

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 246.376 du 11 décembre 2019

A. 222.461/VI-21.041

En cause : **1. la société anonyme GALÈRE,**
2. la société anonyme BAM CONTRACTORS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Sébastien DEPRE et Charles-Henri
de la VALLÉE POUSSIN, avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles,

contre :

la commune d'Etterbeek,
ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL, Isabelle VAN KRUCHTEN
et Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 juin 2017, la société anonyme GALÈRE et la société anonyme BAM CONTRACTORS demandent l'annulation de :

- " 1^o la décision de la partie adverse du 9 mars 2017 par laquelle celle-ci a décidé, notamment, de :
- ne pas sélectionner les requérantes;
 - déclarer l'offre des requérantes irrégulière;
 - attribuer le marché de «construction du nouveau Centre Administratif de la Commune d'Etterbeek» à l'association momentanée CIT BLATON – CFE BÂTIMENT pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 35.345.519,68 EUR HTVA ou 42.768.078,81 EUR TVA comprise.
- 2^o la décision de la partie adverse qui découle implicitement de la précédente, de ne pas attribuer le marché aux requérantes".

II. Procédure

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.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 26 juillet 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 octobre 2019.

Par une lettre du 3 octobre 2019, l'affaire a été remise à l'audience du 6 novembre 2019.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e Isabelle VAN KRUCHTEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur, 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. Exposé des faits utiles

1. Le marché public litigieux concerne un marché de travaux qui a pour objet la construction du nouveau centre administratif de la commune d'Etterbeek et un immeuble de logements, sur le site des Jardins de la chasse.

La procédure d'attribution retenue est l'adjudication ouverte.

Un avis de marché est envoyé le 9 septembre 2016 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications.

Les offres doivent être déposées pour le 14 novembre 2016 au plus tard.

2. À cette échéance du 14 novembre 2016, neuf offres sont parvenues.

Lors de la proclamation publique des prix, la société momentanée GALERE - BAM CONTRACTORS est classée première, avec 42.166.077,11 euros, devant la société momentanée CIT BLATON - CFE BATIMENT qui remet un prix de 42.652.333,32 euros.

3. Un rapport d'examen des offres est établi le 6 mars 2017. Il conclut notamment à la non-sélection des requérantes, à l'irrégularité de leur offre et à l'attribution du marché litigieux à la société momentanée CIT BLATON - CFE BATIMENT.

4. En sa séance du 9 mars 2017, le collège des bourgmestre et échevins adopte une délibération qui constitue l'acte attaqué par le présent recours. Son dispositif est libellé comme suit :

" 1^{er}) De ne pas sélectionner qualitativement les soumissionnaires DENYS NV, CORDEEL ZETEL, HOESEL NV, ASS MOM VAN LAERE - DEMOCO et ASS MOM GALERE – BAM CONTRACTORS.

2) De sélectionner les soumissionnaires ASS MOM VALENS - LIXON, ASS MOM WILLEMEN GENERAL CONTRACTOR - LOUIS DE WAELE; ASS MOM ARTES ROEGIER - JACQUES DELENS, ASS MOM JAN DE NUL - KUMPEN et ASS MOM CIT BLATON - CFE BATIMENT qui répondent aux critères de la sélection qualitative;

3) De considérer les offres d'ASS MOM VALENS - LIXON, ASS MOM WILLEMEN GENERAL CONTRACTOR - LOUIS DE WAELE, ASS MOM ARTES ROEGIER - JACQUES DELENS, ASS MOM JAN DE NUL - KUMPEN et ASS MOM CIT BLATON - CFE BATIMENT comme complètes et régulières.

4) D'approuver le rapport d'examen des offres du 2 mars 2017, rédigé par l'auteur de projet, BAEB sprl, - Jaspers - Eysers and Partners sa, - BGROUP GREISCH sa, - TPF Engineering sa, - NEO IDES sprl, - DE CEUSTER & ASSOCIES sprl, Rue de Koninck, 40 à 1080 Bruxelles.

5) De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

- 6) D'attribuer le marché "Site des Jardins de la Chasse - Construction du nouveau Centre Administratif de la Commune d'Etterbeek et un immeuble de logements avenue des Casernes à Etterbeek" au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit ASS MOM CIT BLATON - CFE BATIMENT, AVENUE JEAN JAURES, 50 à 1030 BRUXELLES, avec un montant de classement d'offre contrôlé et corrigé de 35.345.519,68 € hors TVA
- 7) de commander les travaux à ASS MOM CIT BLATON - CFE BATIMENT, AVENUE JEAN JAURES, 50 à 1030 BRUXELLES, pour un montant de 35.263.861,54 € hors TVA.
- 8) L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° TP-2016DD-13/06/2016.
- 9) De transmettre cette délibération à l'autorité de tutelle en vue de l'exercice de la tutelle générale.
- 10) D'approuver le paiement par le crédit inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2017, article 104/72212-60 des Travaux Publics;".

5. Le 27 avril 2017, la partie adverse adresse aux requérantes un courrier qui se lit come suit:

" Madame, Monsieur,

Objet : Site des Jardins de la Chasse - Construction du nouveau Centre Administratif de la Commune d'Etterbeek et un immeuble de logements avenue des Casernes à Etterbeek - Avis de non-attribution

Conformément à l'article 8 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 publics de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que le marché précité a été attribué par le Collège des Bourgmestre et Echevins le 9 mars 2017 à ASS MOM CIT BLATON - CFE BATIMENT, AVENUE JEAN JAURES, 50 à 1030 BRUXELLES pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 35.345.519,68 € hors TVA ou 42.768.078,81 , TVA comprise. Nous sommes au regret de vous informer que votre offre n'a, quant à elle, pas été sélectionnée.

Veillez trouver ci-dessous les motifs de votre non-sélection :

Sélection qualitative :

Votre entreprise ne satisfait pas au critère de capacité technique relatif aux références et l'offre est, en toute hypothèse, entachée d'une irrégularité substantielle.

Analyse des références

Le soumissionnaire a présenté 3 références. Il résulte de leur analyse que le soumissionnaire ne satisfait pas à l'exigence du critère, à savoir au minimum 2 références de bâtiment de bureaux d'un montant minimum de 30.000.000,00 euros HTVA chacune.

l) GALERE - Construction d'immeubles de bureaux EVS pour AG REAL ESTATE DEVELOPMENT- achevé le 01/15 pour 30.112.000,00 HTVA. La part de marché de GALERE est de 50%, soit 15.056.000 euros.

Le montant des travaux de minimum 30.000.000,00 euros HTVA n'est donc pas atteint dans le chef du soumissionnaire. La référence ne peut donc pas être prise en considération.

2) BAM-GALERE - Construction immeubles bureaux pour l'OTAN non achevée. Il résulte de l'offre que le chantier est en cours d'exécution. L'attestation produite et signée par un membre de l'OTAN précise en effet que les travaux ne sont pas achevés et reste muette quant à une «bonne» exécution. Il n'est en effet pas mentionné que les travaux ont été réalisés jusqu'à ce jour à l'entière satisfaction de l'OTAN. Il ne s'agit donc que d'une attestation de «réalisation», et non une attestation de bonne exécution. Or, les documents du marché exigeaient la mention de la date de début et de fin d'exécution, ainsi qu'un «certificat de bonne exécution», conformément au prescrit de l'article 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Selon cette disposition, les références doivent être appuyées «d'attestations de bonne exécution» et elles doivent préciser «s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin». En l'espèce, les travaux ne sont pas terminés et l'attestation est muette quant à une bonne exécution ; il n'est pas démontré que les travaux ont été menés à bonne fin. La référence ne peut donc pas être prise en considération.

3) GALERE - Construction d'immeubles de bureaux «Tour des Finances» à Liège pour FEDIMMO - achevé le 12/14 pour 64.777.717,00 HTVA. La part du marché de GALERE est de 50%.

Référence valable

Dans la mesure où le soumissionnaire n'a pas présenté deux références répondant aux exigences minimales, il n'est pas sélectionné.

En tout état de cause, il est relevé que son offre est affectée d'une irrégularité substantielle, comme il le sera établi à l'occasion de l'examen de la régularité de son offre (voir ci-après).

(...)

Examen formel et matériel des offres des soumissionnaires sélectionnés

En ce qui concerne l'ASS. MOM. GALERE-BAM CONTRACTORS : il a été d'emblée relevé, à la lecture du formulaire d'offre, que son offre est affectée d'une irrégularité substantielle qui entraîne son écartement. Le métré reprend un prix total HTVA de 34.847.997,61 euros HTVA. Ce même prix est repris sur le formulaire d'offre, en chiffres et en lettres. L'on retrouve cependant sur ce même formulaire la mention d'une majoration de 0,82% rédigée en ces termes : «nous appliquons une majoration de 0,82% sur tous les prix de notre offre (hors sommes à justifier) qui ramène notre offre de prix à 35.132.859,85 euros HTVA». Alors que le formulaire d'offre est signé (par quatre personnes représentant les membres de la société momentanée), la mention de la majoration est seulement paraphée (deux paraphes, dont les auteurs ne sont pas nommés). Or, l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise expressément que «les éventuels suppléments de prix (...) et toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre et de ses annexes qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les conditions techniques, sont également signés par les soumissionnaires». En l'espèce, cette mention de la majoration est un supplément de prix qui modifie l'offre et ses annexes, et qui, bien évidemment, influence le prix du Marché. Or, cette mention n'est pas signée et un paraphe n'est pas suffisant. Il existe donc un doute sur l'engagement du soumissionnaire quant aux prix applicables au marché. Les prix de leur soumission ne sont pas clairs et non équivoques. La signature est une condition de régularité formelle de l'offre conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Dans la mesure où en l'espèce, la mention de la majoration n'est pas signée et

qu'elle génère une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire sur ses prix, élément essentiel de l'offre, l'offre de la société BAM-GALERE est affectée d'une irrégularité substantielle. Leur offre, est donc écartée.

[...]"

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un moyen unique qu'elles formulent comme suit :

- " MOYEN pris de :
- la violation des articles 10 et 11 de la Constitution;
 - la violation des articles 5, 20 et 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
 - la violation des articles 4 et 5 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, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
 - la violation des articles 58, 68, 69, 74, 82 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
 - la violation du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du cahier spécial des charges applicable au marché, en particulier de son article 14;
 - la violation du principe général de la motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires, des principes de bonne administration, du devoir de minutie, de l'obligation de procéder à un examen particulier et complet de l'espèce, du principe du raisonnable, du principe de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation;
 - l'excès de pouvoir.

En ce que, première branche, l'acte attaqué ne sélectionne pas les requérantes; Alors qu'elles remplissaient les exigences fixées par le CSC en termes de sélection qualitative;

Et en ce que, seconde branche, l'acte attaqué considère que l'offre des requérantes est affectée d'une irrégularité substantielle; Alors qu'aucune irrégularité de cette espèce n'existe".

S'agissant de la deuxième branche, elles l'exposent et la développent comme suit :

- " II.2. Deuxième branche : Quant à la prétendue irrégularité de l'offre des requérantes

Rappel des motifs de l'acte attaqué

14. L'acte attaqué juge l'offre des requérantes irrégulière.

La partie adverse fonde cette irrégularité sur la mention figurant à la page 51 de l'offre des requérantes [...], laquelle énonce que :

« Nous appliquons une majoration de 0,82% sur tous les prix de notre offre (hors sommes à justifier) ce qui ramène notre offre de prix à 35.132.859,85 HTVA».

La partie adverse considère cette mention comme une «rature, surcharge, mention complémentaire ou modificative de l'offre», au sens de l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

La partie adverse constate que la mention litigieuse a seulement été paraphée, alors qu'aux termes de l'article précité, elle aurait dû être signée. Elle ajoute que l'identité des auteurs des paraphes n'est pas connue. Elle considère qu'il existerait un doute sur l'engagement des requérantes quant au prix de leur offre, qui constitue une condition essentielle du Marché. La partie adverse juge en conséquence l'offre des requérantes substantiellement irrégulière et l'écarte.

Critique

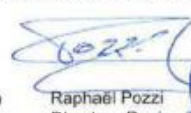
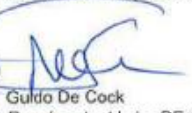
15. À titre principal, les requérantes relèvent que les «ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre» dont il est question à l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ne peuvent, par essence, pas viser des mentions établies en caractères imprimés, apposées sur une offre elle-même établie en caractères imprimés.

En effet, s'il fallait admettre qu'une mention établie en caractères imprimés figurant sur une offre elle-même établie en caractères imprimés puisse constituer une «rature, surcharge, mentions complémentaire ou modificative de l'offre», chaque élément de cette offre pourrait potentiellement être une «rature, surcharge, mention complémentaire ou modificative de l'offre». Poussé à son terme, le raisonnement de la partie adverse aboutirait ainsi à une situation absurde dans laquelle devrait être signé chaque paragraphe de l'offre contenu dans des passages de celle-ci qui ont trait aux conditions essentielles du Marché.

En l'espèce, la mention litigieuse de la page 51 est établie en caractères imprimés, tout comme le reste de l'offre des requérantes (à l'exception des signatures et des paraphes). C'est ainsi à tort que la partie adverse a considéré qu'il convenait de lui appliquer les prescriptions de l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Partant, l'acte attaqué viole ledit article ainsi que les autres normes visées au moyen.

16. À titre subsidiaire, s'il fallait considérer que la mention litigieuse tombe bien dans le champ d'application de l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il faudrait alors constater que cet article n'a pas été méconnu.

Tout d'abord, les requérantes relèvent qu'il n'est pas exact d'affirmer que la mention litigieuse n'aurait été que paraphée. En effet, la page qui contient cette mention a été signée par l'ensemble des personnes disposant de la capacité d'engager les deux sociétés requérantes :

Bâtiment (GALERE sa)			
Guillaume FRANSSEN, Manager, Service Devis (nom, prénom, fonction) est désigné comme			
mandataire chargé de représenter la société momentanée auprès du PA.			
Date : 14/11/2016			
Signatures :			
			
Guillaume Franssen Manager Service Devis Bâtiment	Raphaël Pozzi Directeur Devis	Guido De Cock Représentant bvba DE-Consult Director, Financial Manager	Ir. Marc Peeters Representative bvba Buildways Chairman, Executive Director
L'attention de l'entrepreneur est attirée sur le fait que la redevance pour l'occupation de la voie publique n'est pas d'application pour l'exécution de la présente entreprise en se référant à l'acte du 14/11/2016 pour l'installation de chantier et/ou pour les échafaudages.			
Guillaume FRANSSEN Manager Service Devis Bâtiment Galère sa		Guillaume FRANSSEN Manager Service Devis Bâtiment Galère sa	

Ensuite, en admettant même que les signatures précédemment reproduites, apposées en bas de la page contenant la mention litigieuse, ne se rapporteraient pas directement à cette mention, il conviendrait encore de relever qu'aucun doute ne peut exister quant à l'étendue de l'engagement des requérantes par rapport au prix de leur offre. Il va de soi que cet engagement, matérialisé par les quatre signatures figurant au bas de la page 51 de l'offre, porte bien sur cette offre incluant la mention litigieuse.

Cette analyse est conforme à ce qu'enseigne la doctrine autorisée, dans la lignée de la jurisprudence de votre Conseil :

« En ce qui concerne les ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, un simple paraphe n'est en principe pas suffisant pour attester de leur validité, même s'il ne faut pas sombrer dans un formalisme outrancier. Ainsi, ne constitue pas une cause de nullité de l'offre la circonstance que les corrections de quantités ont été seulement paraphées – et non signées –, dès lors que ces modifications ont fait l'objet de deux annexes à l'offre, annexes signées» [...].

En l'espèce, la situation des requérantes est bien plus favorable que celle dont il est question dans la citation précédente, puisque les signatures, loin de se trouver dans une quelconque «annexe», se trouvent sur la page même qui comporte la mention litigieuse.

17. En ce qu'il écarte l'offre des requérantes pour irrégularité substantielle, l'acte attaqué viole les articles 82 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les principes de proportionnalité et du raisonnable, et est affecté d'une erreur manifeste d'appréciation".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse expose ce qui suit, en réponse à la deuxième branche :

" 31. À titre liminaire, la partie adverse entend rappeler que l'appréciation de la régularité d'une offre relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, dès lors qu'il n'est pas établi que celui-ci en aurait fait un usage déraisonnable. Conformément à votre jurisprudence bien établie en la matière, votre Conseil ne peut donc exercer à cet égard qu'un contrôle marginal, limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Votre Conseil ne peut, en d'autres termes, qu'examiner si le pouvoir adjudicateur a raisonnablement pu décider d'écarter l'offre des parties requérantes, car entachée d'une irrégularité qu'il a estimées substantielle. Il y a donc lieu, en l'espèce, de se limiter à apprécier si la partie adverse a – ou non – commis une erreur manifeste d'appréciation en déclarant l'offre de la partie requérante irrégulière: *quod non* !

32. Le postulat de départ du raisonnement des parties requérantes est erroné. Elles soutiennent de manière surprenante que l'article 82 ne s'appliquerait pas à la mention relative à l'augmentation du prix qui était indiqué dans l'inventaire des prix et dans le formulaire d'offre en chiffres et en lettres.

L'article 82, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 se lit comme il suit :

« Les éventuels suppléments de prix, rabais ou améliorations proposés visés à l'article 81, alinéa 1^{er}, 2^o, et toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre et de ses annexes qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les conditions techniques, sont également signés par le soumissionnaire.»

Cela signifie que le soumissionnaire doit également signer les suppléments de prix et tout élément supplémentaire ou modificatif de l'offre portant sur le prix.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que la majoration de 0,82 % constitue un supplément de prix, une mention complémentaire non prévue dans le formulaire d'offre et une mention modificative des éléments repris en chiffres et en lettres dans le formulaire d'offre qui influence une condition essentielle du marché, à savoir le prix.

3.6.2. Pour les groupements sans personnalité juridique

Nous appliquons une majoration de 0,82% sur tous les prix de notre offre
(hors sommes à justifier) ce qui ramène notre offre de prix à 35 132 859,85 € HTVA

EN CHIFFRES

HTVA	34.847.997,61 € HTVA
TVA 21%	7.318.079,50 €
TVAC	42.166.077,11 € TVAC

EN LETTRES

HTVA	TRENTE-QUATRE MILLIONS HUIT CENT QUARANTE-SEPT MILLE NEUF CENT NONANTE-SEPT EUROS SOIXANTE ET UN CENTIMES HORS TVA
TVA 21%	SEPT MILLIONS TROIS CENT DIX-HUIT MILLE SEPTANTE-NEUF EUROS CINQUANTE CENTIMES
TVAC	QUARANTE-DEUX MILLIONS CENT SOIXANTE-SIX MILLE SEPTANTE-SEPT EUROS ONZE CENTIMES TVA COMPRISE

Le prix repris dans l'inventaire et le prix repris dans les formulaires sont modifiés par la majoration de 0,82 %.

33. Le prix est un élément essentiel du marché, ce qui n'est pas contesté. L'exigence d'une signature pour le prix du marché et ses éventuelles modifications constitue une formalité essentielle marquant l'authentification du soumissionnaire et son engagement à réaliser le marché conformément aux prescriptions pour le prix convenu.

34. L'on n'aperçoit pas sur quelle base les parties requérantes se fondent pour soutenir que l'article 82, § 1^{er}, alinéa 2 précité, ne s'appliquerait pas aux mentions en caractère imprimé.

Les parties requérantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles affirment que l'article 82 ne s'appliquerait qu'aux modifications manuscrites. On relèvera d'abord que l'article 82 vise toute modification de l'offre, sans distinguer qu'elle prenne la forme d'une mention manuscrite ou dactylographiée.

Ce qui est déterminant c'est le fait que la mention vienne modifier l'offre initialement établie. Tel est le cas en l'espèce puisque la mention de la majoration de 0,82 % modifie le formulaire de base (le prix en chiffres et en lettres) ainsi que l'inventaire, sur un élément substantiel, le prix.

Les parties requérantes n'ont d'ailleurs, elles-mêmes, fait aucune distinction dans leur offre entre les modifications manuscrites et les modifications dactylographiées

puisqu'elles ont paraphé tant les premières que les secondes. En effet, à plusieurs endroits, l'offre contient des modifications manuscrites qui ont, comme la modification dactylographiée, été paraphées. Les parties requérantes n'ont donc elles-mêmes pas établi de distinction entre les deux catégories. Or, à suivre la thèse des parties requérantes, elles auraient dû se limiter à parapher les modifications manuscrites et non les modifications dactylographiées.

35. Dès lors qu'elles ont paraphé la majoration du prix, les parties requérantes ont apporté une modification au formulaire initial. La forme manuscrite ou dactylographiée de la modification n'est pas pertinente.

Il ne fait aucun doute – et il n'est pas contesté – que cette mention a été ajoutée sur le formulaire d'offre annexé au cahier spécial des charges et qu'elle diffère des mentions reprises sur le formulaire d'offre et dans le métré. Elle apparaît d'ailleurs dans une autre couleur – rouge – que le formulaire de base. Cette mention en rouge n'est en outre pas sur la même ligne que le reste du texte figurant sur le formulaire et rédigé en traitement de texte, ce qui implique qu'il y a bien eu un ajout et une impression complémentaire sur la page originelle.

On constate d'ailleurs que les parties requérantes ont jugé utiles de parapher la mention, reconnaissant ainsi qu'il s'agissait expressément d'un ajout au formulaire initial qui modifie le prix repris au métré et indiqué en chiffres et en lettres.

La seule exception prévue par la disposition a trait aux offres signées électroniquement. Ce n'est que dans ce cas qu'il est prévu que la signature de l'offre couvre l'ensemble du document et chacune de ses parties constitutives, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Sur la base de l'offre originale, il semble également qu'il s'agisse d'un ajout *a posteriori*.

Si tel n'était pas le cas, elles se seraient limitées à signer le formulaire en bas de page et n'auraient pas pris la peine de parapher la mention de la majoration.

Elles ne peuvent dès lors pas être suivies lorsqu'elles soutiennent que les signatures en bas du formulaire portent nécessairement sur l'ensemble des mentions qui y sont reprises.

36. La partie adverse ignore dès lors si la majoration a été décidée par les personnes légalement compétentes pour engager les parties requérantes. Cette mention modificative aurait dû être signée, conformément à l'article 82 précité. Un paraphe n'est pas suffisant pour attester de sa validité et de l'engagement univoque du soumissionnaire. Il existe donc un doute sur l'engagement du soumissionnaire. Les prix ne sont donc pas clairs et non équivoques. Le prix total n'est au demeurant pas exprimé en toutes lettres.

37. Pour fonder leur thèse, les parties requérantes invoquent un article de doctrine qui se lit comme suit :

*« En ce qui concerne les ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, un simple paraphe n'est en principe pas suffisant pour attester de leur validité, **même s'il ne faut pas sombrer dans un formalisme outrancier.** Ainsi, ne constitue pas une cause de nullité de l'offre la circonstance que les corrections de quantités ont été seulement paraphées – et non signées –, dès*

lors que ces modifications ont fait l'objet de deux annexes à l'offre, annexes signées »⁵ (les requérantes soulignent et surlignent).

Cette doctrine ne peut être transposée au cas d'espèce dès lors qu'elle ne vise que des corrections de quantité et non le prix total du marché qui a été modifié par la mention complémentaire apposée sur le formulaire d'offre. La mention de la signature sur la page n'est également pas pertinente au vu des développements qui

précédent.

Il en résulte que cette doctrine n'est pas de nature à valider la thèse des parties requérantes. Au contraire, elle précise expressément qu' «en ce qui concerne les ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, un simple paragraphe – tel qu'en l'espèce – n'est pas suffisant pour attester leur validité». L'on relèvera également qu'en l'espèce, le métré de l'offre mentionne le prix sans la majoration, contrairement à l'exemple repris par la doctrine.

38. C'est dès lors à bon droit que la partie adverse a conclu que «dans la mesure où en l'espèce la mention de la majoration n'est pas signée et qu'elle génère une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire sur ses prix, élément essentiel de l'offre, l'offre de la société BAM-GALERE est affectée d'une irrégularité substantielle. Leur offre est donc écartée», sans faire preuve de formalisme excessif.

Il résulte de ce qui précède que la seconde branche du moyen unique n'est pas fondée".

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes répliquent comme suit, pour ce qui concerne la deuxième branche :

" III.2. Deuxième branche : Quant à la prétendue irrégularité de l'offre des requérantes

31. Les requérantes s'en réfèrent à leur requête, laquelle est ici tenue pour intégralement reproduite. Pour le surplus, elles formulent les observations qui suivent.

32. Les requérantes rappellent que l'article essentiel en cause dans la présente branche du moyen est l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation» qui est libellé comme il suit :

« Les éventuels suppléments de prix, rabais ou améliorations proposés visés à l'article 81, alinéa 1^{er}, 2^o et toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre et de ses annexes qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les conditions techniques, sont également signés par le soumissionnaire».

En l'espèce, il ressort de la décision d'attribution que la mention litigieuse contenue à la p. 51 de l'offre des requérantes a été qualifiée de «mention complémentaire ou modificative» par la partie adverse.

III.2.1. La mention litigieuse n'entre pas dans le champ d'application de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation»

33. L'obligation faite aux soumissionnaires de signer les éléments visés à l'article 82, § 1^{er}, al. 2, – et, notamment, les «mentions complémentaires et modificatives» de l'offre – n'est pas une exigence prescrite par pur amour du formalisme. En effet, cette formalité poursuit un objectif bien précis : celui de s'assurer qu'il n'existe pas de doute sur l'étendue de l'engagement des signataires de l'offre. Le champ d'application de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, doit être apprécié à la lumière de cet objectif.

Par essence, tombent exclusivement dans le champ d'application de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, sinon les éléments manuscrits de l'offre, du moins les mentions qui ont été apposés sur l'offre dans un second temps, c'est-à-dire après que le document qui

contient l'offre a été imprimé pour être signé, voire après qu'il a été signé. L'existence d'un doute quant à l'étendue de l'engagement des signataires de l'offre ne peut, par définition, exister qu'à l'égard de ces éléments, c'est-à-dire à l'égard d'éléments qui sont susceptibles d'avoir été ajoutés à l'offre «après coup». En effet, ces éléments sont les seuls susceptibles de ne pas avoir été couverts par la signature de l'offre et, donc, de ne pas être inclus dans le périmètre de ce à quoi se sont engagés les signataires au moment où ils ont signé. Par conséquent, seuls ces éléments requièrent que leur soit appliqué le mécanisme de précaution qu'organise l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation», en imposant qu'ils soient spécifiquement signés. À l'inverse, sont *de facto* exclus du champ d'application de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, tous les éléments dont il est établi qu'ils figuraient sur l'offre au moment où elle est sortie de l'imprimante en vue d'être signée.

La partie adverse partage cette analyse puisqu'elle admet, dans son mémoire en réponse, que l'article 82, § 1^{er}, al. 2, s'applique à «toute modification de l'offre» [...], c'est-à-dire à tout élément qui a été ajouté à l'offre «après coup». Ainsi, dès lors qu'il est établi qu'un élément d'une offre ne constitue pas une «modification» de celle-ci, l'article 82, § 1^{er}, al. 2, précité n'a pas à lui être appliqué. À défaut, n'importe quelle mention d'une offre tomberait dans le champ d'application de l'article 82, § 1^{er}, al. 2 et devrait faire l'objet d'une signature supplémentaire spécifique, dès l'instant où elle toucherait à un élément essentiel du marché.

34. Les requérantes apportent ici la preuve que la mention litigieuse figurant à la p. 51 de leur offre n'en constitue aucunement une «modification», ni un élément ajouté «après coup».

Les requérantes produisent tout d'abord la version PDF finale de leur offre, dans l'état où elle se trouvait le jour de son dépôt (14 novembre 2016), soit juste avant d'être imprimée afin d'être soumise à la signature des personnes habilitées à la signer (pièce n° 8). L'affirmation des requérantes selon laquelle la pièce 8 correspond bien à l'offre juste avant son impression est attestée sans nul doute par un *printscreen* que les requérantes joignent également à leur dossier (pièce n° 9), et sur lequel on aperçoit, en regard de la mention «modifié le», la date annoncée du 14 novembre 2016. La dernière modification du document est donc bien intervenue à cette date. Or, l'on constate que la mention litigieuse figure sur le document ouvert en arrière-plan. Ceci atteste sans nul doute du fait que cette mention était bien présente sur le document le jour de son impression et de sa signature.

Les requérantes produisent également une déclaration sur l'honneur émanant de la personne qui s'est chargée de l'impression de l'offre le 14 novembre 2016 en vue de sa signature, qui confirme que la mention litigieuse s'y trouvait (pièce n° 10). De manière plus déterminante, elles produisent une attestation sur l'honneur des signataires de l'offre eux-mêmes, dont il ressort que ceux-ci reconnaissent bien avoir signé l'offre incluant la mention litigieuse (pièce n° 11).

Différentes conclusions peuvent être tirées des éléments précédents :

- La mention litigieuse constitue un élément original intrinsèque de l'offre papier déposée par les requérantes.

Il ne s'agit ainsi pas d'un élément ajouté «après-coup» comme, par exemple, un autocollant qui aurait été collé sur l'offre papier après son impression, ni même d'une mention qui y aurait été surimprimée dans un second temps.

C'est ainsi de manière totalement erronée que la partie adverse, pour les seuls besoins de la cause, soutient – sans d'ailleurs étayer son propos – que cette mention aurait été «ajoutée sur le formulaire d'offre annexé au cahier spécial des charges» ou qu'il y aurait eu «un ajout ou une impression complémentaire sur la page originelle». L'on remarquera d'ailleurs que, dans sa note de bas de page n° 23, la partie adverse se montre moins assertive à cet égard puisqu'elle écrit que, «sur la base de l'offre originale, il semble qu'il s'agirait d'un ajout *a posteriori*» [...]. Il est également incorrect et contraire aux écrits de procédure échangés de soutenir que le fait que «cette mention a(urait) été ajoutée sur le formule d'offre» ne serait «pas contesté». Tout au contraire, cette affirmation est vivement

contestée par les requérantes.

L'on précisera à toute fin utile que le fait que la mention litigieuse soit en rouge, ou qu'elle ne soit pas alignée avec le reste du texte, ne permet aucunement d'affirmer qu'elle y aurait été «ajoutée». En effet, ces caractéristiques dactylographiques s'expliquent tout simplement par le fait que, pour établir ses offres, les requérantes repartent de la version PDF du formulaire d'offre fournie par le pouvoir adjudicateur avec le cahier spécial des charges, et utilisent le logiciel Acrobat pour le compléter informatiquement. Ce logiciel ne permet pas de modifier la structure de base du PDF, mais simplement d'insérer du texte dessus. Ceci permet d'éviter d'avoir à compléter les formulaires d'offre à la main. Ainsi, l'alignement n'est jamais parfait pour aucun champ complété par le soumissionnaire à l'aide d'Acrobat. L'on prendra comme simple exemple la référence du cahier spécial des charges qui figure en regard des signatures, sur la même page que celle où figure la mention litigieuse. Cette référence n'est pas non plus alignée :

En société momentanée pour l'exécution du présent marché s'engagent solidairement à exécuter, conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges TP-2016-DD-13/06/2016 n° le présent marché.

Quant au fait que la mention litigieuse soit en rouge, il s'agit simplement d'une fonctionnalité d'Acrobat. Le rouge a ici été choisi pour attirer l'attention. Pour le surplus, les requérantes auraient pu faire figurer dans n'importe quelle couleur n'importe quel champ qu'elles ont rempli sur le formulaire d'offre.

Au besoin, les requérantes invitent l'Auditorat à faire usage de ses pouvoirs d'instructions en vue de contraindre la partie adverse à déposer l'exemplaire original de leur offre, de manière à permettre à votre Conseil de constater que la mention litigieuse n'est pas un ajout mais bien une mention originale intrinsèque de celle-ci.

- La mention litigieuse figurait bien sur l'offre papier à l'instant où celle-ci a été signée en vue de sa remise au pouvoir adjudicateur.

Ceci est par ailleurs confirmé par la présence des paraphes. Les signataires de l'offre ont bien vu la mention litigieuse au moment de signer l'offre puisqu'ils ont paraphé la mention. Ceci constitue la confirmation ultime que cette mention se trouvait sur l'offre au moment où elle a été signée et qu'il n'existe donc pas le début d'un doute quant à l'étendue de ce à quoi se sont engagés les signataires de l'offre des requérantes au moment où ils l'ont signée. Cet engagement couvrait l'offre avec la mention litigieuse.

35. Dans la mesure où la mention litigieuse constitue un élément original intrinsèque de l'offre imprimée, et qu'elle n'est ainsi pas une «modification» de celle-ci, elle n'entrerait pas dans le champ d'application de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Ainsi, en ce qu'il lui applique les prescriptions de l'article précité – et la sanction de l'article 95 –, l'acte attaqué viole ces articles et est entaché d'une erreur dans les motifs ou, à tout le moins, d'une erreur manifeste d'appréciation.

III.2.2. En tout état de cause : les exigences de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation» ont été respectées

36. En admettant même que la mention litigieuse tomberait dans le champ d'application de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, *quod non*, il est évident que la partie adverse ne pouvait pas légitimement considérer que les prescriptions formelles de cet article n'auraient pas été respectées *in casu*.

À cet égard, il convient de rappeler que votre Conseil est tout à fait compétent pour contrôler l'existence d'une irrégularité et le caractère substantiel de celle-ci. Ainsi, dans un arrêt du 4 novembre 2016, par exemple, il a censuré une décision d'attribution qui considérait comme affectée d'une irrégularité substantielle liée à la

signature, l'offre d'un soumissionnaire dont le formulaire n'avait pas été signé à l'endroit formellement prévu pour accueillir cette signature. Votre Conseil, après avoir rappelé le régime des irrégularités découlant de l'article 95 de l'arrêté royal «passation», a estimé que «[l]e moyen unique de la requête p(ouvait) (...) être considéré comme sérieux, en ce qu'il fai(sai)t valoir, dans sa première branche, que c'(était) à tort que l'offre de la requérante a(vait) été considérée comme n'étant pas valablement signée».

De la même manière, les requérantes démontrent que c'est à tort que leur offre a été considérée comme étant affectée d'une irrégularité substantielle pour contravention alléguée à l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation».

37. Tout d'abord, la page qui contient la mention litigieuse porte bien les signatures des signataires de l'offre, en sorte que le prescrit de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, a bien été respecté. Si la mention litigieuse a, par ailleurs, également été paraphée, cela est sans incidence. Ce n'est en effet pas la présence des paraphes qui constitue la contravention à l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation», mais l'absence de signature. Or, les signatures sont présentes.

L'on précisera que l'argument qui consisterait à refuser de tenir compte de ces signatures au seul motif qu'elles ne se rapporteraient pas à la mention litigieuse, reviendrait à ouvrir le débat tatillon suivant : à combien de cm d'une mention une signature doit-elle se trouver au maximum pour que l'on puisse considérer qu'elle la couvre ?

Si ce débat devait malgré tout être ouvert, il conviendrait de relever que la jurisprudence de votre Conseil permet en tous cas d'y apporter une réponse favorable à la thèse des requérantes. Ainsi, votre Conseil considère notamment que le défaut de signature du mètre ne constitue pas une irrégularité substantielle de l'offre lorsque le formulaire d'offre est signé. Ce faisant, votre Conseil estime que le périmètre des mentions couvertes par une signature dépasse les seuls mentions qui se trouvent à proximité immédiate de celle-ci, voire qu'elle couvre d'autres documents de l'offre que celui sur lequel la signature se trouve.

Il s'ensuit que les signatures apposées sur la p. 51 du formulaire d'offre couvraient bien la mention litigieuse située sur la même page. Celle-ci a en conséquence bien été signée et le prescrit de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, a donc bien été respecté.

38. Ensuite, les requérantes rappellent que l'obligation faite aux soumissionnaires de signer les éléments visés à l'article 82, § 1^{er}, al. 2, n'est pas une exigence prescrite par pur amour du formalisme. En effet, cette formalité poursuit un objectif bien précis : celui de s'assurer qu'il n'existe pas de doute sur l'étendue de l'engagement des signataires de l'offre. La question de savoir si les prescriptions de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation» ont été respectées, doit bien évidemment être appréciée à la lumière de cet objectif et de la question de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, celui-ci a bien été atteint. Il en va du respect des articles 82, § 1^{er}, al. 2 et 95 de l'arrêté royal «passation», ainsi que des principes du raisonnable et de proportionnalité. Les requérantes croient utile de rappeler la doctrine qu'elles citaient déjà dans leur requête à cet égard :

« En ce qui concerne les ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, un simple paraphe n'est en principe pas suffisant pour attester de leur validité, même s'il ne faut pas sombrer dans un formalisme outrancier. Ainsi, ne constitue pas une cause de nullité de l'offre la circonstance que les corrections de quantités ont été seulement paraphées – et non signées –, dès lors que ces modifications ont fait l'objet de deux annexes à l'offre, annexes signées. Sont également admissibles des annexes signées et mentionnant un coût supplémentaire à prendre en compte pour calculer le montant de l'offre du soumissionnaire» [...].

Cette doctrine est fondée, notamment, sur l'arrêt 13.889 de votre Conseil, dont il convient de reproduire le moyen pertinent :

« Considérant que la requérante invoque un cinquième moyen pris de la violation des articles 14 et 25 de l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés

passés au nom de l'Etat, en ce que l'adjudicataire désigné par l'acte attaqué l'a été sur la base d'une soumission contenant — notamment aux postes 4, 10, 11, 12, 13, 14, 14bis (poste nouveau) et 46 du métré récapitulatif — des modifications apportées aux quantités prévues par le cahier spécial des charges et de nature à influencer les conditions essentielles du marché ; qu'il ressort du dossier administratif qu'aucune de ces modifications — qui sont seulement assorties d'un paraphe — n'est signée par le soumissionnaire ou son mandataire, alors que les dispositions visées au moyen sanctionnent de nullité toute soumission dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier des charges; que l'article 25 de l'arrêté royal du 14 octobre 1964 range expressément parmi ces prescriptions celles qui, énumérées à l'article 14, alinéa 2, du même arrêté [NDA : désormais art. 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal "passation"], prévoient que "toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans la soumission que dans ses annexes" qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent être signées par le soumissionnaire ou son mandataire"; et alors que le rapport au Roi précédant l'arrêté dont s'agit précise formellement dans le commentaire donné à l'article 14 que "les modifications aux mentions essentielles ... devront être approuvées par la signature de son auteur et non plus seulement par un simple paraphe"; Considérant que les modifications des postes repris au moyen ont fait l'objet de deux annexes à la soumission et que ces notes sont signées au nom de la société anonyme Sogetra par le secrétaire général; que le moyen ne peut être retenu» [...].

La jurisprudence précitée doit être transposée en l'espèce.

En effet, comme les requérantes le relevaient dans leur requête, leur situation est plus favorable que celle de l'adjudicataire dans l'arrêt 13.889. Dans cet arrêt en effet, l'offre comportait une mention complémentaire qui avait été paraphée. Le contenu de cette mention était repris dans une annexe à l'offre qui, elle, était signée. En l'espèce, l'offre contient également une mention complémentaire qui est paraphée, mais cette mention est contenue sur une page de l'offre qui est signée.

Il est serait difficile de comprendre que la jurisprudence de votre Conseil précédemment évoquée ne puisse bénéficier aux requérantes. Ceci reviendrait à considérer qu'un soumissionnaire auteur d'une offre contenant une mention complémentaire paraphée pourrait échapper à la sanction des articles 82, § 1^{er}, al. 2, et 95 en signant une annexe qui reprend le contenu de ladite mention litigieuse, mais pas en signant directement la page qui contient cette mention. Une telle différence de traitement ne serait pas justifiée.

39. La partie adverse considère que la doctrine et la jurisprudence précitées ne seraient pas transposables en l'espèce, dès lors qu'elles ne viseraient «que des corrections de quantités et non le prix total de l'offre».

Les requérantes peinent à comprendre la pertinence d'un tel argument qui semble opérer une sorte de hiérarchisation entre les mentions soumises au respect de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal «passation». Ainsi certaines mentions pourraient bénéficier de la jurisprudence/doctrine précitée et d'autres pas. Cette hiérarchisation ne repose sur rien et n'est affirmée que pour les besoins de la cause. Par ailleurs, si les mentions complémentaires en cause dans l'exemple jurisprudentiel précité visaient des corrections de quantité, ces corrections ont nécessairement eu une influence sur le prix total de l'offre, dès lors que celui-ci est fonction des quantités exprimées.

La partie adverse considère encore que la doctrine et la jurisprudence invoquées ne seraient pas transposables en l'espèce dès lors que, *in casu*, «le métré de l'offre mentionne le prix sans la majoration, contrairement à l'exemple repris par la doctrine».

Les requérantes ne comprennent pas en quoi cette différence pourrait bien être significative. La partie adverse ne s'en explique d'ailleurs pas. Son argument ne pourrait en tout état de cause avoir de sens que dans l'hypothèse où l'irrégularité de

l'offre des requérantes résulterait d'un manque de clarté des mentions de celle-ci relatives au prix qui rendrait ce prix incertain, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En l'espèce en effet, le prix annoncé par les requérantes est clair. La seule question en débat est de savoir si la mention complémentaire – claire également – qui le modifie, était astreinte au respect des formalités de l'article 82, § 1^{er}, al. 2, et, le cas échéant, si elle les respectait. Comme les requérantes l'ont déjà exposé, ces deux questions appellent des réponses, respectivement, négative et positive.

40. En ce qu'il écarte l'offre des requérantes pour irrégularité substantielle, l'acte attaqué viole les articles 82, § 1^{er}, al. 2, et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les principes de proportionnalité et du raisonnable. À tout le moins, il est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.
Le moyen unique est fondé en sa seconde branche".

Par ailleurs, les requérantes formulent ce qui constitue une troisième branche de leur moyen unique. Cette branche se lit comme suit:

" III.3. Quant aux offres des concurrents des requérantes

41. La partie adverse a déposé au dossier administratif les offres des concurrents des requérantes dans le cadre du présent Marché.

Les requérantes rappellent que le présent moyen est pris, entre autre, de la violation du principe d'égalité et que ce principe serait nécessairement méconnu s'il apparaissait que d'autres soumissionnaires que les requérantes ont déposé des offres qui, en termes de sélection et de régularité, présentaient des caractéristiques identiques à celles de l'offre des requérantes, mais auraient toutefois été sélectionnées et/ou jugées régulières.

Une telle situation serait, à tous égards, constitutive d'une discrimination entre les soumissionnaires.

Les requérantes, n'ayant pas accès aux offres déposées par leurs concurrents, prient en conséquence l'Auditorat et, à sa suite, le Siège du Conseil d'État de bien vouloir vérifier que les offres déposées par les concurrents des requérantes :

- ne font pas valoir, à titre de référence, des travaux accomplis en société momentanée qui, en leur appliquant le raisonnement erroné que la partie adverse a appliqué aux requérantes, aurait dû conduire au rejet des références en question;
- ne contiennent pas des mentions similaires à la mention litigieuse que contient l'offre des requérantes, qui n'auraient toutefois pas été sanctionnées sur la base des articles 82, § 1^{er}, al. 2, et 95 de l'arrêté royal «passation» comme l'a été à tort l'offre des requérantes".

D. Dernier mémoire des requérantes

Les requérantes formulent les observations suivantes, toujours pour ce qui concerne la deuxième branche du moyen:

" 5. Les requérantes s'en réfèrent à leur requête et à leur mémoire en réplique, lesquels sont ici tenus pour intégralement reproduits. Pour le surplus, elles formulent les observations qui suivent.

6. Dans son rapport, Monsieur le Premier Auditeur juge la seconde branche du moyen unique non fondé.

Les requérantes reproduisent ici les différentes parties du rapport et formulent leurs observations immédiatement en dessous de chacune d'elles.

7. «En l'espèce, les parties requérantes admettent qu'une mention complémentaire, telle la mention litigieuse de leur offre, qui serait apposée après la signature de l'offre, doit également être signée par le soumissionnaire».

➤ Les requérantes admettent qu'une «mention complémentaire», apposée après la signature de l'offre, doit effectivement être signée. Elles n'admettent en revanche pas que la mention litigieuse en cause en l'espèce serait une «mention complémentaire» apposée après la signature de l'offre.

Cette mention est une mention intrinsèque originale de l'offre. Sa présence sur l'offre ne résulte donc pas d'un «complément» apporté à l'offre dans un second temps.

«En réplique, elles s'attachent dès lors à démontrer que la mention contestée de leur offre existait déjà sur celle-ci au moment où cette dernière a été signée. Ce disant, les parties requérantes paraissent estimer que la raison de la disposition figurant à l'article 82, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, réside en ce que les ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modifications de l'offre ou de ses annexes pourraient avoir été apposées après que le formulaire d'offres a été signé».

➤ En effet. Les requérantes considèrent que ce n'est que dans cette hypothèse précise que peut exister un doute sur l'étendue de ce à quoi les signataires de l'offre se sont engagés. Ce n'est donc que dans cette hypothèse précise que l'exigence formaliste qui consiste à exiger la présence d'une signature spécifique au regard d'une mention particulière de l'offre a une utilité et un sens. Ce n'est également, selon les requérantes, que dans cette hypothèse précise que la mention en cause peut être qualifiée de «rature», de «surcharge» ou de «mention complémentaire».

«La disposition précitée est une disposition qui au fil des modifications réglementaires afférentes à la matière des marchés publics, a été reprise de l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat (article 141), comme le mentionne le rapport au Roi afférent à l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ce dernier étant lui-même invoqué dans le rapport au Roi précédent l'arrêté royal du 15 juillet 2011, afin de justifier l'article 82 de ce dernier. Alors que le premier arrêté royal du 5 octobre 1955 autorisait un simple paraphe, l'arrêté royal du 14 octobre 1964 a modifié cette règle en imposant une signature de la même manière que la signature de l'offre».

➤ Les requérantes n'ont pas d'observation à formuler à cet égard.

«Il ressort du formulaire d'offre des parties requérantes, tel que reproduit ci-dessus, qu'une mention complémentaire y a été apposée à la page 51, laquelle modifie le prix de l'offre, en le révisant à la hausse. Le caractère imprimé de cette mention ne modifie pas la nature de celle-ci».

➤ Comme exposé précédemment, les requérantes ne partagent pas l'idée que la mention en question serait une «mention complémentaire». Il s'agit selon elles d'une mention originale.

Si le caractère imprimé ou non d'une mention n'est pas, dans l'absolu, un élément déterminant de sa qualification en «mention complémentaire», il ne peut en revanche être contesté que la rupture de style entre une mention particulière de l'offre et ses autres mentions est, à l'inverse, déterminant de ce point de vue. De toute évidence, une mention manuscrite apposée sur une offre rédigée intégralement en caractères imprimés sera une «rature» ou, plus précisément même, «une surcharge» ou une «mention complémentaire». En l'espèce, la mention litigieuse ne présente aucune rupture de style avec les autres éléments de la page qu'elle contient. Toutes ont été apposées sur le formulaire d'offre à l'aide du logiciel Adobe, dans les circonstances décrites dans le mémoire en réplique. Ainsi, sauf à mettre en doute le caractère original de toutes

les mentions de l'offre, celui de la mention litigieuse ne pouvait raisonnable être questionné.

«Cette mention a simplement fait l'objet d'un double paragraphe, leurs auteurs n'étant par ailleurs pas identifiés, et n'a dès lors pas été signée par les parties requérantes, dûment représentées».

➤ À l'estime des requérantes, dès lors que la mention litigieuse ne pouvait être qualifiée de «mention complémentaire» au sens de l'article 82, § 1^{er}, al. 1^{er}, de l'arrêté royal «passation», elle ne devait pas être signée.

«Le fait que cette mention figure sur la même page que celle sur laquelle figure la signature du soumissionnaire de l'offre, effectuée en l'occurrence par le biais des signatures des quatre personnes disposant de la capacité pour engager les deux sociétés concernées n'altère pas ce constat».

➤ Pour rappel, les requérantes ne développent cet argument qu'à titre subsidiaire, au cas où le Conseil d'État viendrait à considérer que la mention litigieuse constitue bien une «mention complémentaire» au sens de l'article 82, § 1^{er}, al. 1^{er}, de l'arrêté royal «passation». En pareil cas, elles revendiquent l'application de l'arrêt 13.889 de votre Conseil et des enseignements doctrinaux repris dans le mémoire en réplique. Sur cette base, elles estiment qu'il y a lieu de considérer que les exigences de l'article 82, § 1^{er}, al. 1^{er}, de l'arrêté royal «passation» ont bien été respectées, dès lors que la page qui contient la mention litigieuse a, en tout état de cause, été signée de manière globale en son bas.

«En effet, la disposition de l'article 82, § 1^{er}, est claire et appelle à ce que l'on puisse sans le moindre doute au vu d'une mention complémentaire et de sa signature pouvoir être certain que le soumissionnaire s'est bien engagé sur les termes de ladite mention».

➤ Les requérantes partagent tout à fait ce point de vue. Cependant, comme exposé dans leurs écrits et, en particulier, dans leur mémoire en réplique, elles estiment qu'aucun doute ne peut exister en l'espèce quant au fait que les signataires de l'offre se sont bien engagés sur l'offre incluant la mention litigieuse.

«Les éléments apportés en réplique par la partie requérante tendant à démontrer que cette mention existait déjà au moment de la signature de l'offre ne peuvent être pris en considération, dès lors que le pouvoir adjudicateur pour contrôler la régularité d'une offre ne peut se baser que sur le formulaire et ses annexes telles que complétés et signés par le ou les soumissionnaires concernés. Or, en l'espèce, eu égard à l'absence de signature du soumissionnaire au regard de la mention litigieuse, il n'était pas permis pour le pouvoir adjudicateur d'être certain de l'engagement des sociétés requérantes soumissionnaires sur les termes de cette mention, lesquels concernent le prix de l'offre, soit en vertu de l'article 82, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, une condition essentielle du marché».

➤ À l'estime des requérantes, la question de savoir si une mention existait déjà sur l'offre au moment de sa signature est essentielle pour savoir si celle-ci est astreinte au respect de la formalité prévue par l'article 82, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. À défaut d'accomplir cet exercice, toutes les mentions d'une offre qui touchent à ses éléments essentiels pourraient être suspectées d'être des «mentions complémentaires» et devraient alors être signées spécifiquement, sous peine de voir l'offre écartée.

À l'estime des requérantes, la partie adverse ne pouvait, en l'espèce, raisonnablement remettre en cause le fait que la mention litigieuse était une mention originale de l'offre, sauf à le faire pour toutes les autres mentions de l'offre.

«Au reste, si les parties requérantes estiment que la signature de l'offre est celle de l'offre ajoutée de sa mention complémentaire, l'on n'aperçoit alors pas la raison pour laquelle cette mention a été paraphée».

➤ Les signataires de l'offre ont paraphé la mention précisément pour souligner le fait qu'elle s'y trouvait bien au moment où l'offre a été signée. Ceci ne remet donc aucunement en cause le fait que la mention était bien présente sur l'offre au moment de sa signature, que du contraire.

8. En ce qu'il écarte l'offre des requérantes pour irrégularité substantielle, l'acte attaqué viole les articles 82, § 1^{er}, al. 2, et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les principes de proportionnalité et du raisonnable. À tout le moins, il est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.
Le moyen unique est fondé en sa seconde branche".

Enfin, les requérantes ne formulent pas d'observations, dans leur dernier mémoire, sur la troisième branche de leur moyen.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Tel que formulé en termes de requête, le moyen est articulé en deux branches. En sa première, il fait grief à la partie adverse d'avoir refusé de sélectionner les requérantes après avoir rejeté deux des trois références de travaux similaires qu'elles avaient fait valoir au soutien de leur candidature. En sa deuxième, il critique l'acte attaqué en tant qu'il y est considéré que l'offre des requérantes était affectée d'une irrégularité substantielle.

Cette articulation du moyen fait apparaître que les requérantes ont interprété l'acte attaqué en ce sens que la partie adverse y a décidé qu'elles n'étaient pas sélectionnées, d'une part, et que leur offre était affectée d'une irrégularité substantielle, d'autre part.

Cette interprétation de l'acte attaqué, qui se déduit de l'articulation du moyen, est confirmée par les écrits de procédure des requérantes, ainsi que l'atteste notamment le point 3 de leur dernier mémoire, relatif à la recevabilité de leur recours, en tant que celui-ci est dirigé contre la décision implicite de ne pas leur attribuer le marché litigieux, où elles rappellent qu'elles "n'ont pas obtenu le marché car (i) elles n'ont pas été sélectionnées et (ii) leur offre a été jugée irrégulière". Les requérantes ont encore confirmé cette interprétation à l'audience du 6 novembre 2019.

Au cours de la procédure devant le Conseil d'État, la partie adverse n'a pas interprété l'acte attaqué autrement, comme le révèle la thèse qu'elle a soutenue dans son argumentation relative à l'intérêt des requérantes à leur recours :

" En l'espèce, l'offre des requérantes n'a d'une part pas été sélectionnée. D'autre part, elle a été déclarée irrégulière. Les requérantes dénoncent leur sélection [*sic*] à l'appui de la première branche du moyen unique et l'irrégularité de leur offre à l'appui de la seconde branche".

Le rapport d'examen des offres établi au cours de la procédure de passation litigieuse conclut à la non-sélection des requérantes (à défaut, pour celles-ci, de satisfaire aux exigences relatives à la production de références de travaux similaires) et, à titre surabondant, à l'irrégularité substantielle de leur offre.

Au premier point du dispositif de sa délibération du 9 mars 2017, la partie adverse décide de ne pas sélectionner quatre soumissionnaires, parmi lesquels la société momentanée formée par les requérantes. Aux points 4 et 5 de ce même dispositif, elle décide d'approuver ce rapport d'examen des offres et de le considérer comme partie intégrante de sa délibération. Ce faisant, elle fait intégralement siennes les constatations, analyses et conclusions de ce rapport d'examen des offres, de sorte qu'à défaut de préciser la mesure dans laquelle elle considère ce rapport d'examen des offres comme partie intégrante de sa délibération, elle décide – à tout le moins implicitement – que les requérantes ne peuvent être sélectionnées et que leur offre est entachée d'une irrégularité substantielle.

Le courrier du 27 avril 2017 par lequel cette même partie adverse informe les requérantes de ce que leur "offre n'a, quant à elle, pas été sélectionnée" communique, comme motifs de la décision concernant les requérantes, les conclusions du rapport d'examen des offres relatives au fait qu'elles ne répondaient pas aux exigences de sélection qualitative, d'une part, et à l'irrégularité substantielle de leur offre, d'autre part.

La communication de ces deux motifs aux requérantes doit être comprise en ce sens que la partie adverse leur a signifié qu'elles étaient évincées à raison, d'une part, de ce qu'elles n'étaient pas sélectionnées et, d'autre part, de ce que leur offre était affectée d'une irrégularité substantielle.

A. Quant à la deuxième branche

En sa deuxième branche, le moyen fait grief à la partie adverse d'avoir notamment violé l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et d'avoir, dans l'application de cette disposition, commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la mention de la page 51 du formulaire d'offre des requérantes, relative à la majoration des prix de l'offre de 0,82 %, relevaient des catégories d'éléments de l'offre qui,

conformément à cette disposition doivent être signés par le soumissionnaire.

La page 51 du formulaire d'offre des requérantes se présente comme il suit :

"

3.6.2. Pour les groupements sans personnalité juridique

Nous appliquons une majoration de 0.82% sur tous les prix de notre offre

EN CHIFFRES **(hors sommes à justifier) ce qui ramène notre offre de prix à 35.132.859,85 € HTVA**

HTVA 34.847.997,61 € HTVA

TVA 21% 7.318.079,50 €

TVAC 42.166.077,11 € TVAC

EN LETTRES

HTVA TRENTE-QUATRE MILLIONS HUIT CENT QUARANTE-SEPT MILLE NEUF CENT NONANTE-SEPT EUROS SOIXANTE ET UN CENTIMES HORS TVA

TVA 21% SEPT MILLIONS TROIS CENT DIX-HUIT MILLE SEPTANTE-NEUF EUROS CINQUANTE CENTIMES

TVAC QUARANTE-DEUX MILLIONS CENT SOIXANTE-SIX MILLE SEPTANTE-SEPT EUROS ONZE CENTIMES TVA COMPRISE

Par la présente, les soussignés :

- R. POZZI, Directeur Devis (GALERE sa) **(nom, prénom, fonction)**
- G. FRANSSEN, Manager, Service Devis **(nom, prénom, fonction)**
- ir. M. PEETERS, Representative bvba **(nom, prénom, fonction)**
- G. DE COCK, Representative bvba DE-Consult, Director, Financial Manager (BAM CONTRACTORS sa)

En société momentanée pour l'exécution du présent marché s'engagent solidairement à exécuter, conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges n° TP-2016-DD-13/06/2016, le présent marché.

Guillaume FRANSSEN, Manager, Service Devis **(nom, prénom, fonction)** est désigné comme mandataire chargé de représenter la société momentanée auprès du PA.

Date : 14/11/2016

Signatures : Guillaume Franssen, Manager, Service Devis Bâtiment
Raphaël Pozzi, Directeur Devis
Guido De Cock, Représentant bvba DE-Consult, Director, Financial Manager
ir. Marc Peeters, Representative bvba Buildways, Chairman, Executive Director

L'attention de l'entrepreneur est attirée sur le fait que la redevance pour l'occupation de la voie publique n'est pas d'application pour l'exécution de la présente entreprise en ce qui concerne la pose et le retrait pour l'installation de chantier et /ou pour les échafaudages.

Guillaume FRANSSEN, Manager, Service Devis Bâtiment, Galère sa
Guillaume FRANSSEN, Manager, Service Devis Bâtiment, Galère sa

5
"

Le rapport d'examen des offres, dont la partie adverse décide qu'il fait partie intégrante de l'acte attaqué, considère que l'offre des requérantes est affectée d'une irrégularité substantielle pour les motifs suivants, qu'elle a, par ailleurs, communiqués à celles-ci dans un courrier du 27 avril 2017 :

- " En ce qui concerne l'ASS. MOM GALERE-BAM CONTRACTORS : il a été d'emblée relevé, à la lecture du formulaire d'offre, que son offre est affectée d'une irrégularité substantielle qui entraîne son écartement. Le métré reprend un prix total HTVA de 34.847.997,61 euros HTVA. Ce même prix est repris sur le formulaire d'offre, en chiffres et en lettres. L'on retrouve cependant sur ce même formulaire la mention d'une majoration de 0,82 % rédigée en ces termes : «nous appliquons une majoration de 0,82 % sur tous les prix de notre offre (hors sommes à justifier) qui ramène notre offre de prix à 35.132.859,85 euros HTVA». Alors que le formulaire d'offre est signé (par quatre personnes représentant les membres de la société momentanée), la mention de la majoration est seulement paraphée (deux paraphes, dont les auteurs ne sont pas nommés). Or, l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise expressément que «les éventuels suppléments de prix (...) et toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre et de ses annexes qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les conditions techniques, sont également signés par les soumissionnaires». En l'espèce, cette mention de la majoration est un supplément de prix qui modifie l'offre et ses annexes, et qui, bien évidemment, influence le prix du marché. Or, cette mention n'est pas signée et un paraphe n'est pas suffisant. Il existe donc un doute sur l'engagement du soumissionnaire quant aux prix applicables au marché. Les prix de leur soumission ne sont pas clairs et non équivoques. La signature est une condition de régularité formelle de l'offre conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Dans la mesure où en l'espèce, la mention de la majoration n'est pas signée et qu'elle génère une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire sur ses prix, élément essentiel de l'offre, l'offre de la société BAM-GALERE est affectée d'une irrégularité substantielle. Leur offre est donc écartée".

L'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, auquel se réfèrent ces motifs, est libellé comme suit:

- " § 1^{er}. Le soumissionnaire signe l'offre ainsi que le métré récapitulatif ou l'inventaire éventuels et les autres annexes jointes à l'offre.
Les éventuels suppléments de prix, rabais ou améliorations proposés visés à l'article 81, alinéa 1^{er}, 2^o et toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre et de ses annexes qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les conditions techniques, sont également signés par le soumissionnaire. Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas si l'offre et ses annexes sont signées électroniquement.
§ 2. Lorsque l'offre est remise par un groupement sans personnalité juridique, chacun de ses participants se conforme aux dispositions du § 1^{er}.
§ 3. Lorsque l'offre est signée par un mandataire, celui-ci mentionne clairement son (ses) mandant(s). Le mandataire joint à l'offre l'acte authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie de la procuration. Il fait éventuellement référence au numéro de l'annexe du Moniteur belge qui a publié l'extrait de l'acte concerné.
En vue de marchés ultérieurs, un mandant peut déposer la procuration donnée à cet effet à un ou plusieurs mandataires. Cette procuration ne vaut que pour les marchés

du pouvoir adjudicateur auquel elle est remise. Le mandataire prévoit, dans chaque offre, une référence à ce dépôt".

Dans l'examen de ce moyen, il n'appartient pas au Conseil d'État de décider si la mention litigieuse relevait, ou non, d'une de celles qui, conformément à l'article 82, précité, devaient être signées (ce qui impliquerait qu'il se substitue à la partie adverse pour qualifier la mention litigieuse au regard de cette disposition), mais bien de déterminer si, en statuant dans le sens critiqué par le moyen, la partie adverse a, ou non, commis une erreur manifeste d'appréciation et violé, en conséquence, l'article 82.

À l'appui de leur moyen, les requérantes soutiennent, à titre principal, que les éléments pour lesquels est exigée, conformément à l'article 82 précité, la signature du soumissionnaire "ne peuvent, par essence, pas viser des mentions établies en caractères imprimés, apposées sur une offre elle-même établie en caractères imprimés". À titre subsidiaire, elles font valoir que, même à supposer qu'une mention apposée en caractères imprimés tomberait sous le coup de cette disposition, la mention litigieuse satisfaisait bien au prescrit de celle-ci puisqu'elle était apposée sur une page comportant les quatre signatures des personnes disposant de la capacité d'engager les requérantes et que l'engagement "matérialisé" par ces signatures portait bien sur cette mention, incluse dans l'offre.

La thèse selon laquelle l'article 82 précité ne s'appliquerait pas aux mentions d'une offre établies en caractères imprimés procède d'une simple affirmation dont les requérantes n'entreprennent pas de montrer qu'elle prendrait appui sur cette disposition, se bornant à dénoncer le caractère absurde, selon elles, de la situation que provoquerait son application à ces mentions en caractères imprimés. Les requérantes mettent elles-mêmes en cause leur propre interprétation lorsqu'elles s'efforcent – dans le cadre de leur mémoire en réplique – de démontrer que la mention litigieuse n'était pas modificative de leur offre parce qu'elle n'avait pas été apposée après que la page 51 de leur offre avait été signée. Or, elles ne peuvent s'efforcer d'effectuer cette démonstration sans admettre – implicitement mais certainement – qu'une mention peut être modificative (dans l'hypothèse où elle est apposée après la signature de la page sur laquelle elle est apposée) en dépit de ce qu'elle est établie en caractères imprimés. Il s'ensuit qu'en appliquant l'article 82 à la mention litigieuse, la partie adverse n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation résultant du seul fait que cette disposition ne s'appliquerait pas aux mentions établies en caractères imprimés.

À titre subsidiaire, les requérantes tentent de faire passer pour évident le fait que la mention litigieuse figurait bien sur la page 51 de leur offre lorsqu'ont été

apposées les signatures au bas de cette page, ce dont elles infèrent que l'engagement exprimé par ces signatures portait bien sur la précision relative à la majoration des prix de 0,82 %, précision ainsi incluse dans l'offre. Ce caractère évident est attesté – à leur estime – par différents éléments produits dans – et en annexe à – leur mémoire en réplique et dont il n'est pas contestable qu'ils n'ont pas été (parce qu'ils ne le pouvaient d'ailleurs pas, pour certains d'entre eux, telles les déclarations sur l'honneur) soumis à la partie adverse lorsqu'elle a procédé à l'examen de régularité de l'offre des requérantes. Ce faisant, celles-ci n'établissent pas que la partie adverse a été confrontée, en l'espèce, à une évidence telle qu'en qualifiant la mention litigieuse comme elle l'a fait, elle n'a pu que commettre une erreur manifeste d'appréciation.

Par ailleurs, à supposer encore que qualifier la mention litigieuse de mention "complémentaire" ou "modificative" au sens de l'article 82, § 1^{er}, alinéa 2, procéderait d'une erreur manifeste, les requérantes ne soutiennent pas que la partie adverse n'aurait pu, sans commettre une telle erreur manifeste, appliquer cette disposition à la mention litigieuse, en tant que celle-ci implique un "supplément de prix" au sens de cette même disposition. Il est difficilement contestable que représente un tel "supplément de prix" l'annonce d'une majoration des prix de 0,82 %.

Enfin, en faisant parapher la mention litigieuse, qu'elles prétendent, par ailleurs, déjà couverte par les quatre signatures apposées au bas de la page 51 de leur offre, alors que, dans la lecture qu'elles ont de cette page dans le cadre de la présente procédure, l'apposition de ces paraphes n'avait, à première vue, pas de sens, les requérantes ont elles-mêmes suscité une confusion (qui a pu faire naître un doute sur la portée qu'il fallait reconnaître à leur engagement) et rendu possibles deux qualifications de cette mention au regard de l'article 82 dont il est reproché à la partie adverse d'avoir fait application. En présence d'une mention que l'apposition des deux paraphes ainsi évoqués a pu rendre ambiguë et qui, pour cette raison, était susceptible de recevoir plusieurs qualifications, il ne peut être reproché à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en adoptant la qualification sur la base de laquelle elle a estimé que cette mention non signée générait une incertitude quant à l'engagement des requérantes sur leurs prix.

Ainsi qu'imposent de le décider les différentes considérations émises en réponse aux arguments des requérantes, l'examen du moyen, en sa seconde branche, ne révèle pas une erreur manifeste qu'aurait commise la partie adverse en qualifiant la mention litigieuse pour déclarer affectée de nullité substantielle l'offre des requérantes par application de l'article 82 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il ne fait pas

davantage apparaître une violation de cet article 82 ou des autres principes et dispositions visés.

Le moyen ne peut être accueilli en sa deuxième branche.

B. Quant à la première branche

L'acte attaqué est vainement critiqué en tant qu'il évince l'offre des requérantes à raison de l'irrégularité substantielle qui affecte celle-ci, comme le fait apparaître l'examen de la deuxième branche du moyen. À la supposer vérifiée, l'illégalité – dénoncée par la première branche – de ce même acte en tant qu'il refuse de sélectionner les requérantes ne peut, en toute hypothèse, causer grief aux requérantes. Le moyen doit donc être déclaré irrecevable, à défaut d'intérêt, en tant qu'il invoque cette illégalité en sa première branche.

C. Quant à la troisième branche

Enfin, exposée dans le mémoire en réplique alors qu'elle aurait pu l'être dans la requête introductive d'instance, et ce nonobstant le fait que les requérantes n'avaient pas accès aux offres de leurs concurrents, la troisième branche du moyen – qui doit bien être considérée comme telle, et non comme une argumentation supplémentaire, comme l'ont plaidé les requérantes à l'audience – est tardive. Le moyen doit, en conséquence, être déclaré irrecevable, en ce qui concerne cette troisième branche.

V. Recevabilité du recours en son deuxième objet

V.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse oppose une exception d'irrecevabilité au recours, en tant que celui-ci tend à l'annulation de la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux aux requérantes. À ce propos, elle fait valoir ce qui suit:

- " 12. Les parties requérantes n'ont rien exposé qui permettrait de comprendre pourquoi la décision implicite de ne pas leur attribuer le marché devrait être annulée.
Dans ces circonstances, le recours est irrecevable quant à cet objet".

B. Mémoire en réplique

Les requérantes exposent ce qui suit :

- " 3. Les requérantes relèvent tout d'abord que l'annulation de la décision de ne pas les sélectionner, de déclarer leur offre irrégulière et d'attribuer le Marché à l'association momentanée CIT BLATON – CFE BÂTIMENT, emportera, *de facto*, la disparition du refus implicite de leur attribuer le Marché. De ce point de vue, les requérantes ne sont aucunement tenues de développer de quelconques arguments d'illégalité propres à la décision de refus.
Ainsi, le moyen unique développé dans le présent recours, qui expose pourquoi est irrégulière la décision de ne pas sélectionner les requérantes, de déclarer leur offre irrégulière et d'attribuer le Marché à l'association momentanée CIT BLATON – CFE BÂTIMENT, expose également et nécessairement «pourquoi la décision implicite de ne pas attribuer le marché (aux requérantes) devrait être annulée.
4. Les requérantes relèvent ensuite que, conformément à la jurisprudence de votre Conseil, «aucune disposition législative ne rend la recevabilité du recours tributaire d'un exposé formel qui, dans la requête en annulation, serait consacré à la démonstration de l'intérêt à agir».
Ainsi, dans la mesure où la recevabilité du recours dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le Marché aux requérantes est mise en cause par la partie adverse dans son mémoire en réponse, les requérantes sont admises à justifier cette recevabilité dans le présent mémoire en réplique.
5. Les requérantes observent encore qu'un recours en annulation dirigé contre le refus implicite d'attribuer le marché au requérant est classiquement jugé recevable lorsqu'un moyen aboutit à la constatation que l'autorité n'avait pas d'autre option que de lui attribuer le marché.
Dans un arrêt du 16 avril 2013, votre Conseil a précisé qu'un tel recours ne pouvait être déclaré recevable que dans le cadre du contentieux de l'annulation, dans la mesure où il ne pouvait être exclu, dans le cadre d'une demande en suspension, que l'autorité, ayant retiré sa décision d'attribution suspendue, renonce finalement à attribuer le marché.
6. En l'espèce, les requérantes agissent bien en annulation.
La procédure d'attribution retenue était l'adjudication, laquelle impliquait d'attribuer le Marché au soumissionnaire le moins disant.
La partie adverse reconnaît dans son mémoire en réponse que les requérantes étaient les auteurs de l'offre la moins chère.
Le Marché n'a pas été attribué aux requérantes en raison du fait que la partie adverse a, d'une part, refusé de les sélectionner et, d'autre part, décidé de déclarer leur offre irrégulière.
Il résulte de la combinaison de ces éléments que, dans la mesure où le moyen unique établit que c'est à tort que les requérantes n'ont pas été sélectionnées et que leur offre a été déclarée irrégulière, il démontre également de manière certaine que le Marché aurait dû être attribué aux requérantes.
En conséquence, le présent recours est recevable et fondé en ce qu'il vise la décision implicite de la partie adverse de ne pas attribuer le Marché aux requérantes".

C. Dernier mémoire des requérantes

Les requérantes font valoir ce qui suit:

- " 2. Dans son rapport, Monsieur le Premier Auditeur estime que les requérantes «n'émettent dans leur requête aucune critique à l'encontre de (la décision implicite de la partie adverse de ne pas leur attribuer le marché,) en sorte que le recours est en tout état de cause irrecevable, à défaut de tout moyen».

Il se déduit de la position de Monsieur le Premier Auditeur («à défaut de tout moyen») qu'il considère que le moyen unique de la requête serait exclusivement dirigé contre la décision d'attribuer le marché à l'association momentanée CIT BLATON – CFE BÂTIMENT, et donc pas contre la décision de ne pas attribuer le marché aux requérantes.

3. Or, il va de soi que le moyen unique développé dans la requête est dirigé tant contre la décision d'attribuer le marché à l'association momentanée CIT BLATON – CFE BÂTIMENT, que contre la décision de ne pas l'attribuer aux requérantes.

Dans les procédures où la décision d'attribuer le marché à un concurrent et celle de ne pas l'attribuer au requérant sont contestées ensemble, les moyens développés sont toujours dirigés contre les deux actes et communs aux deux actes. On n'aperçoit pas comment il serait possible de développer des moyens, distincts de ceux dirigés contre la décision d'attribuer le marché au concurrent, qui seraient spécifiquement et exclusivement dirigés contre la décision de ne pas l'attribuer au requérant. Les illégalités qui affectent la décision d'attribuer le marché au concurrent sont par essence communes à celles qui affectent la décision de ne pas attribuer le marché au requérant.

Le Conseil d'État n'a jamais exigé du requérant qu'il distingue, dans sa requête, des moyens dirigés contre la décision d'attribuer le marché au concurrent et des moyens dirigés contre la décision de ne pas attribuer le marché au requérant. Pour admettre la recevabilité d'une décision de ne pas attribuer le marché au requérant, le Conseil d'État exige uniquement que ce dernier démontre que le pouvoir adjudicateur n'avait pas d'autre choix que de lui attribuer le marché.

En l'espèce, cette démonstration est rapportée. En effet :

- La procédure de passation du marché était l'adjudication;
- L'offre des requérantes était la moins-disante;
- Les requérantes n'ont pas obtenu le marché car (i) elles n'ont pas été sélectionnées et (ii) leur offre a été jugée irrégulière.

Compte-tenu de ces éléments, il va de soi que si les requérantes démontrent – comme elles entendent le faire dans leur moyen unique – que (i) elles auraient dû être sélectionnées et (ii) que leur offre ne pouvait pas être déclarée irrégulière pour le motif pour lequel elle l'a été, elles démontrent alors nécessairement que le marché devait leur être attribué.

En conséquence, le recours est recevable en ce qu'il vise la décision implicite de la partie adverse de ne pas attribuer le marché aux requérantes.

On relèvera que si le recours devait être déclaré irrecevable de ce chef, l'on ne pourrait alors que légitimement se demander dans quelles circonstances un recours contre une décision de ne pas attribuer le marché au requérant pourrait encore être jugé recevable".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen unique ne pouvant – pour les raisons propres à chacune des trois branches – entraîner une annulation de l'acte attaqué, en tant que celui-ci attribue le marché litigieux à la société momentanée CIT BLATON – CFE BÂTIMENT, il ne peut davantage – et à suivre le raisonnement des requérantes relatif au fait que le moyen serait commun aux deux actes – conduire à l'annulation de la décision implicite de ne pas attribuer ce marché aux requérantes.

Le recours dirigé contre cette décision implicite doit donc, en toute hypothèse, être rejeté.

VI. Confidentialité

Les requérantes déposent à titre confidentiel deux extraits de leurs offres, qu'elles identifient comme étant les pièces 2 et 3 de leur dossier.

La partie adverse dépose, également à titre confidentiel, les différentes offres déposées dans le cadre du marché litigieux. Les requérantes n'émettent aucune objection à cet égard.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, les demandes de maintien de la confidentialité sont devenues sans objet.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

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

Les requérantes n'ont fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

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

Le rejet du recours justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés aux requérantes.

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse, à concurrence de la moitié chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le onze décembre deux mille dix-neuf par :

Imre KOVALOVSKY,
David DE ROY,
Nathalie VAN LAER,
Vincent DURIEUX,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

Imre KOVALOVSKY