tente de le prétendre la partie requérante, de ses «conditions générales de services», ni de tout autre annexe ou document standard joint par Vision4Health à son offre.

Enfin, le fait que le formulaire d'offre contienne une déclaration suivant laquelle le soumissionnaire et donc la partie requérante «accepte donc explicitement toutes les conditions du cahier spécial des charges et renonce à toutes autres dispositions telles ses propres conditions de vente» ne permet pas de régulariser une offre qui contient des mentions non conformes aux dispositions essentielles du cahier spécial des charges telles celles relatives au prix et par là, au principe légal du service fait et accepté.

Il est dès lors incontestable que ces conditions de paiement (i) ont été spécifiquement envisagées «en réponse» au cahier spécial des charges et s'imposent dans le cadre du marché, (ii) sont reprises dans un document daté et signé par le soumissionnaire, (iii) sont non conformes aux dispositions essentielles du cahier spécial des charges au sens de l'article 89 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996, et (iv) qu'elles ne permettent pas de déterminer quel est le prix du soumissionnaire que ce soit pour ses «prestations de base» ou ses «prestations complémentaires», rendant en tout état de cause son offre incomparable.

A ce titre, elles justifiaient donc le rejet de l'offre de la partie requérante pour cause d'irrégularité substantielle

(b) Le fait que ces conditions de paiement ne s'appliqueraient qu'aux prestations supplémentaires est sans pertinence

50. A l'appui de sa requête, la partie requérante prétend que les conditions de paiement reprises en page 41/41 du document 4 de son offre, ne concernent pas l'ensemble du marché mais ne font écho qu'au paragraphe 2.10 «Gestion de projet (implémentation et suivi)» du cahier spécial des charges (p.56), lequel prévoit que le soumissionnaire doit indiquer des prix à titre indicatif pour le cas où des prestations complémentaires seraient demandées. A cet effet, les soumissionnaires devaient compléter une annexe à l'inventaire reprenant leurs prix pour ces prestations supplémentaires, entendues comme des prestations dues à une carence du pouvoir adjudicateur.

51. L'argument de la partie requérante ne saurait être suivi en l'espèce.

En effet, rien n'indique dans son offre que ces conditions de paiement soient limitées aux prestations complémentaires, au contraire.

Ces conditions de paiement sont reprises sous la section 9 du document 4 de son offre qui porte, pour rappel sur la description du logiciel «Molis» qui représente sa réponse pour le logiciel de gestion du laboratoire, objet principal du marché. La section 8 qui précède immédiatement ce point est d'ailleurs explicitement titrée «Conditions complémentaires relatives à cette offre».

Prétendre que cette section 9 est uniquement destinée aux prestations complémentaires est donc contraire à la réalité. Cet argument manque en fait.

52. Plus fondamentalement, les conditions de paiement des prestations complémentaires, si elles s'inscrivent dans le cadre du présent marché, répondent aux mêmes conditions de paiement que les prestations «de base» du marché.

Contrairement à ce que prétend la partie requérante, il ne lui est pas possible de prévoir des conditions de paiement particulières pour ces prestations complémentaires, et encore moins des conditions de paiement contraires aux exigences du cahier spécial des charges, répliquant au demeurant les conditions de paiement prévues à l'article 15 du cahier général des charges et exécutant le principe légal du paiement «pour service fait et accepté».

(c) Conclusion

53. Cette "deuxième branche" du troisième moyen est irrecevable et n'est à tout le moins pas sérieuse.

54. En ce qu'elle prévoyait des conditions de paiement non conformes au cahier spécial et général des charges ainsi qu'à la législation applicable en matière de marchés publics, l'offre de la partie requérante était entachée d'une irrégulière substantielle et devait, à ce titre, être rejetée par la partie adverse.

Dans ces conditions, l'offre de la partie requérante est, en tout état de cause, irrégulière.

La requête est donc, elle-même et dans son ensemble, irrégulière.

5.3.5 Réfutation : les éléments (non) inclus dans le prix de l'offre de la partie requérante

55. En page 40 du document 4 (relatif au logiciel «molis») constitutif de l'offre de la partie requérante, celle-ci prévoit que «les prestations sortant du cadre des prestations spécifiées sous la rubrique prestations de services sont facturées à un taux horaire s'élevant actuellement à un taux horaire de 140,00 euros, auquel il faut ajouter des frais supplémentaires, à savoir des frais de déplacement ET des frais professionnels de 40 euros par jour et collaborateur.»

Ces mêmes mentions sont, au demeurant, également reprises en page 17 du document 5 (relatif au logiciel «channel») constitutif de l'offre de la partie requérante.

Or, le paragraphe 1.8 du cahier spécial des charges (p.8) CSCh stipule que «les prix unitaires comprennent tous frais, droits et charges jusqu'au lieu de livraison à l'exception de la T.V.A. Aucun frais de port ou d'autre nature ne sera facturé par l'adjudicataire, quel que soit le montant de la commande.»

Par ailleurs, comme indiqué ci-avant, le paragraphe 2.10 «Gestion de projet (implémentation et suivi)» du cahier spécial des charges (p.56), prévoit que «le soumissionnaire doit indiquer des prix à titre indicatif [càd] pour le cas où des prestations complémentaires seraient demandées». A cet effet, les soumissionnaires devaient compléter une annexe à l'inventaire reprenant leurs prix pour ces prestations supplémentaires, entendues comme des prestations dues à une carence du pouvoir adjudicateur.

La partie requérante a complété et signé cette annexe.

(a) Application mutatis mutandis de ce qui a été dit pour le délai d'engagement et les conditions de paiement

56. Mutatis mutandis, ce qui a été énoncé ci-dessus pour le délai d'engagement ou les conditions de paiement peut être transposé à cette problématique.

En effet, la mention de l'application de frais supplémentaires était reprise dans les documents 4 et 5 constitutifs de son offre, relatifs au logiciel «molis» et au logiciel «channel», sous la section 8 intitulée «conditions complémentaires à cette offre», dont la dernière page est datée, signée et cachetée.

En se fondant sur cette mention, le pouvoir adjudicateur n'a pas fait référence aux conditions générales de services jointes par la partie requérante à son offre pour décrire ses services de maintenance.

Par ailleurs, il était impossible pour la partie adverse de réintégrer ces «frais professionnels» dans les prix mentionnés par ailleurs par la partie requérante dans son inventaire voire dans l'annexe à celui-ci visant les prestations complémentaires. Au demeurant, ces frais professionnels s'ajoutent à un tarif horaire qui vise, suivant l'offre de la partie requérante, «toute prestation non spécifiée sous la rubrique "prestations de service"» et non les prestations complémentaires dues à une carence du pouvoir adjudicateur.

La déclaration contenue dans le formulaire d'offre suivant laquelle le soumissionnaire, et donc la partie requérante «accepte donc explicitement toutes les conditions du cahier spécial des charges et renonce à toutes autres dispositions telles ses propres conditions de vente» ne permet pas de régulariser une offre qui contient des mentions non conformes aux dispositions essentielles du cahier spécial des charges telles celles relatives au prix.

Enfin, l'argument de la partie requérante qui consiste à considérer que ces frais supplémentaires ne viseraient que les prestations complémentaires est sans pertinence. Les prix, qu'ils visent les prestations de services et fournitures comprises dans l'offre ou les prestations complémentaires, devaient être formulés dans le respect des exigences du cahier spécial des charges.

57. C'est dès lors à bon droit que la partie adverse a rejeté l'offre de la partie requérante pour cause d'irrégularités substantielles.

(b) La partie adverse ne pouvait pas interpellier la partie requérante sur ce point de son offre

Dans sa requête, la partie requérante reproche à la partie adverse de ne pas l'avoir interrogée sur son offre pour lui demander de l'interpréter.

En matière d'appel d'offres, l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 autorise le pouvoir adjudicateur à prendre contact avec les soumissionnaires :

- Soit dans le cadre de l'opération de contrôle des prix s'il a un doute dans le cadre de la correction d'erreurs purement matérielles ou de calcul manifestes (art.114 § 1^{er})
- Soit, de façon générale, pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre, étant entendu qu'il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation pour le pouvoir adjudicateur et que cette faculté ne peut être exercée en vue de faire régulariser une offre entachée d'une irrégularité substantielle (art.115)

En l'espèce, il ne s'agissait pas de faire rectifier des opérations arithmétiques dans les prix mentionnés à l'inventaire (ou son annexe) de l'offre de la partie requérante, ni de lui faire préciser ou compléter son offre mais bien, de lui faire lever une

irrégularité substantielle. La même remarque vaut d'ailleurs pour les autres irrégularités constatées dans l'offre de la partie requérante, en termes de délai de validité de son offre et de conditions de paiement.

Au demeurant, de son propre aveu, la partie requérante considère et "confirme qu'il n'y avait pas lieu à interprétation de son offre quant au prix" et donc pas lieu à l'interroger pour le lui faire préciser.

(c) Conclusion

58. Cette «troisième branche» du troisième moyen est irrecevable et n'est à tout le moins pas sérieuse.

59. En ce qu'elle prévoyait des frais supplémentaires aux prix stipulés dans l'inventaire (ou son annexe), en violation des dispositions du cahier spécial des charges concernant les éléments inclus dans les prix, l'offre de la partie requérante était entachée d'une irrégulière substantielle et devait, à ce titre, être rejetée par la partie adverse.

60. Dans ces conditions, l'offre de la partie requérante est, en tout état de cause, irrégulière.

La requête est donc, elle-même et dans son ensemble, irrégulière. [...]."

La partie adverse poursuit en réfutant les arguments du moyen développés au soutien de la critique de l'examen technique de l'offre de la partie requérante. Elle conclut ensuite qu'aucun des arguments soulevés par la partie requérante à l'appui de son troisième moyen n'est sérieux.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Aucun élément, dans les développements du moyen, ne permet d'établir en quoi l'acte attaqué aurait violé les articles 10 et 11 de la Constitution, le principe d'égalité entre les soumissionnaires, les exigences (non autrement précisées) du cahier spécial des charges, le principe de bonne administration et l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, ni en quoi la partie adverse aurait commis un détournement de pouvoir. Dans la mesure où il invoque la violation de ces dispositions et principes, le moyen est irrecevable.

Par ailleurs, une interprétation bienveillante du moyen conduit à admettre que les trois motifs sur lesquels repose la décision déclarant irrégulière l'offre de la requérante doivent être examinés à la lumière de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, même si la violation de cette disposition n'est pas formellement invoquée.

L'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est libellé comme suit :

- " § 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité."

En vertu de cette disposition, doit notamment être considérée comme substantielle, au point d'entraîner la nullité de l'offre qui en est affectée, l'irrégularité qui rend impossible une comparaison effective des offres.

Les clauses 1.8, 1.16 et 1.24 du cahier spécial des charges du marché litigieux sont libellées comme suit :

- " 1.8. A.R. art. 86 : Prix
Le présent marché consiste en un marché mixte dans la mesure où certains postes sont forfaitaires et certains postes sont à bordereau de prix.

[...]

Les prix unitaires comprennent tous frais, droits et charges jusqu'au lieu de livraison à l'exception de la T.V.A. Les marchandises sont donc rendues «franco» de port et d'emballage. Aucun frais de port ou d'autre nature ne sera facturé par l'adjudicataire, quel que soit le montant de la commande."

- " 1.16 A.R. art. 116 : Délai de validité des offres
Les soumissionnaires restent engagés par leur offre durant un délai de 180 jours de calendrier prenant cours le lendemain du jour de la séance d'ouverture des offres."

- " 1.24 C.G.CH. art.15 § 2. Facturation et Paiement
En ce qui concerne les fournitures, les paiements sont effectués dans les cinquante jours de calendrier à compter de la date à laquelle les formalités de réceptions provisoires sont terminées, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.

Les factures sont établies en 1 exemplaire et adressées à la comptabilité de l'A.I.S.H. rue Laplace n° 40 à 4100 Seraing, sans nom de personne. Elles ne peuvent porter que sur des fournitures et services faits et acceptés. Elles mentionnent impérativement le numéro du bon de commande auxquels elles se rapportent."

Les modalités de l'offre de la requérante, qui ont justifié l'éviction de celle-ci, figurent aux pages 40/41 et 41/41 de la partie 4 de l'offre et sont reproduites aux pages 17/18 et 18/18 de la partie 5 de cette offre. Elles sont définies comme suit :

- " 8. Conditions complémentaires relatives à cette offre

8.1 Taux horaires

Toutes les prestations sortant du cadre des prestations spécifiées sous la rubrique Prestations de services sont facturées à un taux horaire s'élevant actuellement à €140,00 et auquel il faut ajouter des frais supplémentaires, tels que les frais professionnels et de déplacement.

Un jour ouvrable par personne compte 8 heures de travail. Les prestations fournies au-delà de ces heures seront facturées à un tarif plus élevé.

Les données tarifaires susmentionnées sont valables dans le cadre des horaires de travail normaux (du lundi au vendredi, de 8h00 à 17h00). Au-delà de ces horaires, un supplément de 35 % s'applique (50 % le samedi, 120 % le dimanche, 120 % les jours fériés, à condition qu'ils tombent un jour ouvrable ; le lieu de référence pour le cas précédent étant le siège social de vision4health).

8.2 Frais supplémentaires

Tous les services dont il a été convenu s'entendent hors frais supplémentaires. Ces derniers comprennent, entre autre :

8.2.1 Frais de déplacement

[...]

8.2.2 Frais professionnels

Comptent parmi les frais professionnels le remboursement des frais de parking, de taxi ainsi que des indemnités forfaitaires de restauration. Les frais professionnels sont facturés à raison de € 40,00 par jour et collaborateur.

8.3 Délai de livraison

[...]

8.4 TVA

[...]

8.5. Durée de validité de l'offre

L'offre est valable dans les 30 jours.

9. Conditions de paiements

	Facturations	Maintenance
Hardware	100 % à la livraison	100 % à la livraison
Licences de tiers	100 % à la livraison	100 % à la livraison
Licences	30 % à la commande	
	50 % à la mise en production du logiciel	100 % après la 1 ^{ère} année de la mise en production du système en remplacement du logiciel existant
	20 % à l'acceptation de la clôture du projet ou au maximum 3 mois après le démarrage du logiciel en production en remplacement du logiciel existant	
Prestations	Mensuelle selon les prestations délivrées	

Vision4health Belgium SA
Barchon, 1 Octobre 2012

[...]

Stefan Steiner

Managing Director."

Il apparaît ainsi que la facturation des frais professionnels, la définition de la durée de validité de l'offre et celle des conditions de paiements font figure de dérogations aux clauses précitées du cahier spécial des charges.

L'affirmation de la requérante, selon laquelle ces pages 40/41 et 41/41, ainsi que 17/18 et 18/18, reproduiraient ses conditions générales en vue de prestations ultérieures étrangères à l'objet du présent marché, est contredite, tant par l'intitulé du point 8, lequel annonce des conditions complémentaires "relatives à cette offre", que par les signatures, date et mentions infrapaginales qui attestent la spécificité du document au regard du marché litigieux.

La requérante ne peut davantage être suivie lorsqu'elle suggère que les dérogations que contient son offre seraient, en quelque sorte, privées d'effet par la mention du formulaire de l'offre aux termes de laquelle "Mon offre comporte l'exécution du marché sans aucune réserve. J'accepte donc explicitement toutes les conditions du cahier spécial des charges et renonce à toutes autres dispositions telles mes propres conditions de vente". Une telle mention, qui permet, le cas échéant, d'écarter des conditions générales d'un prestataire, qui seraient contraires aux dispositions du cahier spécial des charges, ne permet, en revanche, pas d'écarter des dérogations particulières explicitement insérées dans l'offre et spécialement conçues au regard de l'objet d'un marché déterminé.

Dès lors que les modalités et conditions qui viennent d'être évoquées paraissent *prima facie* constituer des dérogations aux clauses précitées du cahier spécial des charges, il convient – pour statuer sur le moyen – de déterminer si la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que ces dérogations affectaient l'offre de la requérante d'irrégularités substantielles.

Il ne peut être raisonnablement contesté qu'en s'engageant pour un délai de trente jours, sensiblement inférieur à celui de cent quatre-vingts jours que fixait le cahier spécial des charges, la requérante a limité son risque de prix par rapport aux autres soumissionnaires qui ont respecté le délai imposé par le cahier spécial des charges, de sorte que, sauf à méconnaître le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, son offre ne pouvait plus être comparée effectivement à celles de ses concurrents.

Un raisonnement similaire doit être tenu à l'égard des conditions de paiements proposées par la requérante, qui – par l'octroi d'une avance et un échelonnement des paiements – se ménage des conditions plus favorables que celles

qui, conformément aux clauses du cahier spécial des charges, seront appliquées aux autres soumissionnaires.

Enfin, en tant qu'elle est contraire aux dispositions du cahier spécial des charges relatives aux prix, la facturation de frais professionnels, au titre de frais supplémentaires, paraît, *prima facie*, pouvoir être de nature à affecter l'offre d'une irrégularité substantielle. Il ressort, en effet, de la lecture combinée des articles 110, § 2, et 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qu'est entachée de nullité une offre qui déroge aux clauses d'un cahier spécial des charges relatives au prix. En outre, la circonstance que la partie adverse n'ait – selon la considération de l'acte attaqué, non discutée à cet égard – pas été en mesure d'intégrer ce coût supplémentaire dans le prix proposé par la requérante laisse apparaître, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, qu'une comparaison effective de l'offre de la requérante avec celles de ses concurrents n'était pas possible.

A la suite de ces considérations, il n'apparaît pas, *prima facie*, que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant, pour les motifs énoncés dans l'acte attaqué, que l'offre de la requérante devait être déclarée irrégulière.

Il n'y a pas lieu d'examiner les griefs formulés à l'encontre des considérations de l'acte attaqué relatives à l'examen technique de l'offre de la requérante dès lors que celles-ci constituent un motif de l'acte attaqué clairement énoncé à titre surabondant.

Les développements qui précèdent imposent de décider que le moyen n'est pas sérieux.

VI. QUATRIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un quatrième moyen, pris de la violation des articles 1^{er} et suivants de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle l'expose dans les termes suivants :

- " Pour les motifs évoqués ci-dessus, il y a lieu de considérer que la décision litigieuse d'écarter l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire est entachée d'irrégularité, n'a pas fait l'objet d'une motivation adéquate ni pertinente.

En l'espèce, la décision attaquée ne répond pas à cette exigence légale.

La requérante renvoie à cet égard à l'Arrêt n° 220.121 du 29 juin 2012 à l'occasion duquel le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'est pas exact de prétendre qu'un moyen pris, comme en l'espèce, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ne concernerait que le contrôle externe de la motivation formelle car, pour être adéquate et pertinente, la motivation énoncée dans l'acte doit avoir un contenu matériellement exact et faire une application correcte des dispositions réglementaires mises en œuvre dans la décision."

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 78. A titre principal, la partie requérante n'a pas intérêt à contester la motivation formelle du deuxième acte attaqué.

En effet, conformément à l'article 65/8, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993, celui-ci ne devait pas lui être notifié.

Or, le caractère adéquat de la motivation formelle des actes administratifs doit s'apprécier dans le chef des personnes à qui ceux-ci sont destinés.

79. Par ailleurs, le premier acte attaqué est formellement motivé dans le respect des exigences de la loi du 29 juillet 1991.

Force est en effet d'admettre que la lecture de ceux-ci permet de comprendre, sans équivoque possible, les motifs qui ont justifié l'éviction de l'offre de la partie requérante pour cause d'irrégularités substantielles.

80. En tout état de cause, une erreur manifeste d'appréciation peut certes être dévoilée par la motivation formelle de l'acte attaqué mais on ne peut en déduire systématiquement et nécessairement une violation de l'obligation légale de motivation formelle. En tout état de cause, il a été démontré, dans le cadre de la réfutation du troisième «moyen» que l'offre de la partie requérante était irrégulière et que la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation dans le cadre de la constatation de l'indisponibilité de deux modules dans l'offre de la partie requérante.

81. La motivation du premier acte litigieux est donc matériellement et formellement correcte.

Dans ces conditions, la partie requérante n'a pas intérêt à contester le second acte litigieux, tel qu'il a été démontré ci-dessus.

Le quatrième moyen n'est pas sérieux.

La requête est dès lors irrecevable."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Pour soutenir, à l'appui de son moyen, que l'acte attaqué ne fait pas l'objet d'une motivation adéquate et pertinente, le moyen repose sur le postulat que les motifs de la décision déclarant irrégulière l'offre de la requérante sont entachés des vices que dénonce, par ailleurs, le troisième moyen.

Le troisième moyen n'ayant pas été considéré comme sérieux, le quatrième, qui repose sur le grief ainsi formulé, ne peut l'être davantage.

Dès lors que la demande de suspension doit être rejetée à défaut de moyens sérieux, il n'est pas nécessaire de statuer en outre, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, sur d'autres causes éventuelles d'irrecevabilité.

VII. DEMANDE D'INDEMNISATION POUR RECOURS TEMERAIRE ET VEXATOIRE

VII. 1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse forme une demande d'indemnisation pour recours téméraire et vexatoire, qu'elle expose et motive comme suit :

- " 82. Conformément à l'article 65/27 [de la loi du 24 décembre 1993], l'autorité de recours peut octroyer une indemnisation adéquate à l'autorité adjudicatrice.

Dans le cas d'espèce, des contacts ont été noués entre la requérante et la partie adverse postérieurement à la décision d'attribution du marché à la SA MIPS.

La partie adverse a écrit un long courrier explicatif à la partie requérante, notamment quant à ses obligations de notification des décisions, etc.

Or, on constate à la lecture du présent recours que la requérante n'en a tenu absolument aucun compte et a introduit un recours fondé sur des moyens qui sont sans aucun rapport ni pertinence dans le cadre du présent marché.

Un tel comportement, qui aurait pu être évité si la requérante avait pris connaissance des motifs du premier acte attaqué, mais aussi du courrier de la partie adverse, constitue une perte de temps et d'énergie importante pour la partie adverse.

Plus grave, elle retarde l'installation du nouveau système informatique dans le laboratoire ce qui, comme cela a été précisé ci-dessus, retarde la fourniture d'un meilleur traitement pour les patients.

Dans ces conditions, la partie adverse demande que le Conseil d'Etat ordonne que lui soit versée une indemnité pour procédure téméraire et vexatoire égale à 0,5% du montant du marché, soit 4.928,16 EUR."

A l'audience du 1^{er} février 2013, la requérante a déclaré avoir introduit une requête motivée, ainsi qu'en témoignent les quatre moyens soulevés à l'appui de celle-ci, ce qui témoigne de ce qu'elle n'agit pas avec légèreté. Elle ajoute que ce simple exercice de son droit de recours ne pourrait suffire à justifier sa condamnation au paiement de l'indemnisation postulée par la partie adverse.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 65/27 de la loi du 24 décembre 1993 est libellé comme suit:

" En cas de recours téméraire et vexatoire, à la demande de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte, l'instance de recours peut octroyer une indemnisation adéquate à l'autorité adjudicatrice ou au bénéficiaire à charge du requérant. Le montant total des éventuelles indemnités ne peut en aucun cas dépasser 5 % du montant hors taxe sur la valeur ajoutée du marché attribué.

Le pourcentage précité peut être majoré par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres. Cet arrêté royal doit être confirmé par la loi dans un délai de douze mois à partir de son entrée en vigueur."

Le seul fait, pour une partie requérante, d'exercer le droit de recours qui lui est reconnu et, à ce titre, de contester la légalité d'une décision administrative qui lui fait grief n'autorise pas à considérer qu'un recours est téméraire et vexatoire.

Les circonstances particulières, invoquées par la partie adverse à l'appui de sa demande, ne permettent pas davantage de qualifier de téméraire et vexatoire le recours introduit en l'espèce, et ce, nonobstant le fait que cette procédure puisse lui causer des désagréments d'ordres divers. Est également sans incidence, à cet égard, la circonstance que les informations communiquées à la requérante par la partie adverse à la faveur de contacts noués postérieurement à l'adoption de l'acte attaqué n'ont pas eu pour effet de dissuader la requérante de l'introduction du présent recours.

Dans ces circonstances, et sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet de la demande d'indemnisation adressée au Conseil d'Etat, il y a lieu de constater, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que le recours examiné en l'espèce ne présente pas le caractère téméraire et vexatoire que la partie adverse entend lui voir reconnaître.

La demande fondée sur l'article 65/27 précité ne peut, en conséquence, être accueillie.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La demande de dommages et intérêts pour recours téméraire et vexatoire est rejetée.

Article 3.

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 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept février deux mille treize par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.