

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.711 du 4 mars 2013

G./A.207.928/VI-19.899

En cause : **la société anonyme MEDIBRIDGE,**

ayant élu domicile chez
Me Jean-Philippe SMEETS, avocat,
avenue Louise, n° 350/2,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le Ministre de la Défense.

**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 11 février 2013, la société anonyme MEDIBRIDGE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision adoptée par le Ministère de la Défense en date du 24 janvier 2013 jugeant non-conforme son offre déposée dans le cadre d'un marché public «pour la location et la configuration d'un système de récupération des données administratives et médicales pour les prestations de soins» et attribuant ce marché à la société Health Connect".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 12 février 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 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., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Sarah BEN MESSAOUD, loco Me Jean-Philippe SMEETS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M. Philippe VAN GYSEGHEM, lieutenant-colonel administrateur militaire, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, 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 :

III. 1. Le 12 septembre 2012, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par adjudication publique, d'un marché public relatif à la location et à la configuration d'un logiciel de récupération de données médicales et administratives pour les prestataires de soins. Un avis est également publié au supplément du Journal officiel de l'Union européenne le 15 septembre 2012.

III. 2. Le 5 novembre 2012, date limite pour la réception des offres, deux offres sont transmises à la partie adverse.

III. 3. Le 20 novembre 2012, la requérante adresse à la partie adverse un courrier dans lequel elle indique que :

" Je reviens vers vous en ce qui concerne l'offre déposée par la société anonyme MediBridge pour le marché public relatif à la location et à la configuration d'un système pour la récupération des données médicales et administratives pour les prestataires de soins.

Je souhaiterais attirer votre attention sur une erreur matérielle qui s'est glissée dans l'inventaire joint à l'offre de MediBridge.

Alors que, dans le modèle d'inventaire joint au cahier spécial des charges, la colonne «quantité» du poste «location annuelle» mentionne le chiffre «4», MediBridge a remplacé celui-ci par le chiffre «1» dans l'inventaire déposé et a indiqué, par erreur, un prix identique dans les colonnes «prix unitaire HTVA» et «prix par poste HTVA».

Cette partie de l'inventaire se présente actuellement comme suit :

Post	Dénomination	Quantité	Prix unitaire HTVA	Prix par poste HTVA
2	Location annuelle (prix unitaire = prix par année)	1	35.500,-	35.500,-

Le prix indiqué dans la colonne «prix par poste» et celui figurant dans la colonne «prix unitaire HTVA», soit 35.500 euros, correspondent en réalité au prix total (et non au prix annuel) du poste «location annuelle». Le prix unitaire, c'est-à-dire le prix annuel, est de 8.875 euros, et non 35.000 euros comme mentionné par erreur.

Cette erreur matérielle n'a eu aucun impact sur le montant total du marché (67.000 euros) qui comprend bien tous les postes du marché et qui a été correctement calculé, sur la base du prix total du poste «location annuelle» (35.000 euros). La rectification opérée par le présent courrier ne modifie donc pas l'offre de MediBridge qui reste inchangée.

Pourriez-vous, comme vous le permet l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics corriger cette erreur matérielle en tenant compte du prix total proposé pour le poste «location annuelle» et correctement intégré dans le montant total du marché?

Après correction de cette erreur matérielle, cette partie de l'inventaire se présenterait comme suit :

Post	Dénomination	Quantité	Prix unitaire HTVA	Prix par poste HTVA
2	Location annuelle (prix unitaire = prix par année)	4	8.875,-	35.500,-

Je vous remercie vivement pour l'attention que vous porterez à la présente et reste à votre entière disposition pour tout renseignement complémentaire que vous souhaiteriez obtenir.

Je vous prie de croire, Chère Madame, à l'assurance de ma considération très distinguée."

III. 4. Le 23 novembre 2012, le rapport d'attribution est établi. Il conclut que l'offre de la requérante n'est pas régulière d'un point de vue administratif et que la société HEALTH CONNECT a remis l'offre régulière la plus basse.

III. 5. Le 25 janvier 2013, la partie adverse décide de déclarer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer le marché public à la société HEALTH CONNECT. Il s'agit de l'acte attaqué.

Par un courrier recommandé du 25 janvier 2013, la requérante est informée du fait que son offre n'a pas été jugée administrativement conforme. Les motifs qui ont mené à la décision d'éviction se présentent comme suit :

" [...]

Au niveau administratif

Cahier spécial des charges 12CA110 Par 2.b Page 5/17 :

b. Nature du marché

- Les quantités sont mentionnées dans l'inventaire joint à l'Ann A.

- Les quantités mentionnées ne peuvent pas être modifiées par le soumissionnaire.

Dans son offre la firme MEDIBRIDGE a modifié la ligne 2 de l'inventaire de l'Ann A : bien qu'il soit clairement mentionné que le prix unitaire = le prix annuel et que la quantité mentionnée est 4 dans l'inventaire d'origine, la firme MEDIBRIDGE a changé le QUATRE (4) en UN (1). Ceci rend impossible de connaître les intentions de la firme. De plus, il est impossible de faire clarifier ces intentions car, comme il s'agit d'une adjudication publique, la firme a déjà connaissance des prix de la concurrence.

Ann N au cahier spécial des charges Section 4 Point 3.a Pages 8 et 9 de 10 :

3. Clause de révision - Structure et composants

a. En principe, les éléments d'une formule de révision de prix se présentent de la façon suivante :

$$P = P_0 \left(a + b \frac{M_b}{M_{b0}} + c \frac{M_c}{M_{c0}} + \dots + i \frac{M_i}{M_{i0}} + \dots + n \frac{S}{S_0} \right)$$

b. Les éléments de cette formule sont dans ce cas :

(1) P : prix révisé (ou à facturer)

P₀ : prix de la soumission.

(2) Coefficients : leur somme, y compris a, est égale à 1.

a : coefficient fixe. La valeur minimale de ce coefficient est 0,20.

b, c, ..., i, ... : coefficients fixes attribués à chacun des éléments du prix et relatifs aux matières ou aux matériaux.

n : coefficient fixe attribué à l'élément salaire + charges sociales.

Dans son offre, en Ann A, la firme MEDIBRIDGE propose une formule de révision de prix qui n'est pas en conformité avec la structure imposée en Ann N du cahier spécial des charges : absence des coefficients a et b.

Ann A au cahier spécial des charges Rubrique 10 Page 4 de 6 :

Remarque importante :

Une offre signée par une personne non mandatée ou sans procuration préalable à l'ouverture des offres sera déclarée non conforme.

Dans son offre, la firme MEDIBRIDGE annexe les statuts de la firme et les actes de nominations.

Il est mentionné dans les statuts de la firme Article 12 : COMPETENCE : la société est représentée valablement par soit 2 administrateurs, soit 1 administrateur-délégué.

Dans l'acte de nomination, il est mentionné que la s.p.r.l. Magesco représenté par Monsieur Didier Leclercq est «Directeur Général».

La s.p.r.l. Magesco représenté par Monsieur Didier Leclercq n'a donc pas les compétences pour représenter la société MEDIBRIDGE. [...]".

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris "de la violation des articles 33 et 105 de la Constitution, de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et des services, des articles 6 et 9 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral, et de l'incompétence de l'auteur de l'acte".

Elle soutient que :

- " 12. Selon l'article 33 de la Constitution les pouvoirs sont exercés de la manière établie par la Constitution. L'article 105 de la Constitution précise que le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent la Constitution et les lois particulières portées en vertu de celle-ci. Cette disposition qui vise le Roi est applicable mutatis mutandis à toutes les autorités administratives [...].

En l'espèce, en vertu de l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 précitée «chaque ministre est, dans les limites de ses attributions, compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'État et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique».

L'article 6 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral dispose que «sans préjudice de dispositions légales ou réglementaires particulières, chaque autorité compétente peut, en matière de marchés publics et de concessions de travaux publics, déléguer ses pouvoirs aux titulaires de fonctions qu'elle désigne, dans les limites fixées par le présent chapitre».

L'article 9 de l'arrêté royal précité précise encore que «le pouvoir d'attribuer des marchés peut être délégué pour ceux dont le montant n'excède pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, une limite fixée par l'arrêté de délégation ou par une décision équivalente de l'autorité compétente».

13. Il appartient dès lors à la partie adverse de démontrer que le fonctionnaire ayant adopté l'acte attaqué disposait bien d'une délégation de compétence régulière pour ce faire. La partie requérante se réserve le droit de formuler des observations complémentaires quant au premier moyen, au regard des pièces qui seront jointes au dossier administratif déposé par la partie adverse.

Le premier moyen est sérieux."

La partie adverse répond que :

- " Le pouvoir adjudicateur est une personne morale qui ne peut agir par l'intermédiaire d'organes spécialement habilités à l'engager juridiquement. La partie requérante avance que le ministre compétent peut déléguer ses compétences aux titulaires de fonctions qu'il désigne.

Or, l'arrêté ministériel du 12 mars 2009 portant délégations de pouvoir par le ministre de la Défense en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en matière d'aliénation et en matière de dépenses diverses délègue le pouvoir d'attribuer ou ne pas attribuer le marché pour un montant maximal de 540.000 euros au chef de sous-section de la division «material procurement». Le capitaine de corvette administrateur militaire DANDOIS, étant chef de sous-section «achat», est donc habilité à attribuer ce marché. Les chefs de section sont même habilités à attribuer dans une procédure ouverte jusqu'à un montant de 1.350.000 euros. Par conséquent, tous les actes sont adoptés par des personnes qui disposent de la délégation de compétence régulière pour ce faire.

De ce qui précède, on ne peut que constater que l'argument de la partie requérante n'est pas fondé.

1.2. Subsidiairement, quant à l'intérêt au moyen

Le rapport d'attribution relève que l'offre de la partie requérante n'est pas régulière d'un point de vue administratif. Dès Lors, même si Votre Conseil décide que le présent moyen est fondé, la suspension ne lui apporterait aucun bénéfice. Par conséquent, ce moyen est irrecevable.

Par ailleurs, la partie requérante ne démontre pas que l'acte attaqué est frappé d'une illégalité. Elle demande simplement à la partie adverse de démontrer que le fonctionnaire ayant adopté l'acte attaqué disposait bien d'une délégation et se réserve le droit de formuler des observations complémentaires au regard des pièces qui lui seront jointes au dossier administratif. Telles affirmations ne peuvent pas être considérées comme un moyen conforme au règlement de procédure et certainement pas au stade de la procédure en extrême urgence où il est demandé au requérant de démontrer clairement, et à première vue, quelle illégalité entache l'acte attaqué.

Conclusion : le premier moyen n'est pas sérieux."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen a trait à la compétence de l'auteur de la décision entreprise. Il revêt un caractère d'ordre public. En conséquence, la requérante ne doit pas se prévaloir d'un intérêt à le soulever. Le moyen est donc recevable.

La décision entreprise a été adoptée par le "Chef Sous-section acquisition CLAUDE DANDOIS". Il ressort de l'arrêté ministériel du 12 mars 2009 portant délégations de pouvoir par le Ministre de la Défense en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en matière d'aliénation et en matière de dépenses diverses que le pouvoir d'attribuer ou ne pas attribuer un marché pour un montant maximal de 540.000 euros a été délégué au chef de sous-section de la division "material procurement".

Cet arrêté ministériel a été publié au Moniteur belge le 30 mars 2009.

Le "Chef Sous-section acquisition CLAUDE DANDOIS" était donc habilité à prendre l'acte attaqué.

Le moyen n'est pas sérieux.

V. SECOND MOYEN

V. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un second moyen pris "de la violation des articles 15, 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 111, 112 et 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fourniture et de services et aux concessions de travaux [publics], de l'article 525, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation [formelle] des actes administratifs, du cahier spécial des charges, du principe général de bonne administration, de l'obligation de motivation matérielle, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle soutient que :

" 15. Selon l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, lorsque, en adjudication, l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse.

S'il n'est pas contesté que la partie requérante a remis l'offre la plus basse, la partie adverse n'a pas retenu son offre en raison de son caractère prétendument irrégulier.

La décision du pouvoir adjudicateur d'écarter une offre pour un motif d'irrégularité doit, conformément à l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993, faire l'objet d'une motivation formelle particulière.

La régularité d'une offre doit être appréciée sur la base de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dont le paragraphe 2 précise que «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 jugeant l'offre de la partie requérante irrégulière, la partie adverse a violé les principes et dispositions visés à l'appui du moyen. Il convient, en effet, de constater qu'aucun des trois motifs d'irrégularité soulevés par la partie adverse n'est fondé.

III.B.1. Erreur matérielle relative aux quantités mentionnées dans l'inventaire

16. Le premier motif d'irrégularité de l'offre de la partie requérante soulevée par la partie adverse concerne les quantités du marché et le prix proposé pour le poste relatif à la location du matériel.

Pour rappel, sur ce point, l'acte attaqué est motivé comme suit :

«Au niveau administratif
Cahier spécial des charges 12CA110 Par 2.b Page 5/17 :
B. Nature du marché

- Les quantités sont mentionnées dans l'inventaire joint à l'Ann A.
- Les quantités mentionnées ne peuvent pas être modifiées par le soumissionnaire.

Dans son offre la firme MEDIBRIDGE a modifié la ligne 2 de l'inventaire de l'Ann A : bien qu'il soit clairement mentionné que le prix unitaire = le prix annuel et que la quantité mentionnée est 4 dans l'inventaire d'origine, la firme MEDIBRIDGE a changé le QUATRE (4) en UN (1). Ceci rend impossible de connaître les intentions de la firme. De plus, il est impossible de faire clarifier ces intentions car, comme il s'agit d'une adjudication publique, la firme a déjà connaissance des prix de la concurrence.»

17. Les quantités faisant l'objet du marché sont mentionnées dans l'inventaire joint à l'annexe A du cahier spécial des charges, inventaire que les soumissionnaires sont invités à compléter et à joindre à leur offre.

Cet inventaire reprend les différents postes du marché et se présente comme suit :

«3. Inventaire

Post	Dénomination	Quantité	Prix unitaire HTVA	Prix par poste HTVA
1	Installation et configuration	1		
2	Location annuelle (prix unitaire = prix par année)	4		
3	Formation et documentation	1		
4	Options obligatoires (Voir Ann C)	2		
	a. Génération d'un rapport des prestations pour un prestataire donné et pour une période donnée (voir Ann C Point 4.2)	1		
	b. Authentification par carte eID, carte SIS ou connexion au Registre National des personnes physiques (voir Ann C Point 4.3)	1		
	c. Création de nouveaux formulaires (voir Ann C Point 4.4.)	1		
	d. Récupération des données par domaine fonctionnel (HR, BF, Med) (voir Ann C point 4.5)	15		
	e. Choix de la langue (voir Ann C Point 4.6)	32		
	f. Installation automatique des nouvelles versions de l'application client (voir Ann C Point 4.7)	25		

Montant total (HTVA)
En chiffres :
En lettres :

»

En ce qui concerne le poste relatif à la location du matériel, l'inventaire précise que le prix unitaire est égal au prix par année et invite les soumissionnaires à proposer un prix annuel dans la colonne «prix unitaire» et à multiplier ce prix par quatre pour obtenir le prix total à insérer dans la colonne «prix par poste».

18. La partie requérante a complété cette ligne de l'inventaire comme suit :

Post	Dénomination	Quantité	Prix unitaire HTVA	Prix par poste HTVA
2	Location annuelle (prix unitaire = prix par année)	1	35.500,-	35.500,-

Alors que, dans le modèle d'inventaire joint au cahier spécial des charges, la colonne «quantité» du poste «location annuelle» mentionne le chiffre «4», la partie requérante a remplacé celui-ci par le chiffre «1» dans l'inventaire déposé et a indiqué, par erreur, un prix identique dans les colonnes «prix unitaire HTVA» et «prix par poste HTVA».

Après le dépôt de son offre, la partie requérante s'est aperçue de son erreur matérielle et a adressé un courrier au pouvoir adjudicateur afin de lui fournir les précisions nécessaires à la bonne compréhension de l'offre déposée (pièce n° 9).

Dans ce courrier du 20 novembre 2012, la partie requérante a notamment indiqué :

«Le prix indiqué dans la colonne "prix par poste" et celui figurant dans la colonne "prix unitaire HTVA", soit 35.500 euros, correspondent en réalité au prix total (et non au prix annuel) du poste "location annuelle". Le prix unitaire, c'est-à-dire le prix annuel, est de 8.875 euros, et non 35.500 euros comme mentionné par erreur.

Cette erreur matérielle n'a eu aucun impact sur le montant total du marché (67.000 euros) qui comprend bien tous les postes du marché et qui a été correctement calculé, sur la base du prix total du poste "location annuelle" (35.500 euros). La rectification opérée par le présent courrier ne modifie donc pas l'offre de MediBridge qui reste inchangée.

Pourriez-vous, comme vous le permet l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics corriger cette erreur matérielle en tenant compte du prix total proposé pour le poste "location annuelle" et correctement intégré dans le montant total du marché ?

Après correction de cette erreur matérielle, cette partie de l'inventaire se présenterait comme suit :

Post	Dénomination	Quantité	Prix unitaire HTVA	Prix par poste HTVA
2	Location annuelle (prix unitaire = prix par année)	4	8.875,-	35.500,-

»

19. Alors que la modification de la quantité dans l'inventaire constituait une simple erreur matérielle qui ne rendait pas l'offre de la partie requérante non conforme aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, la partie adverse a décidé de retenir cette erreur pour écarter l'offre de la partie requérante.

On relèvera toutefois que l'article 114, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précise que :

«§ 1^{er}. Avant de procéder au choix de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur vérifie les opérations arithmétiques des offres.

Il rectifie les erreurs purement matérielles ou de calcul manifestes et, en cas de doute, il invite par écrit le soumissionnaire à préciser son offre; à défaut pour le soumissionnaire de fournir dans un délai fixé les précisions demandées, le pouvoir adjudicateur peut, soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la corriger selon ses propres évaluations.

La responsabilité du pouvoir adjudicateur n'est cependant pas engagée par suite de l'existence d'erreurs non découvertes.

§ 2. 1° Lorsque, en application de l'article 96, § 2, un soumissionnaire a modifié la quantité d'un ou de plusieurs postes du mètre récapitulatif d'un marché public de travaux, le pouvoir adjudicateur contrôle ces modifications, les rectifie s'il échet selon ses propres calculs et, éventuellement, amende sur la base des quantités qu'il reconnaît exactes, les métrés joints aux offres.

Si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier par ses propres calculs les modifications de quantités proposées pour un poste à bordereau de prix, dont le cahier spécial des charges a autorisé la correction, il ramène à la quantité présumée initiale du mètre les offres comportant des quantités supérieures à celles-ci et laisse inchangées les réductions apportées par les soumissionnaires, sans préjudice des dispositions de l'article 96, § 2, alinéa 3.

2° Lorsque, en application de l'article 96, § 2, un soumissionnaire a réparé l'une ou l'autre omission dans le mètre récapitulatif, le pouvoir adjudicateur s'assure du bien-fondé de la correction et, éventuellement, la rectifie d'après ses propres calculs.

Les offres de soumissionnaires qui n'ont pas réparé l'omission sont corrigées conformément aux dispositions de l'article 112, § 2».

Il résulte de cette disposition qu'une offre ne peut être jugée irrégulière au seul motif qu'elle contient une erreur matérielle que le pouvoir adjudicateur aurait pu corriger lui-même, au besoin en interrogeant le soumissionnaire sur ses intentions.

20. En l'espèce, le soumissionnaire a d'initiative – bien avant l'évaluation des offres – fourni à la partie adverse les éléments complémentaires lui permettant de connaître avec certitude la portée de l'offre de la partie adverse.

Dans la mesure où la partie requérante avait expressément précisé à la partie adverse que le prix exprimé était bien le prix total pour le poste – tel qu'il était d'ailleurs pris en compte dans le total du prix du marché – le motif invoqué par la partie adverse selon lequel «ceci rend impossible de connaître les intentions de la firme» n'est pas exact en fait.

On notera également que cette erreur matérielle – même si elle n'avait pas été corrigée par la partie requérante – n'empêchait pas le pouvoir adjudicateur de procéder à la comparaison des prix dans la mesure où le prix total proposé par la partie requérante prenait bien en compte le prix total du poste relatif à la location du matériel. En réalité, l'erreur ne concernait qu'un détail d'un poste de l'inventaire sans que cela ne modifie le prix total pour lequel la partie requérante s'est formellement engagée à réaliser le marché tel qu'il est décrit dans le cahier spécial des charges.

La partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que cette simple erreur matérielle était suffisante pour écarter l'offre de la partie requérante alors même que celle-ci lui avait expressément fourni les précisions nécessaires pour corriger cette erreur, ce que lui impose l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

21. On relèvera encore que la motivation formelle de l'acte attaqué sur ce point est totalement insuffisante.

Conformément à l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 et aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la décision par laquelle le pouvoir adjudicateur écarte une offre pour un motif d'irrégularité doit faire l'objet d'une motivation particulière indiquant «les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction».

En l'espèce, l'acte attaqué ne précise pas le motif pour lequel les précisions fournies par la partie requérante à propos du poste litigieux de l'inventaire n'ont pas été prises en considération.

22. En ayant écarté l'offre de la partie requérante, pourtant la moins-disante, pour ce motif, la partie adverse a violé les principes et dispositions visés à l'appui du moyen.

III.B.2. Formule de révision de prix

23. L'acte attaqué retient un deuxième motif d'irrégularité de l'offre de la partie requérante relatif à la formule de révision des prix proposée pour les motifs suivants :

«Ann N au cahier spécial des charges Section 4 Point 3.a Pages 8 et 9 de 10 :

3. Clause de révision – Structure et composants

a. En principe, les éléments d'une formule de révision de prix se présentent de la façon suivante :

$$P = P_0 \left(a + b \frac{M_b}{M_{b0}} + c \frac{M_c}{M_{c0}} + \dots + i \frac{M_i}{M_{i0}} + \dots + n \frac{S}{S_0} \right)$$

b. Les éléments de cette formule sont dans ce cas :

(1) P : prix révisé (ou à facturer)

P₀ : Prix de soumission

(2) Coefficients : leur somme, y compris a, est égale à 1

a : coefficient fixe. La valeur minimale de ce coefficient est 0,20.

b, c, ..., i, ... : coefficients fixes attribués à chacun des éléments du prix et relatifs aux matières ou aux matériaux.

n : coefficient fixe attribué à l'élément salaire + charges sociales.

Dans son offre, en Ann A, la firme MEDIBRIDGE propose une formule de révision de prix qui n'est pas en conformité avec la structure imposée en Ann N du cahier spécial des charges : absence des coefficients a et b.»

Selon la partie adverse, la partie requérante n'aurait donc pas respecté l'obligation de soumettre une formule de révision des prix conforme au modèle prévu par le cahier spécial des charges.

24. En vertu de l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, «le caractère forfaitaire des marchés publics ne fait pas obstacle à la révision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, à condition que cette révision soit prévue dans le cahier spécial des charges ou dans le contrat. La révision doit rencontrer l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient, selon des modalités à prévoir par le Roi».

Si les marchés publics sont, en principe, conclus de manière forfaitaire, le pouvoir adjudicateur dispose de la possibilité de prévoir dans le cahier spécial des charges la révision des prix.

25. En l'espèce, le point 10.d du cahier spécial des charges précise que «les prix offerts pourront être revus annuellement pendant l'exécution du contrat afin de tenir compte de l'évolution des prix des salaires et des matériaux. Si le soumissionnaire souhaite une révision des prix, il doit proposer en Ann A une formule de révision des prix. Il utilisera la structure proposée en Ann N».

La section 4 de l'annexe N précise que «cette formule de révision est à proposer par le soumissionnaire». A propos de la structure et des composants de la clause de

révision, il est spécifié, dans le cahier spécial des charges, qu'«en principe, les éléments d'une formule de révision des prix se présentent de la façon suivante :

$$« P = P_0 \left(a + b \frac{M_b}{M_{b0}} + c \frac{M_c}{M_{c0}} + \dots + i \frac{M_i}{M_{i0}} + \dots + n \frac{S}{S_0} \right)$$

b. Les éléments de cette formule sont dans ce cas :

(1) P : prix révisé (ou à facturer)

P₀ : Prix de soumission

(2) Coefficients : leur somme, y compris a, est égale à 1

a : coefficient fixe. La valeur minimale de ce coefficient est 0,20.

b, c, ..., i, ... : coefficients fixes attribués à chacun des éléments du prix et relatifs aux matières ou aux matériaux.

n : coefficient fixe attribué à l'élément salaire + charges sociales.»

La partie requérante a proposé au pouvoir adjudicateur une formule de révision des prix exprimée comme suit :

«Prix indexé = Prix initial x Indice nouveau/Indice de départ,

Où l'indice de départ est l'"indice santé" de décembre 2013 et l'indice nouveau est l'indice santé en vigueur au mois de décembre de l'année écoulée».

Au motif que la formule de révision n'était pas conforme au modèle proposé par le cahier spécial des charges, la partie adverse a écarté l'offre de la partie requérante.

26. On relèvera pourtant que les termes utilisés par le cahier spécial des charges ne sont pas de nature à démontrer le caractère obligatoire de la formule de révision proposée.

De plus, la formule de révision en ce qu'elle constitue un élément que le soumissionnaire peut proposer mais qui ne doit pas nécessairement faire partie de son offre, ne peut s'interpréter comme un élément essentiel du marché. En d'autres termes, l'application d'une formule de révision n'est pas de nature à remettre en cause les éléments essentiels du marché.

A propos de l'appréciation du caractère essentiel d'une prescription du cahier spécial des charges, votre Conseil a rappelé que «selon l'article 110, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'attribution du marché s'opère sur la base du ou des critères d'attribution, après vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats non exclus, 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. La qualification d'essentielles à propos de prescriptions du cahier spécial des charges avec la conséquence extrême qui en résulte, c'est-à-dire, l'exclusion de l'offre de la procédure d'attribution, doit se comprendre raisonnablement» (C.E., arrêt n° 211.064 du 7 février 2011, s.a. Xerox).

27. Si le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation pour qualifier une irrégularité de substantielle, il ne peut toutefois commettre une erreur manifeste d'appréciation.

La doctrine souligne à cet égard que :

«Quelle qu'en soit l'origine, seules les irrégularités substantielles peuvent entraîner l'éviction d'une offre déposée.

Le concept d'irrégularité substantielle n'est pas défini dans l'arrêté royal.

Pour déterminer si une irrégularité est ou non substantielle, on peut cependant se référer aux principes et critères suivants qui ont été déterminés tant par la doctrine que par la jurisprudence du Conseil d'Etat :

- a) L'incidence de cette irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires : est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?
- b) Son incidence sur la décision finale, c'est-à-dire sur le classement des offres : modifie-t-elle ou non ce classement ?
- c) Son incidence sur la comparaison des offres : rend-t-elle impossible ou non la comparaison effective des offres ?
- d) Le caractère fondamental ou non de la prescription du cahier spécial des charges qui n'est pas respecté.
- e) L'intention de l'auteur du cahier spécial des charges, en particulier lorsqu'il y a été mentionné une disposition instaurant explicitement une sanction de nullité» (J. Noël (dir.), Les marchés publics – Droits belge et européen – Principes et applications, Gerpinne, E. Quorum, 2001, Tome 1, pp. 509-510).»

En l'espèce, l'utilisation par la partie requérante d'une formule de révision des prix différente n'aurait pas pu avoir pour conséquence de l'avantager. On constatera, en effet, que la formule de révision des prix n'est pas prise en compte pour comparer les offres.

De plus, le prix proposé par la partie requérante est nettement inférieur au prix proposé par l'adjudicataire de sorte que même si elle avait été prise en compte la formule de révision des prix ne modifie pas le classement des offres tel qu'il aurait dû être opéré par la partie adverse.

De la même manière, l'utilisation d'une formule différente de révision n'a pas rendu impossible la comparaison des offres dans la mesure où cet élément n'était pas un élément des offres faisant l'objet d'une évaluation et d'une comparaison.

On ajoutera que la prescription du cahier spécial des charges relative à la formule de révision des prix n'a pas un caractère fondamental. En effet, il s'agit uniquement d'un élément accessoire du marché qui n'est d'ailleurs pas formulé de manière impérative par les documents du marché. Le cahier spécial des charges laisse effectivement entendre que la formule est uniquement proposée aux soumissionnaires et que la révision ne s'applique que si les soumissionnaires le sollicitent.

Enfin, cet élément relatif aux termes utilisés par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges et l'absence de mention d'une sanction qui s'attacherait à l'utilisation d'une formule alternative sont de nature à démontrer que l'intention du pouvoir adjudicateur n'était pas de faire de cette prescription relative à la révision des prix un élément fondamental du marché. Il en va d'autant plus ainsi que les soumissionnaires pouvaient ne pas solliciter la révision des prix et que le pouvoir adjudicateur pouvait également ne pas le proposer. Il en résulte que le pouvoir adjudicateur disposait de la possibilité de laisser inappliquée la formule de révision proposée par la partie requérante sans toutefois écarter son offre.

Il résulte de ces éléments qu'aucun des critères mis en exergue par la doctrine pour qualifier une irrégularité de substantielle n'est rencontré en l'espèce. L'ensemble de ces éléments est de nature à démontrer le caractère non substantielle de la modification par la partie requérante de la formule de révision des prix.

28. La partie adverse a dès lors commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la partie requérante a commis une erreur substantielle en proposant une formule de révision des prix qui ne correspondait pas à la formule suggérée par le cahier spécial des charges.

29. La partie adverse a, par ailleurs et en toute hypothèse, manqué à son obligation de motivation formelle de sa décision qui découle des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et plus particulièrement de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993.

En effet, l'acte attaqué fait mention de l'irrégularité commise, à savoir la modification de la formule de révision, mais n'expose nullement les raisons pour lesquels un tel élément justifie l'écartement de l'offre de la partie requérante. En d'autres termes, le caractère substantiel de l'irrégularité qui justifie la décision du pouvoir adjudicateur ne fait l'objet d'aucune motivation particulière.

La partie requérante est donc dans l'impossibilité de connaître les raisons pour lesquelles le simple fait de proposer une formule de révision des prix différente rend son offre totalement irrégulière et justifie que le marché ne lui soit pas attribué alors même que son offre est la plus basse. Cette insuffisance de motivation formelle vicie d'autant plus la légalité de l'acte attaqué que l'application, sur ce point, du cahier spécial des charges, est tout sauf automatique et indiscutable (cf. supra, point 25).

III.B.3. Signature de l'offre

30. La partie adverse retient un troisième motif d'irrégularité de l'offre de la partie requérante pour justifier l'acte attaqué. Celui-ci concerne la signature de l'offre.

Sur ce point, l'acte attaqué est motivé comme suit :

«Dans son offre, la firme MEDIBRIDGE annexe les statuts de la firme et les actes de nominations.

Il est mentionné dans les statuts de la firme Article 12 : COMPETENCE : la société est représentée valablement par soit 2 administrateurs, soit 1 administrateur-délégué.

Dans l'acte de nomination, il est mentionné que la s.p.r.l. Magesco représenté par Monsieur Didier Leclercq est «Directeur Général».

la s.p.r.l. Magesco représenté par Monsieur Didier Leclercq n'a donc pas les compétences pour représenter la société MEDIBRIDGE.

Conformément à l'article 89, alinéa 2 et 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la signature de l'offre, par une personne ayant la capacité d'engager le soumissionnaire, est une condition de régularité de l'offre.»

31. En l'espèce, l'offre de la partie requérante a bien été signée par une personne ayant la capacité d'engager le soumissionnaire.

En effet, l'offre est signée par la s.p.r.l. Magesco, représenté par Monsieur Didier Leclercq. Il s'agit tout simplement du directeur général de la partie requérante qui a, selon l'article 12 des statuts, la compétence de prendre «les actes de simple administration, tels que les opérations financières et fiscales». Ce directeur général a été nommé par une décision de l'assemblée générale de la société du 14 février 2012, publiée au Moniteur belge du 6 avril 2012 (pièce n° 10). Dans la mesure où les trois administrateurs de la partie requérante résident à l'étranger, il ne leur est pas possible d'assurer la gestion quotidienne de la société, tâche qu'ils ont décidé de confier à une société tierce.

Les compétences confiées au directeur général sont détaillées dans une convention conclue entre la partie requérante et la société Magesco (pièce n° 11).

Il y est notamment précisé que :

«1.2. Parties agree that the daily management includes the following services (the "Services") :

- The day-to-day management and development of the company on current (Messaging, DIS, Medipath) and future products;

1.3. Within the scope of the Services, the Manager will have the authority to represent the Company in any legal or contractually binding transaction within the limits of the articles of association of the Company and the resolutions of the board of directors.»

Traduction libre :

«1.2. Les parties conviennent que la gestion journalière comprend les tâches suivantes :

- La gestion journalière et le développement de l'activité de la société pour les produits existants (Messaging, DIS, Medipath) et les produits futurs;

1.3. Dans le cadre de ces tâches, le délégué à la gestion journalière a la compétence de représenter la société pour toute transaction légale ou contractuelle dans les limites des statuts de la société et des décisions du conseil d'administration».

Les compétences confiées à la société Magesco sont donc relativement larges et incluent sans aucun doute la possibilité de soumissionner à des marchés publics dont les montants, en l'espèce 67.000 euros, correspondent à des transactions habituelles de la société et entrent dans le cadre de son activité habituelle. A cet égard, on notera que la partie requérante fournit notamment une quinzaine d'hôpitaux pour lesquels les marchés sont bien supérieurs à 67.000 euros. On relèvera également qu'en 2011, la partie requérante a réalisé un chiffre d'affaires de plus de 4,5 millions d'euros (page 6 des comptes annuels de 2011 - pièce n° 12), ce qui est de nature à démontrer le caractère habituel du marché concerné en l'espèce.

Il résulte de ces éléments que le dépôt d'une offre dans ces conditions et tenant compte de l'activité de la société et de son mode de gestion habituel relève bien de la compétence du directeur général.

Le signataire de l'offre disposait donc bien de la compétence d'engager la partie requérante par le dépôt d'une offre.

En retenant ce motif d'irrégularité, la partie adverse a violé les principes et dispositions visés à l'appui du moyen.

32. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la partie adverse a, à tort, jugé l'offre de la partie requérante irrégulière. Dans la mesure où son offre était régulière et constituait l'offre la plus basse, le marché aurait dû, conformément à l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, lui être attribué.

Le deuxième moyen est sérieux. "

La partie adverse répond que :

" 2.1. Première branche: quant à la modification des quantités dans l'offre.

Commentaires

Après l'ouverture des offres, où l'on a proclamé les prix des deux soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur doit se prononcer sur la régularité des offres.

Quant à l'irrégularité administrative, le pouvoir adjudicateur constate que «l'offre n'est pas en ordre» (pièce 7) : «Dans son offre la firme MEDIBRIDGE a modifié la ligne 2 de l'inventaire de l'Ann A : bien qu'il soit clairement mentionné que le prix unitaire = le prix annuel et que la quantité mentionnée est 4 dans l'inventaire d'origine, la firme MEDIBRIDGE a changé le QUATRE (4) en UN (1). Ceci rend impossible de connaître les intentions de la firme. De plus, il est impossible de faire clarifier ces intentions car, comme il s'agit d'une adjudication publique, la firme a déjà connaissance des prix de la concurrence.»

Effectivement, comme la requérante connaît le prix total de son concurrent, elle sait que le marché lui sera attribué si elle n'adapte pas le prix par poste. Il n'est pas acceptable qu'un soumissionnaire (sous forme de la correction d'une erreur matérielle) puisse adapter son offre. Le courrier reçu le 21 novembre 2012, après le contrôle de la régularité des offres (formel, administratif et technique) ne peut pas être acceptée. N'oublions pas que, le chapitre 4 du cahier spécial des charges stipule clairement «L'attention est attirée sur le fait que cette procédure ne laisse aucune latitude pour des négociations. Tant le volet administratif et financier que le volet technique seront évalués sur le contenu et la composition au moment de l'ouverture des offres.»

D'ailleurs sachant que son prix unitaire est de la même grandeur d'ordre que son concurrent (35.000 Euro tandis que HEATH CONNECT propose 25.000), le prix adapté 8875 euro, soit un tiers de celui de concurrent) ne l'est pas. Lors de prospection le gestionnaire de matériel a prévu un montant de 50.000 euros (pièce 12).

La partie requérante déduit de l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 une obligation dans le chef du pouvoir adjudicateur de corriger les erreurs matériels.

Force est de constater que

- l'article mentionné n'est pas d'application sur ce marché. En effet, cet article est relatif à un appel d'offres tandis que le mode de passation de ce marché est une adjudication. En outre, le deuxième paragraphe de cet article vise un marché public de travaux.

- que la législation sur les marchés publics ne contient pas une telle obligation. Bien au contraire : «Le Tribunal estime qu'il ressort des termes mêmes de cette disposition qu'elle confère aux institutions la faculté de prendre contact avec des soumissionnaires dans les circonstances exceptionnelles et limitées qu'elle énonce. Il s'ensuit que cette disposition ne saurait être interprétée comme imposant aux institutions une obligation de prendre contact avec des soumissionnaires» (Arrêt 61995TJ0019 du tribunal de première instance (quatrième chambre) du 8 mai 1996).

- au moment de l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur constate que l'offre de la requérante contient l'équation suivante : prix par poste = 35.000 fois une unité. Il n'y a pas lieu de corriger une faute matérielle.

En tout état de cause, le soumissionnaire ne peut se prévaloir des vices de forme dont est entachée son offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte.

La partie requérante invoque également une violation de l'obligation de motivation formelle en ce que le pouvoir adjudicateur ne précise pas pourquoi le courrier reçu le 21 novembre 2012 n'a pas pris en compte.

Force est de constater que le pouvoir adjudicateur avait une incertitude quant à connaître les intentions de la partie requérante. Comme la requérante connaissait le prix de la concurrence, elle pouvait adapter son offre en conséquence. Pour cette raison l'acte attaqué stipule

«Les quantités sont mentionnées dans l'inventaire joint à l'Ann A.
Les quantités mentionnées ne peuvent pas être modifiées par le soumissionnaire.

Dans son offre la firme MEDIBRIDGE a modifié la ligne 2 de l'inventaire de l'Ann A : bien qu'il soit clairement mentionné que le prix unitaire = le prix annuel et que la quantité mentionnée est 4 dans l'inventaire d'origine, la firme MEDIBRIDGE a changé le QUATRE (4) en UN (1). Ceci rend impossible de connaître les intentions de la firme. De plus, il est impossible de faire clarifier ces intentions car, comme il s'agit d'une adjudication publique, la firme a déjà connaissance des prix de la concurrence.»

Dès lors, le courrier reçu le 21 novembre 2012 n'est pas pertinent dans cette problématique.

2.2. Deuxième branche : quant à la formule de révision de prix

Le principe de la révision est inscrit à l'article 7, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993. Selon cette disposition, le caractère forfaitaire des marchés publics ne fait pas obstacle à la révision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, à condition que cette révision soit prévue dans le cahier spécial des charges ou dans le contrat. La révision d'un prix est donc possible, pour autant qu'elle satisfasse à deux conditions : être expressément prévue, et se fonde sur certains types de facteurs. Le Cahier spécial des charges stipule dans son point 10.d : «(…)

1. Les prix offerts pourront être revus annuellement (à partir du 01 Jan 2014) pendant l'exécution du contrat afin de tenir compte de l'évolution des prix des salaires et des matériaux.
2. Si le soumissionnaire souhaite une révision de prix, il doit proposer en Ann A une formule de révision des prix. Il utilisera la structure proposée en Ann N.
3. Le soumissionnaire mentionnera clairement les indices officiels utilisés, leur valeur à l'introduction de l'offre et le moment de lecture souhaité, ainsi que l'endroit où ces indices peuvent être consultés.
4. Les prix révisés seront d'application à partir du 01 janvier de l'année de révision et seront soumis pour approbation minimum 3 mois auparavant par lettre recommandée auprès du service dirigeant.»

Sur la base du point 10.d. du cahier spécial des charges, le soumissionnaire dispose donc d'un certain choix quant à la révision de prix.

S'il souhaite une révision de prix, le soumissionnaire doit proposer une formule de la façon suivante :
$$P = P_0 \left(a + b \frac{M_b}{M_{b0}} + c \frac{M_c}{M_{c0}} + \dots + i \frac{M_i}{M_{i0}} + \dots + n \frac{S}{S_0} \right)$$
 (pièce 2).

Le pouvoir adjudicateur, ne peut que constater que l'offre de la partie requérante ne contient pas de formule respectant le cahier spécial des charges : «Dans son offre, en Ann A, la firme MEDIBRIDGE propose une formule de révision de prix qui n'est pas en conformité avec la structure imposée en Ann N du cahier spécial des charges : absence des coefficients a et b.»

Or du fait que la partie requérante ne respecte pas une exigence imposé[e] par le cahier spécial des charges, la formule proposée viole l'article 57, § 1 de la loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique :

«§ 1. Nonobstant toutes dispositions contraires légales, réglementaires et contractuelles, y compris celles contenues dans les contrats existants lors de l'entrée en vigueur de la présente loi, et nonobstant les prix pratiqués à cette date, toute formule d'indexation des prix industriels et ou commerciaux, des tarifs et des paramètres de formule de fluctuation des prix liés à l'indice des prix à la consommation ou à tout autre indice, est interdite.
Toute clause ou pratique contraire à cette interdiction est nulle de plein droit.
(...)»

De plus, le cahier spécial des charges stipule explicitement cette interdiction d'utiliser un index lié aux prix de consommation (pièce 2, annexe N, section 4, 3.b.(3), dernière alinéa) : « Il ne peut en aucun cas s'agir d'un indice des prix à la consommation, ou d'un indice lié aux prix de consommation ». Il est évident que la formule de révision de prix proposée en se référant vers l'indice de santé s'oppose à la loi citée en au cahier spécial des charges.

En tout état de cause, l'offre de la partie requérante doit être évincée.

2.3. Troisième branche : quant à la signature de l'offre

L'article 89, 2° alinéa de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 stipule «Les documents sont signés par le soumissionnaire ou par son mandataire». Il ressort du cahier spécial des charges que le mandat devait être établi avant l'ouverture des offres «une offre signée par une personne non mandatée ou sans procuration préalable à l'ouverture des offres sera déclarée non conforme» (p. 4 de l'annexe A de la pièce 2).

En l'espèce, l'offre est signée par Magesco s.p.r.l. représenté par Monsieur Didier Leclercq, tandis que l'article 12 des statuts de MEDIBRIDGE stipule clairement que la société est représentée valablement par soit 2 administrateurs, soit 1 administrateur-délégué. Seulement les actes de simple administration (tels que les opérations financières et fiscales) peuvent être confiés à un directeur administratif. En ce qui concerne la direction journalière, elle est composée d'au moins trois membres, y compris l'administrateur-délégué.

L'annexe 2 de l'offre n'atteste que la s.p.r.l. Magesco représentée par Monsieur Didier Leclercq est directeur général en charge de la gestion journalière de la société. N'étant pas un directeur administratif (pour autant que introduire une offre dans le cadre de ce marché public est une opération financière) ni administrateur, la procuration des membres de la direction journalière a Monsieur Didier Leclercq n'est pas jointe à l'offre. Dès lors, ni au moment de l'ouverture des offres ni au moment de la conclusion, le pouvoir adjudicateur ne disposait d'un document attestant que l'offre est dûment signée par un mandataire.

Conclusion : le deuxième moyen n'est pas sérieux."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse a pu légalement décider que l'offre de la requérante était irrégulière. En effet, alors que le cahier spécial des charges ne le permettait pas, la requérante a modifié, dans son offre, les quantités prescrites pour le poste relatif à la location du matériel.

A supposer que la requérante ait, comme elle le soutient, rédigé erronément son offre, ses erreurs, qui portent à la fois sur les quantités proposées ainsi que sur leur prix unitaire et qui influent sur la portée de l'offre, n'apparaissent pas,

dans les circonstances de l'espèce, comme purement matérielles. La partie adverse n'était donc pas tenue de rechercher l'intention réelle de la requérante en application de l'article 111 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.

Par ailleurs, contrairement à ce que semble suggérer la requérante, les précisions qu'elle a apportées, dans son courrier du 20 novembre 2012, modifient bien son offre étant donné qu'elles aboutissent à réduire le prix proposé.

En effet, pour un même montant total, la requérante a proposé, dans le courrier précité, quatre fois plus d'unités pour le poste relatif à la location du matériel que dans son offre.

En outre, comme le relève la partie adverse, les intentions réelles de la requérante ne pouvaient être déterminées dès lors que les explications qu'elle avait fournies dans sa lettre du 20 novembre 2012, l'avaient été à la suite de l'ouverture des offres et donc après qu'elle avait pris connaissance du prix proposé par son concurrent.

La partie adverse ne pouvait savoir avec certitude si la requérante avait eu réellement l'intention de proposer, dans son offre, quatre unités au lieu d'une pour le poste relatif à la location du matériel ainsi qu'un prix unitaire différent de celui mentionné ou si, connaissant le prix de son concurrent après l'ouverture des offres, elle avait adressé le courrier du 20 novembre 2012 pour rendre son offre régulière et abaisser son prix en vue d'obtenir l'attribution du marché public.

La seule affirmation de ses intentions par la requérante dans son courrier précité, n'était évidemment pas de nature à en établir l'exactitude, ni à lever les doutes de la partie adverse.

Concernant la motivation de la décision entreprise, elle apparaît suffisante. La partie adverse a en effet expliqué pourquoi l'offre de la requérante était irrégulière, soit en raison de la modification des quantités prescrites, et pour quelle raison il n'était pas possible de connaître ses intentions réelles, à savoir le fait qu'il s'agissait d'une procédure d'adjudication publique et que la requérante connaissait le prix proposé par son concurrent.

Eu égard à ces motifs, la requérante pouvait savoir pourquoi la partie adverse avait écarté son offre malgré le courrier adressé le 20 novembre 2012.

Enfin, étant donné que la requérante ne proposait pas dans son offre les quantités prescrites pour le poste relatif à la location du matériel, la partie adverse ne pouvait la comparer utilement à celle de son concurrent. Cette irrégularité revêt donc un caractère substantiel.

La requérante ne dispose dès lors pas de l'intérêt requis pour contester les autres irrégularités dont la partie adverse a estimé que sa soumission était également entachée. En effet, même si celles-ci n'étaient pas établies, la partie adverse pouvait légalement écarter l'offre de la requérante en raison de son irrégularité substantielle résultant du fait qu'elle n'avait pas proposé les quantités prescrites pour le poste relatif à la location du matériel.

Le second moyen n'est pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, à la connaissance des parties, il convient d'office de les soustraire, à ce stade, à leur consultation afin de préserver le secret des affaires.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres, reçues par la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, sont soustraites, à ce stade de la procédure, à la connaissance des parties.

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 quatre mars deux mille treize par :

M.	Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Yves HOUYET.