

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.864 du 21 décembre 2016

G./A.220.668/VI-20.899

En cause : **la société anonyme ETABLISSEMENTS HENNEAUX FRERES,**

ayant élu domicile chez
Me Daniel HENNEAUX, avocat,
rue des Sorbiers, n° 12,
6800 Libramont,

contre :

**l'Office Wallon de la Formation Professionnelle et
de l'Emploi, en abrégé le FOREM,**

ayant élu domicile chez
Mes François MOISES et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 8 novembre 2016, la société anonyme ETABLISSEMENTS HENNEAUX FRERES sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la Décision motivée d'attribution du Marché public de prestations de services de dépannages, interventions et maintenance en électricité de l'ensemble des sites du FOREM (DMP1400705) datée du 24 octobre 2016 et reçue le 25 octobre 2016".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 9 novembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 décembre 2016 à 10 heures.

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 Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me François FADEUX, *loco* Me Daniel HENNEAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me François MOISES, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, 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. L'Office wallon de la Formation Professionnelle et de l'Emploi, en abrégé le FOREM, lance, dans le courant du premier semestre 2016, une procédure d'adjudication ouverte pour des prestations de services de dépannages, interventions et maintenance en électricité de l'ensemble des sites du FOREM.

III. 2. Le marché se décompose en une série de lots allant de 1 à 8 en fonction des délimitations géographiques de chaque lot.

Les lots comportent chacun quatre postes libellés comme suit :

- poste 1 – Dépannages urgents : [...];
- poste 2 – Dépannages normaux : [...];
- poste 3 – Autres interventions : [...];
- poste 4 – Ristournes sur fournitures.

Les postes 1 et 3 sont eux-mêmes subdivisés en deux sous-postes, selon que le service est presté pendant ou en dehors des jours et heures ouvrables.

Les lots, postes et sous-postes peuvent être commandés séparément.

III. 3. L'article 5.5., "Critère et sous-critères d'attribution", du cahier spécial des charges n° DMP1400705 prévoit que le seul critère d'attribution applicable au marché

litigieux, est le prix taxe sur la valeur ajoutée comprise et procède par ailleurs à la ventilation de ce critère par poste et sous-poste.

Pour le poste 4, "Réduction sur catalogue", représentant 40 points sur 100, il est prévu que les réductions sont traduites en points de la manière suivante :

- " Les réductions remises pour les diverses marques (sous-postes 4.1 à 4.6) sont additionnées entre elles. Ensuite, la réduction totale est convertie en points sur base de la formule suivante :
- Par exemple : Ristourne du soumissionnaire = ristourne sous-poste 4.1 + ristourne sous-poste 4.2 + ristourne sous-poste 4.3 + ristourne sous-poste 4.4 + ristourne sous-poste 4.5 + ristourne sous-poste 4.6.
- Points obtenus = [Ristourne du soumissionnaire / Ristourne la plus élevée] x 40.
- Les points obtenus pour les différents sous-critères seront additionnés en vue de déterminer l'offre qui est la plus basse".

Les six marques retenues pour la mise en concurrence du poste 4 sont les suivantes en application de l'article 8.7 du cahier spécial des charges : Schneider – Niko – Legrand – Philips – Osram – Hager.

III. 4. Pour chacun des lots, le formulaire d'offre impose au soumissionnaire de remplir un tableau récapitulatif des prix qui se présente comme suit :

Lot [...]	
Poste 1 [...]	
Poste 2 [...]	
Poste 3 [...]	
Poste 4 : Ristournes sur fournitures	
Marque	Réduction en %
4.1 Schneider	
4.2 Niko	
4.3. Legrand	
4.4 Philips	
4.5 Osram	
4.6 Hager	

III. 5. La séance d'ouverture des offres a lieu le 21 juin 2016 et douze offres sont déposées.

L'offre de la requérante porte sur les lots 4 (Arlon) et 5 (Namur).

III. 6. Dans son inventaire joint à l'offre, la requérante présente ses ristournes pour les sous-postes du poste 4 en subdivisant chaque sous-poste, relatif à chacun des

six fournisseurs retenus dans le cahier spécial des charges, en deux ou trois sous-sous-postes de ristourne, en fonction de chacune des marques considérées et du type d'appareillages électriques concernés. Ainsi, dans le sous-poste 4.1- Schneider, deux ristournes sont ainsi proposées, à savoir : "Disjoncteur : 35 % - Modulaire : 15 %", et ainsi de suite. De même, deux ou trois ristournes, selon les cas, sont également proposées dans chacun des autres sous-postes de ce poste 4. La requérante a également formulé dans son inventaire la remarque suivante concernant ce poste 4: "Les ristournes sont variables dans ces marques suivant les différentes familles de produits (et suivant les différents grossistes)".

Sur les douze soumissionnaires qui ont déposé une offre, seule la requérante a cependant subdivisé les différents sous-postes du poste 4 de l'inventaire joint au cahier spécial des charges.

III. 7. La décision motivée d'attribution du marché, qui constitue l'acte attaqué, est prise le 24 octobre 2016 par l'Administratrice générale du FOREM. Il est fait état dans cette décision de ce que la requérante satisfait, à l'instar des autres soumissionnaires, à la procédure de sélection qualitative. Par contre, au point 8 de cette décision, intitulé "Examen de la régularité matérielle et formelle des offres et vérification des prix, il est fait mention de ce qui suit:

" Ets Henneaux Frères s.a.
NOK [l'offre ne satisfait pas au point évalué] : poste 4 des lots 4 et 5 : le soumissionnaire ajoute des subdivisions à chacun des sous-postes mentionnés dans le CSC. Ainsi, par exemple, au lieu de remettre une ristourne unique pour le matériel de marque Schneider, il opère une distinction en fonction du type de matériel (disjoncteur et modulaire), au sein du sous-poste concerné. On obtient ainsi deux pourcentages de réduction au sein d'un même sous-poste. Ce faisant, il est impossible de comparer son offre à celle des autres soumissionnaires.
[...]

Conclusions sur la régularité et la vérification des prix :
[...]

Les offres suivantes sont déclarées irrégulières :

- ETS HENNEAUX FRERES SA pour l'ensemble des lots (4 et 5);
- [...]"

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante fonde son premier moyen sur la violation "de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les

secteurs classiques, des articles 4,8°, et 8, § 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, et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, des principes généraux du droit administratif et plus particulièrement des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de comparaison effective des offres, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence".

Dans une première branche, la requérante conteste le fait que l'ajout de subdivisions dans le poste 4 réservé aux ristournes a pu avoir pour effet d'empêcher une correcte comparaison des offres adressées par les soumissionnaires et de rendre par conséquent son offre irrégulière. Après avoir rappelé l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, la requérante fait valoir à ce sujet l'argumentation suivante:

" [...] Sur le plan formel, l'offre de la SA. HENNEAUX respecte les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et respecte toutes les formalités des documents du marché public.

[...] Sur le plan matériel, l'offre de la SA HENNEAUX respecte les dispositions de l'arrêté susmentionné ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles.

L'offre ne mentionne en outre aucun prix anormal.

[...] En ce sens, parmi «les dispositions essentielles du marché, tels que le prix, les délais et les conditions techniques», il faut entendre «toutes celles qui pourraient avoir une incidence sur l'égalité des soumissionnaires et le classement des soumissions».

De même, la doctrine précise que : «il y a lieu de rappeler que, conformément à l'interprétation usuelle, toute dérogation aux prix, délais et spécifications techniques qui n'est pas considérée comme une dérogation essentielle, n'est pas constituée d'une irrégularité substantielle». (Rapport au Roi précédant l'arrêté royal de réparation du 7 février 2014, MB, 21 février 2014, p. 13992 e.s.).

Il est à douter que des subdivisions apportées à des sous-postes dérogent de manière essentielle au cahier spécial des charges sachant qu'au contraire elles apportent un surplus d'éclaircissements.

En ce sens, le Conseil d'Etat a déjà considéré que : «La non-production du détail d'un prix, même s'il n'était pas exigé sous peine de nullité ou d'irrégularité substantielle dès lors qu'il était important pour l'appréciation de l'offre, devait être considéré comme une irrégularité de l'offre» (C.E., n° 217.058, 26 avril 2012, Alpine-Energie), ce qui veut clairement dire qu'*a contrario*, détailler un prix rend l'offre régulière et non l'inverse.

[...] Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'aurait pas pu considérer l'offre comme étant affectée d'une irrégularité non substantielle sur le plan matériel sachant qu'elle respecte le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 de l'arrêté royal susmentionné ou des documents du marché.

[...] En l'espèce, on remarque que le cahier spécial des charges ne prévoit en ce qui concerne le poste 4 «ristournes» que la manière dont sont converties en points les réductions mentionnées.

Il n'est stipulé nulle part que le soumissionnaire ne peut, sous peine de nullité, apporter des précisions aux ristournes qu'il propose et clarifier en ce sens le tableau proposé dans le formulaire d'offre.

Au contraire même, et cela apparaît comme étant un élément essentiel, le cahier des charges prévoit expressément en page 16 du cahier spécial des charges la possibilité de détailler les remises obtenues par les divers marques :

«Les réductions remises pour les diverses marques (sous-postes 4.1 à 4.6) sont additionnées entre elles» (page 16 du cahier spécial des charges).

La requérante ne pouvait évidemment savoir qu'en clarifiant le montant des ristournes octroyées, son offre allait être jugée irrégulière, sans la mention préalable, claire et nette au sein du cahier spécial des charges de l'interdiction de détailler ses prix davantage.

Il eut été au surplus possible pour le pouvoir adjudicateur, le cas échéant et pour peu que cela ait été utile, de réaliser une moyenne du montant des ristournes proposées par la SA HENNEAUX afin d'obtenir un montant unique, ce qui n'a manifestement pas été fait.

On ne peut, en tout état de cause, sanctionner un soumissionnaire pour avoir proposé un éclaircissement de ses conditions financières d'intervention, dès l'instant où cela n'était nullement interdit par le cahier spécial des charges lequel, bien au contraire, invitait les soumissionnaires à établir des sous-postes en fonction des divers marques !

[...] Manifestement, l'offre émise par la requérante était tout à fait régulière sachant qu'elle n'a contrevenu à aucune disposition ni de la législation y relative ni des documents du marché.

Partant, le Premier moyen, en sa première branche, est fondé".

Dans une seconde branche, la requérante considère que la motivation formelle sur laquelle repose la décision de déclarer son offre irrégulière est manifestement laconique, car il s'agit d'une motivation "qui s'éloigne des exigences prévue par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services". Elle justifie comme suit sa position:

" [...] Il incombe au pouvoir adjudicateur de démontrer l'impossibilité de comparaison de l'offre qui lui est soumise.

En espèce, en précisant seulement que des détails supplémentaires font obstacle à une comparabilité parfaite, le pouvoir adjudicateur échoue à l'exercice de la motivation adéquate et proportionnée.

L'invocation *in abstracto* d'une impossibilité de comparaison ne peut suffire à conclure à l'irrégularité d'une offre.

L'impossibilité de comparaison doit être clairement déterminée et ne peut être vague, imprécise ou incohérente.

Un minimum de développement au sein de cette motivation eut été nécessaire pour faire ressortir l'importance que soit mentionné dans l'offre uniquement un prix globalisé pour les ristournes et non son détail (C.E. 6^{ème} ch. n° 218.520 et n° 218.521, 16 mars 2012, Wolter et autres).

Le FOREM a apprécié manifestement de manière fantaisiste l'irrégularité de l'offre qu'il a entendu écarter sans prendre en compte son obligation de minutie et de proportion.

[...] Au surplus, il revient au Conseil d'Etat de contrôler la motivation de la décision concluant à l'irrégularité.

On remarquera par analogie au cas d'espèce qu'a déjà été jugé que : «la seule affirmation que l'offre ne satisfait pas aux exigences financières économiques minimales fixées par le cahier spécial des charges, d'autant que le cahier spécial des charges n'apportait aucune précision à cet égard, n'est pas pertinente» (C.E., n° 210.164, 29 décembre 2010, SPRL SHS Computer).

[...] *In casu*, il est un fait que conclure à l'irrégularité d'une offre sur base d'une motivation aussi légère est constitutive d'une erreur d'appréciation majeure du pouvoir adjudicateur laquelle viole manifestement l'égalité entre les soumissionnaires.

En ce sens, le Forem aurait pu solliciter de la part de la SA HENNEAUX un surplus d'informations et de clarifications quant aux raisons et à la nécessité d'avoir ajouté des subdivisions à chacun des sous-postes mentionnés dans le cahier spécial des charges sachant qu'il incombe au pouvoir adjudicateur d'exercer son pouvoir d'appréciation avec circonspection et de vérifier dans le respect de son devoir de minutie les éléments qu'il prend en compte, ce qui n'a manifestement pas été fait.

Partant, le premier moyen, en sa seconde branche, est fondé".

B. Thèse de la partie adverse

S'agissant de la première branche, la partie adverse fait valoir qu'il ressort clairement tant du cahier spécial des charges que de l'inventaire qui a été joint au formulaire d'offre que le poste 4, "Ristournes sur fournitures", ne permettait aux soumissionnaires que de proposer un pourcentage de ristourne par marque concernée (six marques) et non pas plusieurs ristournes pour chacune de ces marques. Elle observe également que le cahier spécial des charges ne prévoit en aucun cas la possibilité pour les soumissionnaires de subdiviser les sous-postes visés à l'inventaire et que l'extrait du cahier spécial des charges cité par la requérante a une toute autre signification lorsqu'il est lu, dans son intégralité, quant aux précisions concernant le poste 4. Il est, en effet, indiqué, s'agissant de la méthode d'analyse et de cotation des offres, que la ristourne proposée pour chaque marque est additionnée à chaque ristourne proposée pour les autres marques, avec cette conséquence qu'en aucun cas, cela ne permet aux soumissionnaires de diviser d'initiative les sous-postes tels que conçus et libellés par le pouvoir adjudicateur. Elle ajoute que la requérante s'en rend

parfaitement compte lorsqu'elle prétend dans sa requête que le pouvoir adjudicateur aurait pu faire lui-même la moyenne des divers pourcentages de remise offerts pour chaque marque. A suivre à cet égard la logique développée par la requérante, à savoir la soi-disant possibilité donnée par le cahier spécial des charges de subdiviser les sous-postes sur la base de la simple phrase ciblée par la requérante, celle-ci ne parlerait pas de moyenne mais d'addition.

Après avoir observé que la requérante n'a donc pas respecté le cahier spécial des charges en modifiant les postes tels que prévus par le pouvoir adjudicateur, la partie adverse précise qu'il n'appartient cependant pas au pouvoir adjudicateur, confronté à une telle modification des postes, de préjuger de l'intention du soumissionnaire pour pallier le non-respect du cahier spécial des charges. En effet:

- " • Dans sa requête, la partie requérante évoque la possibilité de réaliser une moyenne des pourcentage offerts pour chaque marque.
Par exemple : Lot 4 – marque Schneider : $35 \% + 15 \% = 50 \% \rightarrow$ moyenne = 25 %.
- Toutefois, la requérante évoque aussi la page 16 du cahier spécial des charges en ce que celle-ci précise que les réductions proposées sont additionnées entre elles.
La requérante indique que cela lui permettait de proposer plusieurs pourcentages pour une seule marque.
Par exemple : Lot 4 – marque Schneider : $35 \% + 15 \% = 50 \%$ (A noter que, pour le lot 4, poste 4.5 «Osram», les réductions proposées par la requérante dans ses subdivisions du sous-poste, aboutissent, additionnées, à une réduction de 110%...).
- Par ailleurs, l'intention du soumissionnaire pouvait également être basée sur une toute autre répartition des remises au sein d'une même marque.
Par exemple :
Lot 4 – marque Schneider :
disjoncteur = 75 % des fournitures avec remise 35 %
modulaire = 25 % des fournitures avec remise 15 %
 $\rightarrow$ «moyenne» = 43,86 %.

Les possibilités sont multiples et il appartenait au soumissionnaire, dans son offre, d'opter pour l'une d'elles en ne proposant qu'un seul pourcentage de ristourne par marque, comme demandé.

Le pouvoir adjudicateur, face à ces pourcentages multiples, pouvant être comptabilisés de multiples manières (voyez les exemples ci-dessus), était sans conteste dans l'impossibilité de comparer l'offre de la requérante avec les offres des autres soumissionnaires.

Quel pourcentage devait être comparé (25 % ? 50 % ? 43,86 % ? selon les exemples repris ci-dessus) ? (De la même manière, quid dans le cadre de l'exécution ?).

La requérante n'a à cet égard aucun droit à être interrogée par le pouvoir adjudicateur afin d'être autorisée par ce biais à, selon ses termes, «apporter un surplus d'informations et de clarification quant aux raisons et à la nécessité d'avoir ajouté des subdivisions à chacun des sous-postes mentionnés dans le cahier spécial des charges» [...].

Etre interrogée sur ses motivations, comme la requérante l'indique, n'aurait d'ailleurs pas entraîné la régularisation de son offre et modifié l'analyse du pouvoir

adjudicateur : toute modification des offres étant interdites, le fait de préciser certains coûts figurant dans l'offre n'a pas pour effet de rendre régulière une offre irrégulière (CE 210.422 du 14.01.11; CE n° 213.602 du 31.05.11).

En tout état de cause, l'article 96 § 4 de l'AR du 15.07.11 (non visé au moyen) n'ouvre qu'une possibilité au pouvoir adjudicateur, laquelle doit par ailleurs être interprétée de manière très stricte au regard du principe de l'intangibilité des offres et du principe d'égalité des soumissionnaires.

Ainsi, le but d'une prise de contact avec le soumissionnaire consiste à lever un doute quant à l'existence éventuelle d'une irrégularité affectant l'offre, cette prise de contact ne pouvant en aucun cas mener à couvrir une irrégularité (voy. B. Lombaert et csrts, «La passation des marchés publics dans les secteurs classiques – Commentaire article par article de l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011», Kluwer 2014, p.523, citant CE, arrêts n° 161.569 du 31.07.03, 202.260 du 23.03.10 et n° 208.494 du 28.10.10).

En l'espèce,

- L'irrégularité de l'offre, en ce qu'elle ne respecte pas le poste défini par le pouvoir adjudicateur et empêche la comparaison des offres, est flagrante au premier examen de l'offre et ne nécessite nullement une quelconque «clarification»;
- Au contraire, interroger le soumissionnaire ne pourrait avoir pour conséquence qu'une modification de l'offre par la «fusion» des deux pourcentages de remises offerts pour chaque marque en un seul. Une telle modification, régularisant l'offre *a posteriori*, est interdite.

Rien ne permettrait d'ailleurs d'être certain que la requérante, interrogée après ouverture de son offre, proposerait à cette occasion un pourcentage unique relevant de son intention initiale.

Il est opportun de rappeler que l'article 1.5 du cahier spécial des charges permettait aux soumissionnaires potentiels de demander des renseignements complémentaires au plus tard 15 jours ouvrables avant la date limite de réception des offres. La requérante pouvait donc en temps utile contacter le FOREM pour aborder la question des ristournes.

C'est donc à bon droit et sans commettre d'erreur manifeste, que le pouvoir adjudicateur a constaté l'irrégularité de l'offre de la requérante et relevé que cette irrégularité empêchait la comparaison effective de l'offre avec celles des autres soumissionnaires".

Par ailleurs, après avoir rappelé le contenu de l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 de même que la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la portée de cette disposition, la partie adverse fait valoir que toute irrégularité qui empêche la comparaison effective des offres est une irrégularité substantielle entraînant la nullité de l'offre qui en est affectée, comme c'est le cas en l'espèce.

Elle observe de même que la règle mise en place par l'article 80 du même arrêté royal rend le soumissionnaire entièrement responsable de la conformité des documents utilisés au formulaire figurant dans les documents du marché. Celui-ci doit donc être vigilant et s'assurer que les documents utilisés ne contiennent pas de

mention en plus ou en moins qui pourraient affecter l'offre d'une irrégularité substantielle, entachant celle-ci de nullité absolue.

Enfin, la partie adverse fait valoir que:

" pour déterminer le caractère substantiel ou non d'une irrégularité dans les documents utilisés, le pouvoir adjudicateur aura égard aux indications développées dans la jurisprudence du Conseil d'Etat à propos de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

En substance, le pouvoir adjudicateur doit examiner *in concreto* si la non-conformité observée dans le formulaire utilisé est de nature à créer un doute quant à l'engagement du soumissionnaire ou à compromettre le respect du principe d'égalité des soumissionnaires ou la comparabilité des offres. Dans l'affirmative, le pouvoir adjudicateur devra considérer que l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle et l'écarter.

Il en va ainsi en ce qui concerne le formulaire relatif au métré récapitulatif du marché. Si le métré récapitulatif établi par le soumissionnaire s'écarte singulièrement du modèle joint au cahier spécial des charges (la description des postes est différente, l'unité de mesure d'un ou de plusieurs postes a disparu, ...) le pouvoir adjudicateur doit considérer que la comparabilité des offres est compromise et partant écarter l'offre du soumissionnaire concerné du chef d'irrégularité substantielle [...].

Ce qui touche au prix étant considéré comme essentiel, le soumissionnaire doit faire preuve de prudence dans l'établissement du métré récapitulatif [...].

Une offre est en règle nulle si le soumissionnaire prend l'initiative de transformer les quantités présumées exprimées dans le métré en quantité forfaitaire ou inversement [...].

De même que le métré, l'inventaire est un documentaire fondamental de la soumission dans la mesure où il a trait au prix proposé par le soumissionnaire qui, indépendamment du mode de passation choisi constitue toujours en principe un critère d'attribution déterminant pour désigner le soumissionnaire qui se verra attribuer le marché.

Ce qui touche au prix étant considéré comme essentiel, le soumissionnaire doit faire preuve de prudence dans l'établissement de l'inventaire.

L'adaptation par un soumissionnaire des postes d'un inventaire a dans différents cas été considérée comme une irrégularité de nature à entraîner l'éviction de ce soumissionnaire [...]."

La partie adverse déduit des considérations qui précèdent que la première branche du moyen est dépourvue de sérieux.

S'agissant de la seconde branche, la partie adverse considère qu'il ressort à suffisance de la décision attaquée qu'elle a constaté, d'une part, que l'offre de la requérante ne répond pas au libellé du poste 4 tel que l'a défini le cahier spécial des charges, en ce que la requérante a d'initiative subdivisé les sous-postes, sans que de telles subdivisions soient prévues et, d'autre part, que cela rend impossible la

comparaison avec les autres offres. Elle en conclut que la motivation est, en l'espèce, suffisante, pertinente et adéquate, qu'il ne peut être requis du pouvoir adjudicateur que, face aux professionnels que sont les soumissionnaires, il doive préciser, en outre, que des postes dont le contenu est distinct ne sauraient être comparés entre eux et que la seconde branche du moyen n'est, dès lors, pas non plus sérieuse.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit:

- " § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.
- § 2. Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54 § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.
- Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnés à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.
- § 3. Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.
- Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.
- § 4. L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.
- En cas d'irrégularité non-substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière".

En l'espèce, il convient d'attirer l'attention sur les dispositions suivantes du cahier spécial des charges. L'article 1.2.2 de ce cahier précise que les variantes libres ne sont pas autorisées dans le cadre du présent marché. Dans l'article 5.3 du même cahier spécial des charges, il est expressément indiqué que "[t]oute offre qui dérogerait aux prescriptions essentielles des documents du marché tant sur le plan formel que sur le plan matériel (non-respect des délais, fausses déclarations, etc.) sera considérée comme non régulière et sera écartée. De la combinaison entre l'article 5.5, "Critères et sous critères", du cahier spécial des charges et du tableau récapitulatif des prix annexé au formulaire d'offre, il apparaît par ailleurs clairement que le poste 4 "Ristournes sur fournitures" ne comprend, par lot, que six sous-postes, à savoir un par marque y renseignée, et qu'aucun de ces sous-postes ne comprend de subdivisions.

Enfin, l'explication suivante est donnée à l'article 5.5 du cahier spécial des charges au sujet du poste 4:

- " Pour le poste 4 concernant les ristournes sur fournitures, les réductions sont traduites en points de la manière suivante:
Les réductions remises pour les diverses marques (sous-poste 4.1 à 4.6) sont additionnées entre elles. Ensuite, la réduction totale est convertie en points sur base de la formule suivante:
Par exemple: Ristourne du soumissionnaire = ristourne sous-poste 4.1 + ristourne sous-poste 4.2 + ristourne sous-poste 4.3 + ristourne sous-poste 4.4 + ristourne sous-poste 4.4 [lire:5] + ristourne sous-poste 4.6.
Points obtenus = [Ristourne du soumissionnaire / Ristourne la plus élevée] x 40".

A la lecture de ces dispositions, il ressort clairement que l'intention de la partie adverse a bien été qu'une seule ristourne soit proposée par marque reprise dans chacun des six sous-postes du poste 4, quitte à ce que les soumissionnaires procèdent eux-mêmes à une moyenne par marque des diverses ristournes qu'ils pouvaient espérer en fonction tant du type de matériel concerné que de la quantité de chaque matériel à commander.

Il ressort également de la comparaison de la manière dont le poste 4 a été rempli par sous-poste que tous les soumissionnaires, à l'exception de la requérante, n'ont mentionné qu'une seule ristourne par marque et, donc, qu'un seul chiffre dans chacun des sous-postes du poste 4. Par contre, la requérante, pour le poste 4 des lots 4 et 5, a mentionné deux ou trois montants de réduction par marque et, pour ce faire, elle a été contrainte de déroger quelque peu au tableau récapitulatif des prix annexé au formulaire d'offre et d'ajouter par ailleurs une note explicative de la manière dont elle a proposé ses diverses ristournes. C'est ce qui a précisément amené la partie adverse à considérer, au cours de l'examen de la régularité matérielle et formelle des offres, que l'offre de la requérante n'est pas conforme au point "Formulaire d'offre (Présent – conforme au modèle annexé – correctement complété)", l'indication d'au moins deux pourcentages de réduction au sein d'un même sous-poste du poste 4 rendant impossible la comparaison de l'offre de la requérante avec celle des autres soumissionnaires.

Il ressort de même tant des avis de marché (point IV.2.1) que des articles 5.4 et 5.5 du cahier spécial des charges que le seul critère d'attribution du marché est celui du "prix le plus bas" par lot à attribuer.

Dans ces conditions, l'on n'aperçoit pas *prima facie* en quoi la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation et violé son obligation de motivation matérielle en considérant qu'une telle dérogation aux documents du marché constitue bien une irrégularité substantielle, soit par nature, soit parce que

considérée comme telle par le pouvoir adjudicateur, du fait que cette irrégularité porte, en effet, sur le seul critère d'attribution du marché, à savoir le prix le plus bas proposé par les offres retenues comme régulières, et empêche effectivement le pouvoir adjudicateur de procéder à la comparaison de l'offre de la requérante par rapport aux autres offres déposées.

L'argument de la requérante selon laquelle la partie adverse aurait dû d'elle-même procéder à l'établissement d'une moyenne des diverses ristournes qu'elle a proposées par marque ne peut être retenu, dès lors que, comme l'affirme la partie adverse, il ne lui incombait tout d'abord pas de procéder à une telle démarche et, ensuite, plusieurs méthodes auraient pu être appliquées pour calculer cette moyenne, avec la conséquence que celle des méthodes retenue aurait pu être critiquée par la requérante si cela n'avait pas été à son avantage.

Par ailleurs, il a été fait expressément état dans l'article 1.5 du cahier spécial des charges de ce qui suit:

- " Outre son devoir d'informer le pouvoir adjudicateur de toute erreur ou omission rendant impossible l'établissement de son offre ou inopérante la comparaison des offres, tout soumissionnaire peut adresser au pouvoir adjudicateur toute demande de renseignements ou d'explications complémentaires sur le contenu du présent cahier spécial des charges.

[...]

Les demandes de renseignements ou d'explications complémentaires relatives au cahier spécial des charges doivent être adressées au plus tard le 15^{ème} jour ouvrable avant la date limite de réception des offres.

En conséquence de ce qui précède, tout soumissionnaire est donc censé avoir une connaissance complète de toutes les particularités, difficultés et suggestions, quelles qu'elles soient, qui pourraient se présenter au cours de l'exécution du marché".

Il s'ensuit que si la requérante avait un doute quant à la manière de calculer ses ristournes par marque, doute qui ressort *prima facie* clairement de la manière particulière dont elle a présenté son offre, il lui appartenait de s'en informer auprès de la partie adverse avant même de déposer son offre. Quant au reproche formulé à l'encontre de la partie adverse du fait que cette dernière aurait dû préalablement inviter la requérante à s'expliquer avant même de déclarer son offre irrégulière, la partie adverse peut être *prima facie* également suivie lorsqu'elle fait valoir qu'une éventuelle invitation adressée à la requérante de s'expliquer sur ce point et, le cas échéant, de modifier son offre, aurait pu, à son tour, être critiquée par les autres soumissionnaires, du fait même que ces derniers auraient raisonnablement pu considérer que cette façon de procéder revenait à admettre une modification de l'offre de la requérante après la date ultime de dépôt des offres, ce qui n'est effectivement pas autorisé par l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des

marchés publics dans les secteurs classiques. Le reproche ainsi formulé ne peut en conséquence pas être *prima facie* retenu.

Quant à l'affirmation de la requérante selon laquelle la motivation formelle de la décision attaquée ne répondrait pas aux exigences prévues par 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, il résulte des considérations qui précèdent quant à l'absence de sérieux de la première branche du moyen que la partie adverse a, fût-ce de manière succincte, suffisamment répondu à son obligation de motivation formelle adéquate en indiquant dans la décision attaquée, d'une part, la raison pour laquelle il a été considéré que l'offre de la requérante n'est pas conforme à l'une des exigences des documents du marché et, d'autre part, que cette irrégularité est essentielle et rend l'offre irrégulière, du fait qu'elle rend impossible la comparaison de cette offre avec les autres offres déposées. L'adéquation de cette motivation formelle résulte par ailleurs à l'évidence de ce que les développements de la requête en suspension d'extrême urgence permettent de considérer que la requérante a bien compris la portée de cette motivation et a pu utilement présenter ses moyens de défense dans sa requête.

Il s'ensuit que, sur les deux branches réunies, le premier moyen de la requête doit être considéré comme n'étant pas sérieux.

Il n'y a, en conséquence, pas lieu d'examiner le second moyen de la requête, lequel repose sur le postulat - non avéré - que le premier moyen de la requête est sérieux et que l'offre de la requérante, devant être déclarée régulière, apparaît, au regard du second moyen de la requête, comme étant l'offre régulière qui présente le prix le plus bas, tant pour le lot n° 4 que pour le lot n° 5.

V. CONFIDENTIALITE

V. 1. Demandes des parties

La requérante sollicite la confidentialité de son offre.

La partie adverse demande également que la confidentialité soit maintenue pour l'ensemble des offres déposées.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Rien ne justifie qu'il ne soit pas donné suite aux demandes des parties. Il y a, en conséquence, lieu de maintenir la confidentialité tant de l'offre de la requérante

(pièce 3 de la requête) que de l'ensemble des offres déposées (pièces 7.1 à 7.12 du dossier administratif).

**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 (pièce n° 3 annexée à la requête et pièces 7.1 à 7.12 du dossier administratif) demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt et un décembre deux mille seize par :

M.	Jacques JAUMOTTE,	Président de chambre,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.