

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 240.728 du 15 février 2018

A.224.211/VI-21.164

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
PHARMACIE DE LA FOUGERAIE,**

ayant élu domicile chez
M^e Gaël TILMAN, avocat,
quai Marcellis 13
4020 Liège,

contre :

la ville de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat,
place de Jamblinne de Meux 41
1030 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 janvier 2018, la société privée à responsabilité limitée PHARMACIE DE LA FOUGERAIE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise à une date inconnue, communiquée par courrier daté du 22 décembre 2017 mais adressée par recommandé le 27 décembre 2017 et par mail le 28 décembre 2017, par la Ville de Bruxelles, de considérer l'offre de la requérante comme irrégulière ainsi que la décision prise à une date inconnue par la Ville de Bruxelles d'attribuer le marché public de fournitures à bordereau de prix ayant pour but la fourniture pendant 60 mois de médicaments et de produits parapharmaceutiques pour divers départements (cahier spécial des charges CDA/008115/NVR)".

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 janvier 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} février 2018 à 9 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

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'État ont été acquittés.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Gaël TILMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

La partie requérante expose comme suit les faits de la cause :

- " La partie adverse, ci-après la Ville de Bruxelles, a lancé un marché public de fournitures à bordereau de prix ayant pour but la fourniture pendant 60 mois de médicaments et de produits parapharmaceutiques pour divers départements (cahier spécial des charges CDA/008115/NVR).

Le mode de passation de ce marché était l'adjudication ouverte.

Les clauses administratives du cahier spécial des charges renseignaient que les textes suivants s'appliquaient au présent marché :

- La loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.
- 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.
- L'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
- L'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

Le cahier spécial des charges précisait que le marché est attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, tenant compte des critères d'attribution suivants et de leur pondération, tous les critères ayant trait au prix :

- Le montant total des articles de l'inventaire joint au cahier spécial des charges.
Pondération : 50;
- Le pourcentage de réduction sur les médicaments non remboursables.
Pondération : 25;
- Le pourcentage de réduction sur les médicaments remboursables.

Pondération : 25.

Pour le critère d'attribution «Montant total des articles de l'inventaire», le calcul du score se fait selon la formule : $50 \times Mb : Mco$.

Dans laquelle :

- «Mb» est le montant total des articles de l'inventaire de l'offre ayant le montant concerné le plus bas;
- «Mco» est le montant total des articles de l'inventaire de l'offre considérée.

Pour les articles dont les conditionnements/dimensions offerts diffèreraient des conditionnements/dimensions demandés dans l'inventaire, le prix total est calculé en fonction du volume demandé.

Pour les critères d'attribution «Pourcentage de réduction», le calcul du score se fait selon la formule : $25 \times Pco : Ph$.

Dans laquelle :

- «Pco» est le pourcentage de réduction de l'offre considérée;
- «Ph» est le pourcentage de réduction de l'offre avec le pourcentage de réduction le plus élevé.

En page 4 du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur a précisé, en ce qui concerne la détermination des prix :

«Le marché est à bordereau de prix.

Les quantités dans l'inventaire des produits parapharmaceutiques sont présumées. Elles ne constituent pas un engagement pris par le pouvoir adjudicateur. Les commandes cumulées peuvent être supérieures ou inférieures aux quantités mentionnées. Seules les livraisons réellement effectuées sont payées et ce aux prix unitaires de l'offre.

Les conditionnements et dimensions des articles offerts doivent être le plus proche possible des conditionnements et dimensions demandés dans l'inventaire.

Produits parapharmaceutiques hors inventaire

L'inventaire représente la partie la plus importante des besoins du pouvoir adjudicateur en parapharmacie.

Il y a inévitablement des produits parapharmaceutiques à commander qui ne se trouvent pas dans cet inventaire. Le pouvoir adjudicateur se réserve la faculté mais pas l'obligation de passer ces commandes auprès de l'adjudicataire. Aucune indemnité ne peut être demandée de ce chef par l'adjudicataire.

Le soumissionnaire complète sur le formulaire d'offre le pourcentage de réduction unique par marque de produits parapharmaceutiques qu'il accorde sur ses prix. Il est entendu que le prix remis dans l'inventaire prime sur le prix de son tarif».

La séance d'ouverture des offres était fixée au 1^{er} juin 2017.

En page 9, le cahier spécial des charges précisait enfin que, en ce qui concerne la régularité des offres :

Des conditions de vente qui dérogent aux clauses du cahier spécial des charges et dont le soumissionnaire ne déclare pas expressément qu'elles ne sont pas applicables au marché, peuvent conduire à l'irrégularité et à la nullité de l'offre.

Ceci vaut également si le soumissionnaire utilise dans son offre des documents standard où figurent au verso des conditions pareilles».

La Pharmacie de la Fougeraie, ci-après la requérante, a déposé une offre dans le cadre de ce marché.

Dans le cadre de cette offre, la Pharmacie de la Fougeraie :

«s'engage par la présente à exécuter le marché conformément aux conditions du cahier spécial des charges CDA/008115/NVR et :

- aux prix unitaires mentionnés dans l'inventaire ci-joint (produits parapharmaceutiques)

- accorde un pourcentage de réduction unique sur l'ensemble des prix officiels, édités par l'Association Pharmaceutique Belge, des médicaments non remboursables d'un prix public inférieur ou égal à 25,43 euros, TVA comprise, de : 25 %
- accorde un pourcentage de réduction unique sur l'ensemble des prix officiels, édités par l'Association Pharmaceutique Belge, des médicaments remboursables d'un prix de vente ex usine inférieur ou égal à 60,00 euros hors TVA de : 10 %
- accorde sur ses prix des produits parapharmaceutiques non repris dans l'inventaire ci-joint, un pourcentage de réduction unique par marque de (marques et pourcentage de réduction unique par marque) :
En fonction des marques et des quantités le pourcentage sera compris entre 10% et 30%. Nous consulter au cas par cas...».

Par courrier daté du 22 décembre 2017, mais adressé par courrier recommandé le 27 décembre 2017 et par mail le 28 décembre 2017, la Ville de Bruxelles a indiqué à la requérante ce qui suit :

«Conformément aux prescriptions de l'article 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, je vous informe que votre offre a été jugée irrégulière. Ci-après, vous trouverez les motifs de l'éviction, extraits de la décision motivée d'attribution du marché:

" Considérant que les offres des soumissionnaires sélectionnés ont été analysées; Considérant qu'il résulte de cette analyse que les offres des soumissionnaires suivants sont irrégulières :

- PHARMACIE DE LA FOUGERAIE SPRL, vu que ce soumissionnaire remet un pourcentage de réduction variable entre 10 % et 30 % en fonction des marques de produits parapharmaceutiques non repris dans l'inventaire et des quantités et à demander au cas par cas en fonction des marques, ce qui soumet la Ville au jugement du soumissionnaire quant aux prix à payer pour les produits parapharmaceutiques à commander en dehors de l'inventaire. Le cahier spécial des charges demande un pourcentage de réduction unique par marque de ces produits afin de fixer sans équivoque les conditions d'exécution du marché. De plus, les différences importantes entre les conditionnements/dimensions offerts et demandés de plusieurs articles, selon le tableau en annexe de la présente délibération pour en faire partie intégrante, sont de nature à obliger la Ville à commander des volumes sensiblement plus grands de ces articles qu'elle n'en a besoin lors de ses commandes. Ces différences font que l'offre ne peut être évaluée sur la base du critère d'attribution «Montant total des articles de l'inventaire», ni comparée aux autres offres sans rompre le principe du traitement égal des soumissionnaires vu que des articles livrés en plus grand conditionnement que demandé permettent en général un prix unitaire plus bas;"».

Cette décision et la décision annoncée d'attribution du marché à un autre soumissionnaire, sont les actes attaqués."

IV. Premier moyen

La requérante a déclaré à l'audience se désister du premier moyen. Il n'y a donc pas lieu de l'examiner.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la requérante

Le deuxième moyen de la requête est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 3, 23 et 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 95, 96 et 100 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de bonne administration, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du "principe d'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de transparence, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation et de la foi due aux actes".

En une première branche, la requérante relève que, selon les prescriptions du cahier spécial des charges régissant le marché, les soumissionnaires devaient mentionner sur le formulaire d'offre un pourcentage de réduction unique par marque de produits parapharmaceutiques non repris dans l'inventaire. Elle reconnaît certes que son offre indiquait : "En fonction des marques et des quantités, le pourcentage sera compris entre 10 % et 30 %. Nous consulter au cas par cas", mais elle considère que cette mention ne pouvait mener à un constat d'irrégularité de son offre étant donné que la réduction accordée pour les produits parapharmaceutiques hors inventaire ne figurait pas parmi les critères d'attribution.

Elle soutient également que le poste "produits parapharmaceutiques hors inventaire" ne faisait pas partie de l'objet du marché étant donné que le cahier spécial des charges ne prévoyait que la faculté – et non l'obligation – pour le pouvoir adjudicateur de passer commande de tels produits. Se référant à la définition du marché public figurant à l'article 3 de la loi précitée du 15 juin 2006, la requérante fait valoir qu'en tant qu'il portait sur les produits parapharmaceutiques hors inventaire, le marché lancé par la partie adverse ne pouvait être considéré comme un contrat à titre onéreux, faute d'obligation dans le chef de la partie adverse de commander ces produits auprès de l'adjudicataire. Elle en déduit que les mentions de l'offre relatives aux produits pharmaceutiques hors inventaire ne pouvaient entraîner l'irrégularité de celle-ci.

En une deuxième branche, la requérante soutient que l'acte attaqué contredirait les dispositions du cahier spécial des charges relatives au critère d'attribution "montant total des articles de l'inventaire" lorsqu'il déclare son offre irrégulière pour le motif que, pour certains produits, les conditionnements/dimensions offerts diffèrent de ceux qui sont demandés, ce qui, toujours selon l'acte attaqué, ne

permet pas d'évaluer son offre au regard du critère précité. Elle fait valoir que, dans son cahier spécial des charges, la partie adverse a elle-même prévu l'hypothèse de "conditionnements/dimensions" différents entre une offre et l'inventaire et qu'elle a prévu la formule qui serait utilisée pour pouvoir procéder à la cotation pour ce critère en pareille circonstance.

En une troisième branche, la requérante prétend que la partie adverse aurait rompu l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Elle soutient que le fait de proposer des produits dans un plus grand conditionnement que demandé, ce qui permettait d'offrir un prix unitaire plus bas, n'empêchait pas la partie adverse de comparer son offre à celles des autres soumissionnaires. Elle rappelle que le cahier spécial des charges envisage expressément l'hypothèse dans laquelle les conditionnements/dimensions offerts diffèrent des conditionnements/dimensions demandés dans l'inventaire et que la partie adverse aurait, de la sorte, implicitement mais certainement, autorisé les soumissionnaires à présenter les produits dans des conditionnements/dimensions différents de ceux demandés dans l'inventaire.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'acte attaqué, la partie adverse a déclaré irrégulière l'offre de la requérante aux motifs, d'une part, que celle-ci n'avait pas remis un pourcentage unique de réduction sur les produits parapharmaceutiques non repris dans l'inventaire et, d'autre part, que son offre contenait des différences importantes dans les conditionnements proposés par rapport à ceux mentionnés dans l'inventaire. En annexe à sa décision, la partie adverse dresse la liste des articles concernés par ces différences. Le premier motif est critiqué dans la première branche du moyen; le second motif l'est par les deuxième et troisième branches.

L'article 95, §§ 3 et 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, applicable en la présente espèce, dispose comme suit :

- " § 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."

Au sens de la disposition précitée, sont essentielles les dispositions des documents du marché expressément présentées comme telles ou celles qui le sont par nature, parce que leur méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres ou de modifier le classement de celles-ci.

A. Quant à la première branche

L'article 13, § 1^{er}, du cahier spécial des charges est relatif à la détermination des prix. Il y est énoncé que "l'inventaire représente la partie la plus importante des besoins du pouvoir adjudicateur en parapharmacie", qu'il "y a inévitablement des produits parapharmaceutiques à commander qui ne se trouvent pas dans cet inventaire" et que le pouvoir adjudicateur "se réserve la faculté mais pas l'obligation" de passer auprès de l'adjudicataire les commandes de produits parapharmaceutiques ne figurant pas dans l'inventaire, étant entendu qu'"aucune indemnité ne peut être demandée de ce chef par l'adjudicataire". Le dernier alinéa du même article dispose que le soumissionnaire "complète sur le formulaire d'offre le pourcentage de réduction unique par marque de produits parapharmaceutiques qu'il accorde sur ses prix" et que "le prix remis dans l'inventaire prime sur le prix de son tarif".

L'article 20 du cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

- " Pour les produits parapharmaceutiques hors inventaire, le pourcentage de réduction unique par marque accordé n'est pas révisé et reste fixe pendant toute la durée du marché".

Par ailleurs, le formulaire d'offre indique que le soumissionnaire :

- " S'engage par la présente à exécuter le marché conformément aux conditions du cahier spécial des charges [...] et :
- [...] ;
 - [...] ;
 - [...] ;
 - accorde sur ses prix des produits parapharmaceutiques non repris dans l'inventaire un pourcentage de réduction unique par marque de (marques et pourcentage de réduction unique par marque)".

C'est à tort que la requérante soutient qu'aucun contrat à titre onéreux ne serait conclu par la partie adverse en ce qui concerne les produits parapharmaceutiques hors inventaire. En soumissionnant pour ce marché, le soumissionnaire s'engage à fournir des produits hors inventaire moyennant une

réduction fixée dans son offre. Aussi incertaine soit-elle, la fourniture de produits parapharmaceutiques hors inventaire fait bien l'objet du marché en cause, tel que le définit le cahier spécial des charges.

L'offre de la requérante prévoit, pour les produits parapharmaceutiques, non un pourcentage fixe de réduction par marque, ainsi que le prescrit le cahier spécial des charges, mais un pourcentage variable compris entre 10 % et 30 %, "en fonction des marques et des quantités", qui sera fixé "au cas par cas". Il se déduit de la motivation de l'acte attaqué, qui souligne notamment que la ville serait ainsi soumise "au jugement du soumissionnaire quant au prix à payer pour les produits parapharmaceutiques à commander en dehors de l'inventaire", que la prise en considération d'une telle offre aurait pour effet de rompre le principe d'égalité entre les soumissionnaires au détriment de ceux qui, ayant respecté le prescrit du cahier spécial des charges, se sont engagés dès le dépôt de leur offre à un pourcentage de réduction unique. Le pouvoir adjudicateur a pu, pour ce motif, qui n'est pas critiqué dans le moyen, considérer que l'irrégularité en cause était substantielle. La circonstance, alléguée quant à elle dans le moyen, que le pourcentage de réduction sur les produits parapharmaceutiques ne fait pas l'objet d'un critère d'attribution et qu'il n'intervient donc pas dans la comparaison des offres, s'avère sans incidence sur le caractère essentiel de l'obligation de proposer un pourcentage unique.

En sa première branche, le moyen n'est pas sérieux.

B. Quant aux deuxième et troisième branches réunies

L'article 24 du cahier spécial des charges énonce ce qui suit:

- " Pour les articles dont les conditionnements/dimensions offerts différeraient des conditionnements demandés dans l'inventaire, le prix total est calculé en fonction du volume demandé."

Il est donc exact que, comme le soutient la requérante, le cahier spécial des charges n'exclut pas que l'offre propose des conditionnements ou des dimensions différant de ce qu'indique l'inventaire. S'il prévoit explicitement cette hypothèse, il en détermine toutefois les limites dès lors qu'en son article 13, § 1^{er}, alinéa 3, il dispose comme suit :

- " Les conditionnements et dimensions des articles offerts doivent être le plus proche possible des conditionnements et dimensions demandés dans l'inventaire".

La motivation de l'acte attaqué énonce que "les différences importantes entre les conditionnements/dimensions offerts et demandés [...] sont de nature à

obliger la ville à commander des volumes sensiblement plus grands de ces articles qu'elle n'en a besoin lors de ses commandes", ce qui implique notamment que l'offre de la requérante ne peut être comparée aux autres offres sans rompre le principe du traitement égal des soumissionnaires vu que des articles livrés en plus grand conditionnement que demandé permettent en général un prix unitaire plus bas.

Les deuxième et troisième branches du moyen font grief à l'acte attaqué de méconnaître le cahier spécial des charges en ce que celui-ci envisage expressément l'hypothèse de conditionnements et dimensions différents de ceux demandés dans l'inventaire. Cette critique omet toutefois de prendre en considération le fait que la motivation ne se limite pas à constater l'existence de différences entre l'offre et l'inventaire en ce qui concerne les articles en cause mais qu'elle souligne qu'il s'agit de différences "importantes". Dès lors que le cahier spécial des charges impose que les conditionnements et dimensions des articles soient "le plus proche possible" de ce qu'il prescrit et que la requérante ne formule aucune critique de la motivation en ce qu'elle souligne l'importance des différences, il y a lieu de considérer que les deuxième et troisième branches sont en défaut d'établir que c'est à tort que la partie adverse a considéré que l'offre de la requérante était irrégulière sur ce point.

La partie requérante ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle soutient que la partie adverse a rompu l'égalité de traitement entre les soumissionnaires en sanctionnant son offre d'irrégularité pour avoir usé de la faculté prévue par le cahier spécial des charges. L'irrégularité retenue par l'acte attaqué ne réside pas en ce que la requérante a usé de cette faculté, mais bien en ce qu'elle n'a pas, selon son auteur, respecté les limites que le cahier des charges assigne à cette faculté.

Le moyen n'est pas sérieux en ses deuxième et troisième branches.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Dans une note d'audience, la requérante soulève un moyen nouveau, libellé comme suit :

- " Sur le troisième moyen, qui est un moyen nouveau, pris de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en ses articles 5 et 24, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3, 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, notamment en ses articles 4 et 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses

articles 95 et 97, du cahier spécial des charge, des principes généraux du droit, et notamment du principe de bonne administration et du principe d'égalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation et de la foi due aux actes.

En ce que la partie adverse a, dans la décision prise par le Collège le 23 novembre 2017, décidé de "considérer que l'offre du soumissionnaire ANGOPHAR S.A. était régulière bien qu'elle présente des dérogations qui ne sont pas de nature à déclarer l'offre irrégulière, à savoir :

- l'absence d'offre pour les articles 1125-0100-0101 (pochette amovible pour sac d'intervention) et 1125-0100-0102 (système de compartimentage pour sac d'intervention) vu que ces articles se sont avérés ne plus être livrables séparément bien qu'ils soient toujours intégrés dans l'article 1125-0100-0001 (sac d'intervention) et ne représentent qu'une minime partie de l'inventaire du marché;
- l'absence de la preuve d'équivalence de l'article 1112-1500-0001 vu que l'article proposé est identifiable et effectivement équivalent."

Alors que

L'article 97, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 indique :

«Lorsque, pour un poste quelconque du métré récapitulatif ou de l'inventaire, un soumissionnaire n'a indiqué aucun prix, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en réparant l'omission par application de la formule suivante:

$$P = \frac{L \times Y}{X}$$

- soit P : le prix du poste pour lequel le soumissionnaire a omis d'indiquer le prix;
- soit L : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du prix, éventuellement rectifié par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 96 et au § 2 du présent article, porté pour ce poste par les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'en indiquer le prix dans leur métré récapitulatif ou inventaire;
- soit X : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du montant total du métré ou de l'inventaire de tous les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 96 compte non tenu du prix indiqué pour ce poste;
- soit Y : le montant total du métré ou de l'inventaire du soumissionnaire qui a omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 96.

Lorsque le soumissionnaire n'a pas indiqué le prix de plusieurs postes, il n'est pas tenu compte, pour le calcul de la valeur X, du prix porté pour ces postes par les autres soumissionnaires.

Pour le calcul des valeurs L et X, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres dans lesquelles le prix offert pour le poste concerné est anormal».

Or, dans sa décision du 23 novembre 2017, la Ville de Bruxelles n'a pas agi en conformité avec cet article.

En effet, la Ville de Bruxelles se voyait proposer une alternative à la lecture de cet article.

Soit elle déclarait l'offre d'ANGOPHAR irrégulière.

Tel n'a pas été son choix.

Soit elle rectifiait l'omission.

Tel n'a pas non plus été son choix.

En effet, à la lecture de la décision du 23 novembre, et à la lecture de la justification

de la décision de considérer l'offre d'ANGOPHAR comme régulière, on a le sentiment que le pouvoir adjudicateur retire les articles non repris par ANGOPHAR de l'inventaire du marché au motif que ces articles ne sont plus livrables séparément.

À cet égard, la requérante rappelle qu'elle a, dans son offre, proposé ces articles séparément, conformément au prescrit du cahier spécial des charges.

Il se déduit de ce qui précède que d'une part, le pouvoir adjudicateur n'a pas agi en conformité avec l'article 97 précité.

D'autre part, en retirant du marché, ou en laissant croire qu'il retirait du marché les articles 1125-0100-0101 (pochette amovible pour sac d'intervention) et 1125-0100-0102 (système de compartimentage pour sac d'intervention), le pouvoir adjudicateur a modifié les conditions marché, sans en informer les soumissionnaires.

Il apparaît dès lors qu'il en résulte une violation des principes d'égalité de traitement et de transparence, de même que des règles que le pouvoir adjudicateur s'est lui-même fixées dans le cahier spécial des charges".

VI.2. Plaidoiries

À l'audience, la partie adverse souligne qu'elle n'a disposé que de 10 jours pour déposer une note d'observations tandis que la requérante a attendu 12 jours avant de formuler son moyen nouveau dans une note reçue la veille de l'audience, manquant ainsi de diligence.

Répondant à une question relative à son intérêt au moyen dans l'hypothèse où le deuxième moyen ne serait pas sérieux, le conseil de la requérante expose que, dès lors qu'en l'espèce, une seule offre a été déclarée régulière, la question se pose des conditions dans lesquelles le marché sera exécuté. Il souligne que la décision ne permet pas de savoir si la ville a souhaité que cette offre soit complétée ou si elle a souhaité que les deux éléments en question soient retirés du marché et que si cette seconde hypothèse était vérifiée, cela impliquerait que le pouvoir adjudicateur a modifié les conditions du marché sans en informer les soumissionnaires.

VI.3. Appréciation du Conseil d'État

La requérante expose sans être contredite que le moyen nouveau est tiré de la prise de connaissance du rapport d'examen des offres qui ne lui a été communiqué qu'en même temps que la note d'observations de la partie adverse. Il s'ensuit que sa recevabilité n'est pas contestable en ce qu'il n'a pas été soulevé dans la requête.

Si la requérante affirme que la partie adverse aurait pu déclarer irrégulière l'offre de l'attributaire, le moyen ne comporte toutefois aucune critique de légalité à l'égard de la décision de déclarer cette offre régulière. La requérante se limite à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait dû corriger les omissions qu'elle dénonce,

en appliquant la formule contenue dans l'article 97, § 3, de l'arrêté royal précité du 15 juillet 2011, ce qu'il n'a pas fait, et que, de la sorte, il a modifié les conditions du marché sans en informer les soumissionnaires, violant ainsi les principes d'égalité de traitement et de transparence ainsi que les règles qu'il s'est fixées dans le cahier spécial des charges.

La suspension de l'exécution de la décision attaquée sur la base du moyen nouveau, tel qu'il est formulé, serait sans incidence sur la décision de déclarer régulière l'offre de l'attributaire, décision qui n'est pas critiquée. À supposer qu'il soit avéré qu'en n'appliquant pas la formule susvisée, le pouvoir adjudicateur ait modifié les conditions du marché et porté atteinte au principe d'égalité entre soumissionnaires ainsi qu'au principe de transparence, comme le soutient la requérante, les débats en extrême urgence n'ont pas permis d'indiquer en quoi cette dernière aurait subi une lésion de ce fait, ni l'avantage qu'elle tirerait de l'application de ladite formule à l'offre de l'adjudicataire, dès lors que le deuxième moyen échoue à démontrer que c'est à tort que l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière.

Dans les limites de l'examen auquel il a pu être procédé dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, le moyen nouveau s'avère, *prima facie*, irrecevable.

VII. Indemnité de procédure et dépens

La partie adverse demande la condamnation de la partie requérante au paiement d'une indemnité de procédure liquidée au montant de base de 700 euros.

La partie requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité de procédure sollicitée.

Il y a dès lors lieu de faire droit à cette demande.

Le rejet de la demande de suspension justifie également que les autres dépens soient laissés à la partie requérante.

VIII. Confidentialité

La requérante déclare déposer son offre à titre confidentiel. Celle-ci est la pièce n° 2 de son dossier, identifiée comme étant le "Formulaire d'offre de la requérante".

La partie adverse déclare également déposer à titre confidentiel les offres de la requérante et de la société ANGOPHAR, attributaire du marché litigieux. Il s'agit des pièces n^{os} 1 et 2 de la partie B du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce n° 2 du dossier de pièces de la requérante et les pièces n^{os} 1 et 2 de la partie B du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le quinze février deux mille dix-huit par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.