

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.379 du 13 avril 2016

G./A.218.698/VI-20.733

En cause : **la société anonyme SCA HYGIENE PRODUCTS,**

ayant élu domicile chez
Mes Carlos DE WOLF et
Anthony VERHEGGEN, avocats,
etikhovestraat, n° 6,
9680 Maarkedal,

contre :

le centre public d'action sociale de Soignies,

ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source, n° 68,
1060 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 11 mars 2016, la société anonyme SCA HYGIENE PRODUCTS sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Conseil d'Administration de la Partie Adverse d'attribuer le marché public «Fourniture de matériel d'incontinence» à la Partie Intéressée, et alors pas à la Partie Requérante".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 14 mars 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 avril 2016 à 10 heures 30.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés

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.

Mes Carlos DE WOLF et Charlotte DE WOLF, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Anne FEYT, avocat, comparaissant 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 21 décembre 2015, le Conseil de l'action sociale de la partie adverse a décidé de lancer un marché public de fourniture de matériel d'incontinence pour sa maison de repos et de soins par procédure négociée sans publicité, de fixer la durée du marché à deux ans avec prolongation d'un an par tacite reconduction. Il a également approuvé le cahier spécial des charges relatif à ce marché, référencé CSC 004-2015 et décidé de consulter quatre fournisseurs parmi lesquels l'attributaire du présent marché et la requérante.

III. 2. En son point I.10, le cahier spécial des charges définit comme suit les critères d'attribution au regard desquels les offres seraient comparées et évaluées:

"

N°	DESCRIPTION	POINTS
		100
1	Prix	50
	Règle de 3; Score offre = (prix de l'offre la plus basse/prix de l'offre) * poids du critère prix	
2	Valeur technique des fournitures	25
	Seront notamment pris en compte les éléments suivants : - les tailles disponibles par produit - le degré d'absorption, exprimé en ml - l'utilisation de couleur pour distinguer les tailles et le degré d'absorption - le mode de conditionnement - la capacité du soumissionnaire à remettre offre pour tous les postes	
	25 points répondant à toutes les clauses techniques du CSC ou offre d'une technicité supérieure 20 points à l'offre suivante	

	15 points à l'offre classée 3 ^{ème} 5 points aux offres suivantes	
3	La formation du personnel, la documentation, l'information des nouveaux produits et améliorations et les services annexes proposés	15
	15 points pour la firme proposant un programme le plus complet 10 points pour les autres firmes	
4	Délai de livraison	10
	10 points pour le délai de livraison le plus court et/ou une fréquence la plus élevée 5 points pour les autres offres	

".

Par ailleurs, au titre de la sélection qualitative, le cahier spécial des charges prescrit notamment ceci en son point I.5:

" Situation juridique du soumissionnaire- références requises (critères d'exclusion)

- * Une déclaration sur l'honneur attestant que le soumissionnaire :
 - n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude ou le blanchiment de capitaux;
 - n'est pas en état de faillite ou de liquidation;
 - n'a pas fait l'aveu de sa faillite et n'a pas fait l'objet d'une procédure de liquidation, de réorganisation judiciaire;
 - n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;
 - est en règle quant aux paiements des cotisations de sécurité sociale;
 - est en règle quant aux paiements de la TVA et de ses impôts;
 - en matière professionnelle, n'a pas commis de faute grave;
 - ne s'est pas rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant ces renseignements.
- * Une attestation délivrée par l'autorité compétente confirmant que le soumissionnaire est en règle quant à ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, jusque et y compris l'avant-dernier trimestre civil écoulé par rapport à la date limite de réception des demandes de participation ou de réception des offres, conformément aux dispositions de la loi belge ou celles du pays où il est établi".

III. 3. Les offres devaient parvenir au plus tard le 22 janvier 2016 à 16 heures à la partie adverse. A cette date, quatre offres ont été reçues. Elles furent examinées par les services de la partie adverse qui établirent un rapport d'analyse des offres le 16 février 2016.

Selon la conclusion de ce rapport, les soumissionnaires se classaient dans l'ordre suivant :

1. ONTEX : avec 90 points
2. SCA HYGIENE PRODUCT : avec 83,76 points
3. WM HOPITAL : avec 79,12 points
4. PAUL HARTMAN : avec 59,96 points

III. 4. Le 22 février 2016, le Conseil de l'action sociale de la partie adverse a décidé d'approuver le rapport d'analyse des offres du 16 février 2016, et d'attribuer le marché à la société anonyme ONTEX. Cette décision constitue l'acte attaqué.

III.5. Le 25 février 2016, la partie adverse a informé, par courriers recommandés et mail, les soumissionnaires dont l'offre n'avait pas été choisie.

Ces courriers sont ainsi rédigés :

" Nous avons le regret de vous informer que le Conseil de l'Action Sociale, en sa séance du 22 février 2016, a décidé de ne pas retenir l'offre que vous avez introduite dans le cadre du marché de fournitures repris sous rubrique.

Le motif de la non sélection de votre candidature est le suivant : en fonction des critères d'attribution fixés dans le cahier spécial des charges, vous n'avez pas remis l'offre régulière la plus avantageuse.

En application des articles 11 à 13 de la loi du 17 juin 2003 (sic) relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons qu'un délai de 15 jours calendrier vous est accordé pour introduire éventuellement un recours contre la décision motivée de la présente, et ce exclusivement dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat ou devant le juge judiciaire exclusivement selon la procédure de référé (sic).

Ce délai prend cours à partir du lendemain de la date d'envoi de la présente. En cas d'introduction d'un recours, nous vous invitons à nous en informer par écrit à l'expiration du délai susvisé et de préférence par fax (...) ou par mail (...).

Le même jour, la partie adverse a informé la société anonyme ONTEX de ce qu'elle avait été désignée comme adjudicataire du marché de fournitures litigieux et de ce que le marché est conclu pour une période d'une année prenant cours le 1^{er} mars 2016.

III. 6. A la suite de la réception de l'information du 25 février 2016, la requérante et la partie adverse ont entamé un échange de mails, à l'occasion duquel la partie adverse a décrit à l'attention de la requérante la manière dont elle avait mis en oeuvre le critère "prix".

IV. RECEVABILITE DE LA DEMANDE

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la "violation des articles 5 et 20 de la Loi du 15 juin 2006, des articles 58, 61 et 62 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, des principes de bonne administration, notamment la prudence et la motivation matérielle".

Après avoir rappelé le prescrit des dispositions contenues aux articles 5 et 20, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi qu'aux articles 58, § 1^{er}, 61 et 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, elle formule son moyen dans les termes suivants:

" (a) Fond du moyen

Selon la Décision Attaquée, article 1, les quatre soumissionnaires sont sélectionnés.

L'attribution du Marché à la Partie Intéressée implique que la Partie Intéressée est admissible à la procédure, c.-à-d. qu'elle ne se trouve pas dans les circonstances d'exclusion prévues dans les articles 61 et 62 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011.

Sur ce point, la Partie Adverse avait prévu, dans le Cahier des Charges, d'utiliser la technique de la déclaration sur l'honneur. L'article I.5 du Cahier des Charges (p. 4)

prescrit que le formulaire d'offre doit être accompagné d'une «déclaration sur l'honneur» attestant que le soumissionnaire:

- n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude ou le blanchiment de capitaux;
- n'est pas en état de faillite ou de liquidation;
- n'a pas fait l'aveu de sa faillite et n'a pas fait l'objet d'une procédure de liquidation, de réorganisation judiciaire;
- n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;
- est en règle quant aux paiements des cotisations de sécurité sociale;
- est en règle quant aux paiements de la TVA et de ses impôts;
- en matière professionnelle, n'a pas commis de faute grave;
- ne s'est pas rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant ces renseignements.

Cependant, rien ne montre que la Partie Adverse a en effet contrôlé la déclaration de la Partie Intéressée, avant de prendre la Décision Attaquée.

Conformément à la technique de la déclaration sur l'honneur, prévue dans l'article 61, §4, de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur est obligé de vérifier la déclaration avant la décision d'attribution.

Ni de la Décision Attaquée, ni du rapport d'adjudication, il paraît que la Partie Adverse a, en effet, contrôlé la déclaration déposée par la Partie Intéressée :

- la Décision Attaquée mentionne seulement la sélection de la Partie Intéressée, sans aucune information additionnelle;
- le rapport d'adjudication du 16 février 2016 mentionne seulement le fait qu'une déclaration sur l'honneur était présente dans l'offre.

La Partie Requérante est consciente de la jurisprudence de Votre Conseil disant que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mentionner en termes exprès que l'offre satisfait à la sélection qualitative et que ce constat peut être implicite (CE n° 213.602 du 31 mai 2011).

Dans les documents transmis à la Partie Requérante, il est nullement établi que la Partie Adverse a vérifié la déclaration sur l'honneur.

Cependant, comme le mentionne expressément le Rapport au Roi, la déclaration sur l'honneur n'est pas preuve du droit d'accès et il convient au pouvoir adjudicateur de vérifier la déclaration dans le chef du soumissionnaire choisi avant de passer au marché.

Aussi, l'article 61, § 4, in fine, est très clair et exige un contrôle avant l'attribution du Marché.

Alors, le dossier administratif devra montrer :

- (i) soit que l'offre de la Partie Intéressée était accompagnée de tous les documents pertinents afin de vérifier le droit d'accès, entre autres la déclaration de non faillite, l'extrait du registre pénal et l'attestation fiscale, soit que la Partie Adverse a en effet demandé à la Partie Intéressée de lui envoyer les pièces concernant le droit d'accès;
- (ii) que dans cette dernière hypothèse, la Partie Intéressée a transmis tous ces documents et que la Partie Adverse les a évalués; et
- (iii) tout ça avant ou à la séance du 22 février 2016 au plus tard, date à laquelle elle a pris la Décision Attaquée.

Si ceci n'est pas le cas, il n'y a pas de discussion que la Partie Adverse, en prenant la Décision Attaquée, n'a pas respecté les exigences des articles 5 et 20 de la Loi du

15 juin 2006, ainsi que les articles 58, 61 et 62 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011 et que le premier moyen est sérieux et fondé.

La Partie Requérante renvoie sur ce point à l'arrêt n° 232.068 du 20 août 2015 (considération n° 13) des chambres néerlandophones de Votre Conseil, dans lequel l'obligation dans le chef du pouvoir adjudicateur de vérifier la déclaration sur l'honneur est confirmée et dans lequel Votre Conseil estime que le dossier d'administration doit faire preuve de la vérification effective.

La Partie Requérante a intérêt au premier moyen.

Dans le contexte d'une protection préventive efficace dans la matière des marchés publics, un contrôle a priori, c.-à-d. avant la décision d'attribution, sur le point du droit d'accès est essentiel.

En effet, dans l'hypothèse où la Partie Adverse pourrait attendre jusqu'au bon de commande pour vérifier la déclaration sur l'honneur, les soumissionnaires non-choisis n'auront plus la possibilité d'opposer l'enquête du pouvoir adjudicateur au niveau du droit d'accès.

Si on permet, contrairement au texte clair de la Loi du 15 juin 2006 et de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, que la déclaration sur l'honneur n'est vérifiée qu'après la décision d'attribution, la compétence de contrôle (même s'il ne s'agit pas d'une compétence marginale) sera vidée de sa substance, étant donné qu'un pouvoir adjudicateur peut simplement attendre jusqu'après l'expiration du délai d'attente, ou même après une éventuelle procédure en suspension d'extrême urgence, pour s'exprimer sur le sujet du droit d'accès.

De plus, il est à souligner qu'il ne s'agit pas seulement d'un problème de forme. La vérification du droit d'accès demande de la Partie Adverse une enquête sérieuse et profonde des circonstances d'exclusion, tant substantielles que facultatives, et par conséquent, vont à la validité interne de la décision d'attribution.

Dans le cas présent, la Partie Adverse a, au moins implicitement, déclaré que la Partie Intéressée pourrait être sélectionnée, bien qu'il paraît du dossier administratif qu'elle n'a pas vérifié la déclaration sur l'honneur avant de prendre cette décision.

Par conséquent, la Partie Adverse a violé l'article 61, §4, de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011.

En plus, vu le fait que la déclaration sur l'honneur n'était pas vérifiée, il n'est plus certain que le Marché est attribué à un soumissionnaire qui ne se trouve pas dans une situation d'exclusion.

La Partie Adverse a donc violé les articles 5 et 20 de la Loi du 15 juin 2006 et les articles 58, 61 et 62 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011.

Finalement, un tel comportement n'est pas en concordance avec l'obligation de prudence, exigeant d'un pouvoir adjudicateur, avant la décision d'attribution, d'avoir contrôlé si le soumissionnaire préféré ne se trouve pas dans des circonstances d'exclusion. La Décision Attaquée, attribuant le Marché à la Partie Intéressée et, par conséquent, confirmant, au moins implicitement, que la vérification était faite, viole alors l'obligation de motivation matérielle, car elle est fondée sur des motifs fautifs, au moins pas vérifiés.

Par conséquent, le premier moyen est sérieux et fondé".

B. Note d'observations

Pour réfuter le moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " -10. La SA ONTEX a joint à son offre, en plus de la déclaration sur l'honneur dont la production était requise par le cahier spécial des charges (article I.5) l'ensemble des documents permettant de prouver qu'elle ne se trouve dans aucune des circonstances d'exclusion prévues par les articles 61 et 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

L'offre de la SA ONTEX est la pièce A confidentielle du dossier administratif. L'auditorat et le Conseil d'Etat pourront vérifier l'exactitude de l'affirmation ci-dessus.

Le premier moyen n'est pas sérieux".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 61 et 62 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont libellés comme suit :

- " Art. 61. § 1^{er}. Conformément à l'article 20 de la loi, est exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée dont le pouvoir adjudicateur a connaissance pour :
- 1° participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 324bis du Code pénal;
 - 2° corruption, telle que définie aux articles 246 et 250 du Code pénal;
 - 3° fraude au sens de l'article 1^{er} de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002;
 - 4° blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 5 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.
- Sous réserve de l'application de l'article 60, § 1^{er}, le pouvoir adjudicateur, en vue de l'application du présent paragraphe, demande aux candidats ou soumissionnaires de fournir les renseignements ou documents nécessaires. Lorsqu'il a des doutes sur la situation personnelle de ces candidats ou soumissionnaires, il peut s'adresser aux autorités compétentes belges ou étrangères pour obtenir les informations qu'il estime nécessaires à ce propos.
- Le pouvoir adjudicateur peut, pour des exigences impératives d'intérêt général, déroger à l'obligation d'exclusion de l'accès au marché visée au présent paragraphe.
- § 2. Conformément à l'article 20 de la loi, peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire :
- 1° qui est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;
 - 2° qui a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation, de réorganisation judiciaire ou de toute autre procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;
 - 3° qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;
 - 4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave;
 - 5° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale conformément aux dispositions de l'article 62;

6° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi, conformément aux dispositions de l'article 63;

7° qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant des renseignements exigibles en application du présent chapitre ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

§ 3. La preuve que le candidat ou le soumissionnaire ne se trouve pas dans un des cas cités au §§ 1^{er} et 2, peut être apportée par :

1° pour le § 1^{er} et le § 2, 1°, 2° ou 3° : un extrait du casier judiciaire ou un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance et dont il résulte que ces exigences sont satisfaites;

2° pour le § 2, 5° et 6° : une attestation délivrée par l'autorité compétente du pays concerné;

3° pour le § 2, 4° et 7° : tout moyen dont le pouvoir adjudicateur pourra justifier.

Lorsqu'un document ou attestation visé aux 1° et 2° de l'alinéa 1^{er} n'est pas délivré dans le pays concerné ou ne mentionne pas tous les cas visés au § 1^{er} et au § 2, 1°, 2° ou 3°, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou, dans les pays où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou de provenance.

§ 4. En cas de procédure ouverte, de procédure négociée directe avec publicité et de procédure négociée sans publicité, lorsque cette dernière procédure se déroule en une seule phase, le soumissionnaire, par le simple fait d'introduire l'offre, déclare implicitement sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux paragraphes 1^{er} et 2.

L'application obligatoire de la déclaration implicite sur l'honneur ne vaut que dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a accès gratuitement, par des moyens électroniques visés à l'article 60, § 1^{er}, aux renseignements ou documents relatifs aux cas d'exclusion sur lesquels porte la déclaration.

Pour les procédures mentionnées à l'alinéa 1^{er}, lorsque n'est pas remplie la condition de l'alinéa 2, mais aussi en cas de procédure restreinte, de dialogue compétitif, de procédure négociée avec publicité et de procédure négociée sans publicité, lorsque cette dernière procédure se déroule en plusieurs phases, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché que par le simple fait d'introduire la demande de participation ou l'offre, respectivement le candidat ou le soumissionnaire déclare implicitement sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux paragraphes 1^{er} et 2.

Sous réserve des dispositions de l'article 63, § 2, dernier alinéa, concernant la vérification du respect des obligations fiscales visées au § 2, 6°, le pouvoir adjudicateur, en application de la déclaration visée aux alinéas précédents, procède à la vérification de la situation, selon le cas :

1° des candidats entrant en considération pour la sélection, avant de prendre la décision de sélection;

2° du soumissionnaire susceptible d'être désigné adjudicataire, avant de prendre la décision d'attribution.

Art. 62. § 1^{er}. Sous réserve de l'application de l'article 60, § 1^{er}, le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujéti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs joint à sa demande de participation ou à son offre, selon le cas, une attestation de l'Office national de Sécurité sociale dont il résulte qu'il est en règle en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale.

L'attestation porte sur l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas.

Est en règle par rapport aux obligations susmentionnées, le candidat ou le soumissionnaire qui :

1° a transmis à l'Office national de Sécurité sociale toutes les déclarations requises jusque et y compris celles relatives au trimestre civil visé à l'alinéa précédent, et

2° n'a pas pour ces déclarations une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros, ou a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.

Toutefois, même si la dette en cotisations est supérieure à 3.000 euros, le candidat ou le soumissionnaire sera considéré comme étant en règle s'il établit, avant la décision de sélectionner les candidats ou d'attribuer le marché, selon le cas, qu'il possède, à la fin du trimestre civil visé à l'alinéa 2, à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1^o, de la loi ou d'une entreprise publique au sens de l'article 2, 2^o, de la loi, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal, à 3.000 euros près, à celui pour lequel il est en retard de paiement de cotisations.

§ 2. Le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel relevant d'un autre Etat membre de l'Union européenne et qui n'est pas visé au § 1^{er}, joint à sa demande de participation ou à son offre, selon le cas, une attestation délivrée par l'autorité compétente certifiant que, suivant compte arrêté au plus tard à la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas, il est en règle à cette date avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi.

§ 3. Lorsque le candidat ou le soumissionnaire emploie du personnel visé tant par le § 1^{er} que par le § 2, les dispositions des deux paragraphes sont applicables.

§ 4. La production des attestations visées aux §§ 1^{er} et 2 n'est pas requise lorsque le montant estimé du marché n'excède pas 30.000 euros. Le pouvoir adjudicateur s'enquiert dans ce cas de la situation du candidat ou du soumissionnaire afin de vérifier s'il est en règle par rapport aux obligations prévues au présent article.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire assujetti à la sécurité sociale des travailleurs indépendants afin de vérifier s'il est en règle avec ses obligations en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale.

§ 6. La production des attestations prévues aux paragraphes précédents lors du dépôt de l'offre n'est pas requise si elles avaient déjà été jointes à la demande de participation, pour autant qu'elles concernent la même période".

Pour satisfaire à l'obligation de vérification à laquelle elle était tenue en vertu de l'article 61, § 4, alinéa 4, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, la partie adverse devait notamment s'assurer de ce que le soumissionnaire susceptible d'être désigné, et qui avait joint à son offre la déclaration sur l'honneur visée au point I.5. du cahier spécial des charges, était en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale au moins jusqu'à l'avant-dernier trimestre civil écoulé avant la date limite de réception des offres.

En l'espèce, le délai de dépôt des offres expirait le 22 janvier 2016 à 16 heures. Les soumissionnaires devaient être en règle avec leurs obligations en matière de cotisations de sécurité sociale au moins jusqu'au troisième trimestre de l'année 2015, celui-ci inclus.

L'attestation de l'O.N.S.S. jointe à son offre par l'attributaire du marché ne portait que sur une période prenant fin au deuxième trimestre de l'année 2015. Si cette circonstance ne contraignait pas la partie adverse à exclure ce soumissionnaire sans l'avoir – le cas échéant – invité à produire une attestation conforme au prescrit de l'article 62, § 1^{er}, alinéa 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ou – si elle y avait accès – sans avoir recherché d'initiative les renseignements utiles, elle lui imposait toutefois de procéder aux investigations requises pour s'assurer de ce que ce soumissionnaire

était bien en règle avec ses obligations en la matière, conformément aux dispositions de cet article 62.

Ni l'acte attaqué, ni le dossier administratif ne contiennent d'éléments qui révéleraient que la partie adverse a procédé à ces investigations. Il s'ensuit, *prima facie*, que la décision attaquée n'a pas été adoptée dans le respect de l'obligation de vérification préalable édictée par l'article 61, § 4, alinéa 4, 2° précité.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux.

VI. SECOND MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, pris de la "violation de l'article 5 de la Loi du 15 juin 2006, de l'article 1.10 du Cahier des Charges, ainsi que les principes de transparence et de *patere legem quam ipse fecisti*". Elle le formule dans les termes suivants:

" 4.1.2.1 Dispositions législatives, réglementaires et contractuelles

L'article 107 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011 prévoit :

«En procédure négociée, le marché est attribué soit au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, soit au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur en tenant compte des critères d'attribution liés à l'objet du marché et permettant une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Dans ce dernier cas, lorsque le marché atteint le seuil fixé à l'article 32, le pouvoir adjudicateur précise dans les documents du marché la pondération relative de chaque critère d'attribution. Cette pondération peut éventuellement s'exprimer dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si, pour des raisons démontrables, une telle pondération s'avère impossible, les critères sont mentionnés par ordre décroissant d'importance.

L'alinéa précédent n'est pas applicable:

1° aux marchés de services visés à l'annexe II, B, de la loi;

2° aux différents cas de procédure négociée sans publicité pour lesquels seul un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut être consulté.

3° les marchés passés par procédure négociée sans publicité en application de l'article 26, § 1, 1°, a), de la loi;

4° pour autant qu'ils n'atteignent pas le seuil applicable de l'article 32, les marchés passés par procédure négociée sans publicité en application de l'article 26, § 1, 1°, c), et 3°, d) et e), de la loi.»

Ledit article n'est pas d'application en cas de procédure négociée sans publicité en application de l'article 26, § 1, 1°, a), de la loi, comme en l'espèce.

Cependant, l'article 107 est au moins indicatif quant à l'adjudication, vu que :

- l'article I.10 du Cahier des Charges prévoit l'adjudication à l'offre «la plus intéressante» ; et que
- selon la Décision Attaquée, ceci est à comprendre comme l'offre «économiquement la plus avantageuse».

Le principe que l'attribution d'un marché public doit être effectuée sur la base des critères objectifs, assurant le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, est prévu dans l'article 5 de la Loi du 15 juin 2006 (cité ci-avant).

Le principe de transparence au niveau des critères d'attribution implique que ces critères doivent être portés à la connaissance des soumissionnaires intéressés au moment de la préparation de leurs offres. Selon la Cour de Justice de l'Union européenne, ceci implique que "Afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et [...] leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres" (C.J.C.E., 24 novembre 2005, ATI EAC, C-331/04 ; C.J.U.E., 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06).

Le principe de «patere legem quam ipse fecisti» implique qu'un pouvoir adjudicateur est tenu, dans l'attribution du marché, d'appliquer les règles qu'il a stipulées lui-même dans le cahier des charges (voir e.a. CE n° 164.037 du 24 octobre 2006 ; CE n° 224.527 du 29 août 2013).

4.1.2.2 Exposé du moyen

(a) Introduction

Dans son deuxième moyen, la Partie Requérante critique l'évaluation des offres, notamment l'évaluation du critère d'attribution des prix, comme elle était faite par la Partie Adverse.

Cependant, avant d'exposer les branches en détails, la Partie Requérante remarque qu'elle est consciente que dans une procédure négociée sans publicité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour choisir l'offre économiquement la plus intéressante au regard des critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges (CE n° 185195, 7 juillet 2008).

Le pouvoir adjudicateur dispose dans le cadre de l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution d'un large pouvoir discrétionnaire auquel Votre Conseil ne peut se substituer, ni même en modifiant le classement des offres. Cela ne signifie toutefois pas que la décision du pouvoir adjudicateur peut se soustraire au contrôle de légalité de Votre Conseil. Par conséquent, il appartient à Votre Conseil de vérifier que l'évaluation s'est déroulée dans la prudence requise, repose sur des motifs exacts et pertinents, que les soumissionnaires ont été traités de manière égale et que l'autorité n'a pas dépassé les limites du raisonnable (Jurisprudence constante de Votre Conseil, voir e.a. CE n° 192.128, 1 avril 2009 ; CE n° 216.384, 21 novembre 2011 ; CE n° 212.234, 24 mars 2011).

De plus, aussi dans la procédure négociée sans publicité, le pouvoir adjudicateur est limité par les dispositions qu'il a lui-même prévu dans le cahier des charges.

La Partie Requérante est d'avis que, en espèce, l'évaluation des offres au niveau des prix, en effet, dépasse les limites du raisonnable et est contraire à ce que la Partie Adverse a prévu et annoncé dans le Cahier des Charges.

(b) Le rapport d'adjudication - l'évaluation par la Partie Adverse du critère «prix»

Il s'avère du rapport d'adjudication que la Partie Adverse a évalué les prix soumis comme suit :

«

SOUSSIONNAIRES	SCA HYGIENE PRODUCTS	WM HOPITAL	ONTEX	PAUL HARTMANN
Critères d'attribution (100 points)				
Prix (50 points)	38,76	49,12	50	39,96

La cotation est expliquée en détail par le tableau suivant :

«Critère d'attribution : prix : détails :

6% de A à E et 21% F et G

Règle de 3; Score offre = (prix de l'offre la plus basse/prix de l'offre) *poids du critère prix

SOUSSIONNAIRES	Prix unitaire		Prix avec nos chiffres		Calcul points
	HTVA	TVAC	HTVA	TVAC	
SCA HYGIENE PRODUCTS	14,42	16,37	25691,73	28021,34	11,18/14,42X50 = 38,76
	G.3 : lingettes pour toilette : 3,10 euro pour 48 pièces Chiffre CPAS : 49700 – chiffre Adjudicataire : 49680 : manque 203,10 $48 = 0,0645 \times 20 = 1,2916$ HTVA : $25690,44 + 1,2916 = 25691,73$ TVAC = $1,2916 \times 21\ 100 = 0,2712$ $28019,78 + 1,2916 + 0,2712 = 28021,34$				
WM HOPITAL			21468,82	23271,39	49,12
ONTEX			23457,45	25404,08	50
PAUL HARTMANN			23614,76	25668,97	39,96

Alors, il semble que la cotation pour le critère «prix» est sur base d'un «prix unitaire» identifié par la Partie Adverse, plutôt que sur base d'un prix total de l'offre.

La Partie Adverse a confirmé ladite interprétation à la Partie Requérante dans ces e-mails :

- du 8 mars 2016 (14h22), statuant que dans l'évaluation elle a pris en considération «le prix unitaire» pour le calcul; et
- du 8 mars 2016 (14h44), statuant que pour obtenir ledit prix unitaire, elle avait simplement additionné tous les montants unitaires.

En d'autres mots, la Partie Adverse semble avoir :

- évalué et coté le prix unitaire moyen introduit par les soumissionnaires pour les différents produits demandés; et
- avoir calculé ce prix unitaire moyen en additionnant tous les prix unitaires et en les divisant par le total des produits à offrir.

En d'autres mots, la Partie Adverse n'a pas évalué le prix global proposé par les soumissionnaires, ou «le prix de l'offre».

La Partie Requérante est d'opinion que cette méthode d'évaluation ne mène pas à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse et, de plus, est contradictoire à ce que la Partie Adverse avait prévu comme méthode d'évaluation dans le Cahier des Charges.

(c) Violation des dispositions et principes invoqués : méthode d'évaluation appliquée contradictoire aux dispositions du Cahier des Charges et de l'inventaire

Selon le Cahier des Charges, les soumissionnaires étaient tenus à compléter l'inventaire annexé au Cahier des Charges (p. 6, art. I.6 du Cahier des Charges).

L'inventaire, annexé au Cahier des Charges, ne mentionnait pas des quantités.

Il s'avère de l'article III.1 du Cahier des Charges (p. 12) que les soumissionnaires devaient compléter l'inventaire avec les quantités estimées et leurs prix. Le Cahier des Charges mentionnait une estimation indicative des quantités. Cependant, les soumissionnaires avaient le droit de modifier/compléter l'inventaire, en proposant des produits alternatifs, mais, en même temps, en adaptant les quantités estimées (p. 12, art. III.1 du Cahier des Charges).

Dans le formulaire d'offre, les soumissionnaires devaient s'engager au «montant total» de leur offre.

Selon l'inventaire, annexé au Cahier des Charges, ce «montant de l'offre» est déterminé par «les prix unitaires, les totaux partiels et le total global» et, par conséquent, aussi par les quantités complétées (inventaire, in fine).

Dans l'article I.10 du Cahier des Charges, la Partie Adverse a annoncé que le critère des prix sera évalué sur base de la règle de 3, à savoir :

« Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * poids du critère prix»

En d'autres mots, dans ledit article, la Partie Adverse a annoncé qu'elle évaluera le prix de l'offre, c.-à-d. le montant global, et pas le prix unitaire moyen.

Une évaluation comme retenue dans la Décision Attaquée et menant à l'attribution du Marché à la Partie Intéressée, viole alors les principes de transparence et de *patere legem quam ipse fecisti*.

L'évaluation retenue par la Partie Adverse n'est pas en concordance avec l'évaluation qu'elle a, raisonnablement, prévue dans le Cahier des Charges.

Comme la Partie Requérante a remarqué :

- la formule stipulée pour l'évaluation du critère «prix» ne mentionne pas la notion «prix unitaire», mais mentionne expressément le «prix de l'offre» ;
- le formulaire d'offre demande aussi aux soumissionnaires de remplir le «montant global» et pas de prix unitaires; et
- les déclarations prévues par la Partie Adverse dans l'inventaire, annexé au Cahier des Charges et à remplir par les soumissionnaires, font une distinction entre «les prix unitaires» et «le montant de l'offre» ou, en d'autres mots, le prix de l'offre.

Par conséquent, la Partie Requérante pourrait raisonnablement supposer que le montant global ou le prix total des offres serait évalué par la Partie Adverse.

La Décision Attaquée, par contre, contient l'évaluation d'un prix unitaire moyen et, par conséquent, viole les dispositions invoquées par la Partie Requérante.

La Partie Requérante remarque encore que l'argumentation de la Partie Adverse, expliquée dans son e-mail du 8 mars 2016 (14h22), ne peut pas convaincre. La Partie Adverse remarque :

- qu'il s'agit d'un marché à bordereau de prix; et

- que les quantités sont indiquées à titre indicatif;
- alors que, seul le prix unitaire permettra au pouvoir adjudicateur de comparer les offres sur la même base.

Cependant, Votre Conseil voudra confirmer que cette argumentation va à l'encontre des dispositions prévues dans le Cahier des Charges, et spécifiquement la méthode d'évaluation prescrite pour le critère «prix» faisant expressément mention d'une base de «prix de l'offre» et pas d'une base de «prix unitaire».

Par conséquent, même si on doit prendre en considération le fait qu'il s'agit d'un marché à bordereau de prix, le Cahier des Charges est au moins contradictoire en stipulant la méthode d'évaluation du critère 'prix' sur base du «prix de l'offre». Par conséquent, il y a une violation du principe de transparence, étant donné que, comme le démontre la Partie Requérante ci-dessous, la méthode d'évaluation est de nature d'influencer la manière de laquelle un soumissionnaire composera ses prix.

La Partie Requérante renvoie encore à l'arrêt n° 231.322 du 26 mai 2015 de Votre Conseil, chambres néerlandophones, dans lequel Votre Conseil a suspendu par extrême urgence une décision d'attribution dans des circonstances presque identiques qu'au cas présent, à savoir :

- un marché mis en concurrence par une procédure négociée sans publicité sur base de l'article 26, §1, 1°, a), de la Loi du 15 juin 2006 ;
- l'application d'un critère d'attribution de prix, dont le cahier des charges mentionnait seulement une évaluation d'un prix global ;
- une décision d'attribution, et alors une évaluation du critère «prix» au niveau des parties différentes du prix ou, en d'autres mots, au niveau des prix unitaires pour les différentes parties du marché, et ne plus au niveau du prix global de l'offre; et
- une évaluation menant à la situation où le prix global le plus bas (en espèce l'offre de WM Hôpital) ne reçut pas la cotation la plus haute pour le critère «prix».

Comme indiqué, Votre Conseil a conclu que dans ces circonstances il y a une violation du principe de transparence, ce qui est aussi le cas dans la cause en espèce.

Le deuxième moyen est sérieux et fondé.

(d) Violation des dispositions et principes invoqués : méthode d'évaluation ne menant pas à l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse

De plus, les critères d'attribution choisis par le pouvoir adjudicateur, aussi dans une procédure négociée sans publicité, doivent se cantonner à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ou, comme la Cour de Justice a considéré dans son arrêt n° 31/87 du 20 septembre 1988 :

«19. Si la deuxième alternative laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.»

Dans son arrêt n° 448/01 du 4 décembre 2003, la Cour a considéré que :

« Il en résulte que, dans le respect des prescriptions du droit communautaire, les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.»

Comme la Partie Requérante a déjà signalé à la Partie Adverse, l'évaluation qu'elle a retenue ne mène pas à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, car elle ignore complètement l'aspect de la quantité de consommation et alors les dépenses réelles dans le chef du pouvoir adjudicateur.

Comme la Partie Requérante explique dans son e-mail du 8 mars 2016 :

«il suffit que nous ou une autre société nous ayons pour deux ou trois articles demandés dans votre CSC un prix unitaire très bas, cela va diminuer le prix unitaire en faisant de total de tous ceux-ci. Ces articles à prix très bas peuvent être des produits fort peu utilisés au sein de votre institution.

Le prix unitaire est une chose, mais la consommation est plus importante, même si les quantités sont à titre indicatif, elles relèvent de vos consommations actuelles et donc de la réalité sur le terrain. Par conséquent c'est le montant total de l'offre qui reflète la perspective d'avenir du budget de l'institution.»

Cette réflexion se montre aussi dans le rapport d'adjudication.

Le soumissionnaire avec l'offre la plus basse au niveau global, c.-à-d. WM Hôpital (montant de € 21.468,82 HTVA), n'a pas reçu le maximum des points. Ce maximum est accordé à la Partie Intéressée, ayant un prix global plus haut (montant de € 23.457,45 HTVA), mais dont le prix unitaire moyen pour tous les articles demandés est plus bas que le prix du WM Hôpital.

Comme indiqué, ce prix unitaire moyen aboutit pourtant, sur base des quantités de consommation estimées, à un prix global plus haut dans le chef de la Partie Intéressée (€ 23.457,45 HTVA) que celui du WM Hôpital.

En d'autres mots, prendre en considération le prix unitaire moyen d'un soumissionnaire n'est pas de nature d'évaluer le prix que le pouvoir adjudicateur payera dans l'exécution du Marché.

Au moins, ceci n'était pas prévu dans le Cahier des Charges.

Alors, l'évaluation des offres par la Partie Adverse, et par conséquent la Décision Attaquée, viole l'article 1.10 du Cahier des Charges, le principe de transparence et le principe de *patere legem quam ipse fecisti*.

(e) Intérêt

La Partie Requérante a un intérêt au moyen.

Les griefs formulés dans le moyen conduisent, en effet, à ce que dans le cadre d'une nouvelle analyse et évaluation des offres, la Partie Requérante obtiendra une nouvelle chance de voir son offre classée première.

Les «prix de l'offre» mentionnés dans le rapport d'attribution et basés sur les quantités estimées par la Partie Adverse elle-même, montrent en tout cas que, prenant en compte les autres critères d'attribution et appliquant la règle de 3 aux prix totaux, l'offre de la Partie Requérante obtient, en total, la cotation la plus haute:

FIRME	OFFRE HTVA	POINTS	VAL TECHNQ	FORMATION	LIVRAISON	TOTAL
SCA	25691,73	41,78	25	15	5	86,78
WM	21468,82	50,00	15	10	5	80,00
ONTEX	23457,45	45,76	20	10	10	85,76
HARTMANN	23614,76	45,46	5	10	5	65,46

En d'autres mots, sur base d'une évaluation du critère «prix», comme annoncé dans le Cahier des Charges, l'offre de la Partie Requérante semble l'offre économiquement la plus avantageuse ou «l'offre la plus intéressante» selon l'article I.10 du Cahier des Charges.

Par conséquent, la Partie Requérante a intérêt au deuxième moyen".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen comme suit :

"-12. Le cahier spécial des charges (I.10) indique la manière dont le critère prix sera évalué, à savoir : Règle de 3 ; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * poids du critère prix.

Pour la requérante, l'application de la formule impliquait obligatoirement que la partie adverse prenne en considération le prix global des offres des soumissionnaires tels qu'ils résultaient du total de l'inventaire (Annexe A du cahier spécial des charges) complété en fonction des quantités indicatives indiquées dans les dispositions techniques (III) du cahier spécial des charges.

Or, la partie adverse n'a pas pris en considération le prix global des offres (c'est-à-dire les prix unitaires multipliés par les quantités indicatives), mais les prix unitaires offerts pour chacun des produits demandés. Cela ressort du rapport d'analyse des offres et est expliqué dans le mail du 8 mars 2016 de la partie adverse à la requérante :

Rapport d'analyse des offres :

«Critère d'attribution : prix : détails :

6% de A à E et 21% F et G

Règle de 3; Score offre = (prix de l'offre la plus basse/prix de l'offre)* poids du critère prix

SOUMISSIONNAIRES	Prix unitaire		Prix avec nos chiffres		Calcul points
	HTVA	TVAC	HTVA	TVAC	
SCA HYGIENE PRODUCTS	14,42	16,37	25691,73	28021,34	11,18/14,42X50 = 38,76
	G.3 : lingettes pour toilette : 3,10 euro pour 48 pièces Chiffre CPAS : 49700 – chiffre Adjudicataire : 49680 : manque 203,10 $48 = 0,0645 \times 20 = 1,2916$ HTVA : $25690,44 + 1,2916 = 25691,73$ TVAC = $1,2916 \times 21 \ 100 = 0,2712$ $28019,78 + 1,2916 + 0,2712 = 28021,34$				
WM HOPITAL	11,38	2,85	21468,82	23271,39	11,18/11,38X50 = 49,12
ONTEX	11,18	2,55	23457,45	25404,08	0
PAUL HARTMANN	13,99	5,91	23614,76	25668,97	11,18/13,99X50 = 39,96

»

Mail du 8 mars 2016 :

- " S'agissant d'un marché à bordereau de prix, nous avons pris le prix unitaire pour le calcul des critères puisque les quantités sont indiquées à titre indicatif.

Le prix du marché dépendra de la quantité réellement commandée.
Cette quantité ne peut être fixée à l'avance (décès, nouveaux résidents n'ayant pas besoin de matériel, hospitalisation).
Seul le prix unitaire nous permet de pouvoir comparer les offres de tous les soumissionnaires sur la même base.

La société ayant obtenu 50 points est la société ayant remis le prix unitaire le plus bas».

Selon la requérante, en ce faisant, la partie adverse a violé les principes de transparence et *patere legem quam ipse fecisti*.

-13. À l'appui de sa thèse, la requérante cite différents extraits du cahier spécial des charges qui démontreraient qu'elle a été induite en erreur sur les intentions de la partie adverse quant à la manière dont le critère prix serait évalué.

Force est, toutefois, de constater que des passages du cahier spécial des charges non cités par la requérante démontrent qu'elle n'a pas été/n'a pas pu être prise au dépourvu s'agissant de la manière de concevoir son offre de prix et que les principes dont la violation est alléguée n'ont pas été méconnus.

Il en va ainsi des passages suivants du cahier spécial des charges :

- Le second alinéa du point I.1 : «Les quantités mentionnées dans le présent cahier spécial des charges sont des quantités indicatives sachant que la Maison de repos et de soins est agréée pour 101 lits (15 lits «MR» et 86 lits «MRS» et actuellement 91 résidentes et 30 résidents)».
- Le point I.4 : «Le marché est un marché à bordereau de prix».
- Le dernier alinéa du point I.6 : «Les éventuelles réductions doivent toujours être décomptées du prix unitaire et ne sont pas indiquées séparément».
- Le dernier alinéa du point III.1 : «Le nombre de quantité estimé pour l'année 2015 a été repris dans chaque tableau de quantité estimée en pièces».

Il résulte de ce qui précède que la requérante savait exactement comment présenter son offre pour qu'elle soit économiquement la plus avantageuse compte tenu des critères d'attribution et notamment du critère prix puisqu'elle était informée que les quantités étaient présumées, fixées sur la base d'une année de référence 2015, qu'elle disposait du taux actuel d'occupation de la MRS et qu'elle était invitée à inclure ses éventuelles réductions dans ses prix unitaires.

Le premier volet de sa critique n'est, donc, pas sérieux.

-14. Afin de démontrer le sérieux de sa critique, la requérante cite également un arrêt du Conseil d'Etat du 26 mai 2015 (n° 231.322) qui aurait suspendu l'exécution d'une décision d'attribution «dans des circonstances presque identiques au cas présent».

Les faits de la cause ayant donné lieu à l'arrêt cité par la requérante ne sont, toutefois, pas aussi similaires à ceux de la présente affaire que la requérante l'affirme.

En effet, dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur avait annoncé que le critère prix vaudrait 50 points sans ventiler ces 50 points entre les différents éléments du prix des offres.

Ailleurs dans le cahier spécial des charges, la manière dont le prix se décomposait - ou, plutôt, ce qu'il devait inclure - était repris sous la forme d'un tableau.

Lors de l'appréciation du critère prix, le pouvoir adjudicateur a attribué un poids différent aux éléments du prix. Le poids des différents éléments du critère prix ne figuraient pas dans le cahier spécial des charges. La conséquence était non seulement que les offres auraient été classées différemment si les prix globaux avaient été pris en considération, mais aussi si des poids différents de ceux attribués par le pouvoir adjudicateur au stade de l'analyse des offres, avaient été attribués aux éléments du prix.

Ce que le Conseil d'Etat a sanctionné dans cette affaire, c'est le fait pour le pouvoir adjudicateur d'avoir ventilé et «pondéré» les différents éléments du critère prix sans avoir annoncé dans le cahier spécial des charges que le «prix» ne serait pas considéré dans son ensemble ou sa globalité, mais serait ventilé en différents éléments qui seraient «pondérés» de manière différente.

Dans la présente affaire, les choses ne se présentent pas de la même manière.

En effet, la partie adverse n'a pas décomposé le prix en différents éléments lors de l'évaluation du critère prix. Au terme du cahier spécial des charges, les soumissionnaires étaient invités à remettre un prix unitaire, incluant les éventuelles réductions concédées, pour chacune des fournitures faisant l'objet du marché. Lors de l'évaluation du critère prix, la partie adverse n'a pas arbitrairement attribué un poids différent aux différents éléments du prix. Elle a simplement additionné les prix unitaires.

La partie adverse a, donc, procédé comme annoncé dans le cahier spécial des charges. Elle n'a pas empêché les soumissionnaires de remettre une offre de prix en toute connaissance de cause.

Elle a appliqué la formule indiquée dans le cahier spécial des charges qui n'était pas : Règle de 3 ; Score offre = (prix de l'offre la plus basse sur la base des quantités indicatives/ prix de l'offre sur la base des quantités indicatives) * poids du critère prix.

Le parallèle fait par la requérante avec l'arrêt de Votre Conseil du 26 mai 2015, n° 231.322 n'est pas pertinent. Le second volet de sa critique n'est pas non plus sérieux.

-15. La requérante soutient également que son moyen serait sérieux pour le motif suivant figurant déjà dans son mail du 8 mars 2016 :

« (...) il suffit que nous ou une autre société nous ayons pour deux ou trois articles demandés dans votre CSC un prix unitaire très bas, cela va diminuer le prix unitaire en faisant le total de tous ceux-ci. Ces articles à pris très bas peuvent être des produits fort peu utilisés au sein de votre institution.

Le prix unitaire est une chose, mais la consommation est plus importante, même si les quantités sont à titre indicatif, elles relèvent de vos consommations actuelles et donc de la réalité sur le terrain. Par conséquent c'est le montant total de l'offre qui reflète la perspective d'avenir du budget de l'institution».

Cette critique/observation permettrait de démontrer que, contrairement à ce qu'a jugé la Cour de Justice dans ses arrêts n° 31/87 du 20 septembre 1988 et 448/01 du 4 décembre 2003 dont de très courts extraits sont cités dans la requête, la partie

adverse n'aurait pas évalué le critère prix de manière à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il n'en est rien.

En effet, le présent marché est un marché à bordereau de prix. Les quantités sont mentionnées à titre indicatif et l'attention des soumissionnaires est clairement attirée dans le cahier spécial des charges sur le fait que ces quantités sont susceptibles de modifications importantes en fonction de l'occupation de la maison de repos et de soin.

Il n'est, donc, pas exact que comme l'affirme la requérante une appréciation du critère prix sur la base du prix total de l'offre (prix unitaires x quantités indicatives), reflèterait la perspective d'avenir du budget de l'institution et permettrait, donc, d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse pour la partie adverse.

En outre, la requérante ne dit pas - et on ne voit pas ce qui l'autoriserait d'ailleurs à le dire -, qu'un pouvoir adjudicateur violerait automatiquement l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 s'il apprécie le critère prix en tenant compte des prix unitaires.

Pour ce motif également, le moyen n'est pas sérieux".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit :

- " Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.
Les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV".

Le marché litigieux est un marché à bordereau de prix, pour lequel les quantités mentionnées par les documents du marché ont été annoncées à titre indicatif, comme le cahier spécial des charges le relève expressément en son point I.1.

Par ailleurs, l'inventaire imposait aux soumissionnaires de mentionner, pour chaque produit, le prix total (partiel) résultant de la multiplication du prix unitaire par le nombre relatif à la quantité présumée. Ces soumissionnaires étaient également invités à mentionner le montant total (global) de l'offre, qu'ils ont reporté dans le formulaire d'offre pour répondre à l'invitation à faire figurer le "montant total annuel".

Dans le cadre de ce marché à bordereau de prix dont le présent recours conteste l'attribution, la référence tant aux quantités présumées qu'aux montants totaux (partiels et global) n'a de sens et d'utilité que pour déterminer le montant total de l'offre, lequel devait nécessairement correspondre au "prix de l'offre", premier

critère au regard duquel les offres devaient être comparées et évaluées. Les extraits du cahier spécial des charges cités au point 13 de la note d'observations n'étaient, *prima facie*, pas une interprétation contraire.

Dès lors qu'au regard de ces indications, les soumissionnaires devaient raisonnablement s'attendre à ce que leurs offres soient, pour ce qui concerne la mise en œuvre du critère "prix", comparées sur la base des montants totaux de celles-ci, la partie adverse a violé la règle de transparence inscrite à l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en adoptant une méthode de comparaison des offres fondée sur la moyenne des prix unitaires, qui ne pouvait passer pour prévisible et dont les effets sur le classement des offres risquaient, à l'évidence, de ne pas être neutres.

Il s'ensuit que le second moyen doit être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTÉRÊTS

La partie adverse n'a pas sollicité le bénéfice de la balance des intérêts et aucun élément n'a été révélé au cours des débats, qui inciterait à décider que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. INCIDENCE D'UNE SUSPENSION DE L'EXÉCUTION DE L'ACTE ATTAQUÉ

VIII. 1. Thèse de la partie adverse

S'agissant du délai d'attente qu'elle avait annoncé dans son courrier d'information adressé aux soumissionnaires, la partie adverse fait valoir ce qui suit:

"-7. On lit dans la requête (page 6) que :

«Moyennant une lettre recommandée du 25 février 2016, la Partie Requérante a été informée que le Marché ne lui est pas attribué.

Suivant la lettre, l'article 11 de la Loi du 17 juin 2013 est déclaré d'application. Alors, la Partie Requérante était accordée un délai de 15 jours pour introduire un recours en suspension d'extrême urgence devant Votre Conseil ».

Le courrier d'information du 25 février 2016 fait effectivement référence aux articles 11 à 13 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Cette mention est, toutefois, erronée. La partie adverse n'a jamais eu l'intention et encore moins décidé de rendre l'article 11 applicable au marché litigieux en exécution de l'article 30, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013.

On en veut pour preuve les éléments suivants :

- Le cahier spécial des charges ne prévoit pas qu'il sera fait application du délai d'attente de l'article 11 de la loi du 17 juin 2013. En page 3 du cahier spécial des charges, sous le titre «Dérogations, précisions et commentaires» faisant directement suite au titre «Réglementation en vigueur», il est mentionné «Néant». La partie adverse n'a, donc, clairement pas eu l'intention de faire application de l'article 30, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 au moment de lancer la procédure d'attribution.
 - Le Conseil de l'action sociale de la partie adverse n'a pas décidé, le 22 février 2016, de faire application du délai d'attente de l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 au présent marché. Rien de tel ne figure dans les visas ou de «décide» de la délibération du 22 février 2016 portant décision d'attribuer le marché litigieux.
 - Les signataires du courrier d'information du 25 février 2016 (le Président et le Directeur général de la partie adverse), ne sont pas «l'autorité adjudicatrice». Ils n'étaient pas compétents pour décider de rendre le délai d'attente de l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 applicable au marché litigieux.
 - Le 25 février 2016, le marché a été conclu avec la SA ONTEX. Il a été indiqué à cette dernière qu'il prenait cours le 1^{er} mars 2016.
- 8. La partie adverse a, ainsi, commis une erreur dans la formulation de son courrier d'information aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie. Elle n'a, par contre, pas décidé d'appliquer le délai d'attente de l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 au présent marché.

Parce qu'il peut y avoir confusion à ce propos, la partie adverse sollicite que Votre Conseil statue expressément sur la question du délai d'attente en disant pour droit, dans l'hypothèse où il suspendrait l'exécution du marché litigieux, que l'exécution du contrat conclu avec la SA ONTEX n'est pas suspendue en exécution de l'article 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse demande que le Conseil d'Etat dise pour droit "dans l'hypothèse où il suspendrait l'exécution du marché litigieux, que l'exécution du contrat conclu avec la SA ONTEX n'est pas suspendue en exécution de l'article 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013".

L'article 13, alinéa 1^{er} de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit:

- " La suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation de l'article 11".

Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de priver l'arrêt par lequel il ordonne la suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché de l'effet que l'article 13, alinéa 1^{er}, précité attache automatiquement et inconditionnellement à un tel arrêt dans le cas que vise cette disposition.

Par ailleurs, il n'appartient pas davantage au Conseil d'Etat de préjuger de ce que pourrait décider le juge judiciaire s'il devait être saisi d'une demande de déclaration d'absence d'effets du marché litigieux, introduite conformément à l'article 17 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Pour ces motifs, il n'y a pas lieu d'accéder à la demande de la partie adverse.

IX. CONFIDENTIALITE

La requérante dépose son offre à titre confidentiel.

Dans sa note d'observations, la partie adverse a souhaité garder la confidentialité des offres de la requérante et de la société anonyme ONTEX, qu'elle verse au dossier administratif. A l'audience du 6 avril 2016, elle a toutefois admis que cette confidentialité soit levée pour ce qui concerne les documents produits par la société anonyme ONTEX pour attester qu'elle n'est touchée par aucune cause d'exclusion. La confidentialité peut donc être levée à l'égard de ces seuls documents.

Dès lors que - pour le surplus de leur contenu- la divulgation de ces pièces présentées comme confidentielles dans les écrits de procédure n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de les maintenir provisoirement dans cet état.

X. INDEMNITE DE PROCEDURE

La requérante sollicite la condamnation de la partie adverse au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 6 avril 2016, la partie adverse n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la requérante.

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

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise par le Conseil de l'action sociale du centre public d'action sociale de Soignies d'attribuer le marché public "Fourniture de matériel d'incontinence" à la société ONTEX.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les offres des parties demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles à l'exception des pièces numérotées 13 à 19 de l'offre de la société ONTEX.

Article 5.

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 6.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordé à la partie requérante, à la charge de la partie adverse.

Article 7.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

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

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.