

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 252.355 du 8 décembre 2021

A. 234.525/VI-22.147

En cause : **l'association sans but lucratif**
CENTRE INTERDISCIPLINAIRE
BENCHMARKING ÉCONOMIE ET SANTÉ,
ayant élu domicile chez
M^{es} Thomas CAMBIER et
Jean-Marc VAN GYSEGHEM, avocats,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles,

contre :

l'association intercommunale société coopérative
à responsabilité limitée VIVALIA,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et Olivier LOUPPE, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la Société 3M BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^e Isabelle COOREMAN, avocat,
avenue Charles Quint 586/9
1082 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 10 septembre 2021, l'ASBL Centre Interdisciplinaire Benchmarking Économie et Santé demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse de déclarer son offre irrégulière et l'écarter pour le marché public de services relatif à la souscription à un outil collectif d'analyse et de *feedback* concernant l'activité hospitalière médicale, en ses trois lots; - d'attribuer les lots 1, 2 et 3 de ce marché à un autre soumissionnaire », ainsi que de la « décision d'attribution qui aurait été adoptée le 13 juillet 2021 par le C.A. de la partie adverse ».

Par une requête introduite le 18 octobre 2021, la même requérante demande l'annulation des mêmes décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 13 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 septembre 2021.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

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

M^{es} Thomas Cambier et Jean-Marc Van Gyseghem, avocats, comparaisant pour la partie requérante, M^e Jean Laurent, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Bram Tollet, *loco* M^e Isabelle Cooreman, avocat, comparaisant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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 utiles à l'examen de la demande

Le 26 janvier 2021, le conseil d'administration de l'intercommunale Vivalia décide de lancer un marché public de service relatif à la souscription à un outil collectif d'analyse et de *feedback* concernant l'activité hospitalière.

Le marché est lancé par procédure négociée directe avec publication préalable et est publié en date du 28 janvier 2021.

La société 3M dépose une offre le 26 février.

En date du 8 mars 2021, [V. W.] dépose une offre au nom de la requérante.

Le 9 mars 2021, la partie adverse procède à l'ouverture des offres.

Par un courriel du 29 mars 2021, Vivalia écrit ce qui suit à la requérante :

« [...] Je me permets de revenir vers vous, dans le cadre du marché repris sous objet, suite au dépôt de votre offre.

Dans le cadre de l'analyse administrative des offres, je constate que le rapport de dépôt électronique a été signé par [V. W.]. Or, je ne dispose pas de la preuve de son habilité à engager votre asbl dans le cadre de ce marché. En effet, le document transmis ne concerne pas [V. W.].

Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre ce document et ce, pour le 10 avril 2021 au plus tard?

D'avance, je vous remercie ».

Le 22 avril 2021, la partie adverse adresse à la requérante un courriel rédigé comme suit :

« [...] Je me permets de revenir vers vous dans le cadre du marché repris sous objet car, sauf erreur de ma part, vous n'avez pas réservé suite à mon précédent *mail* du 29 mars dernier.

Dans le cadre de l'analyse administrative des offres, je constate que le rapport de dépôt électronique a été signé par [V. W.]. Or, je ne dispose pas de la preuve de son habilité à engager votre asbl dans le cadre de ce marché. En effet, le document transmis ne concerne pas [V. W.].

Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre ce document et ce, dans les meilleurs délais.».

Le 27 avril 2021, la partie adverse s'adresse à nouveau à la requérante en ces termes :

« [...] Je reviens vers vous dans le cadre du marché repris sous objet.

Suite à la présentation de votre offre au sein des locaux de Vivalia le jeudi 22 avril dernier, puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre les *slides* utilisés lors de celle-ci?

Je vous rappelle également mes *mails* des 29 mars et 22 avril derniers concernant le document prouvant l'habilité de [V. W.] à signer le rapport de dépôt électronique de l'offre de CIBES.

D'avance, je vous remercie pour votre retour et ce, dans les meilleurs délais ».

Le 27 avril 2021, la requérante répond ce qui suit à la partie adverse :

« [V.W] était techniquement le seul de l'équipe a savoir envoyer le document comme vous l'exigiez.
Il est chercheur engagé au CIBES et comme présidente du CIBES j'atteste qu'il était habilité à faire cet envoi.
Cela vous suffit-il comme garantie? ».

Le même jour, Vivalia répond en ces termes :

« Je vous remercie pour votre réponse.
Cependant, celle-ci est loin d'être suffisante.
En effet, le fait que seul [V. W.] soit capable d'envoyer l'offre sur la plateforme électronique et le fait que vous attestiez dans votre *mail* qu'il était habilité à le faire n'est pas une justification suffisante.
Conformément à l'article 43 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le rapport de dépôt électronique doit être revêtu d'une signature électronique qualifiée c'est-à-dire qu'il doit être signé par la (ou les) personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager CIBES dans le cadre de ce marché public.
Il est donc nécessaire que [V. W.] soit couvert par un mandat et que vous me fournissiez la preuve officielle de ce mandat ».

Le 5 mai 2021, la partie adverse écrit ce qui suit à la requérante :

« [...] Je reviens vers vous dans le cadre du marché repris sous objet car vous n'avez pas donné suite à ma demande, suite à notre échange de *mails* du 27 avril dernier.

Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre la preuve que [V. W.] était habilité, sur base d'un mandat officiel, à déposer l'offre de CIBES sur la plateforme électronique E-Notification et à signer le rapport de dépôt électronique et ce, conformément à l'article 43 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Je vous invite à me transmettre ce document endéans les douze jours, à savoir pour le 21 mai 2021 au plus tard.

Je tiens à vous aviser que sans la preuve de ce mandat, nous serons contraints de considérer l'offre de CIBES irrégulière de manière substantielle et ce, sur base de l'article 76, § 1^{er}, 2^o de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

À la même date, Vivalia envoie à la requérante un nouveau courriel rédigé comme suit :

« [...] Je reviens vers vous concernant l'analyse technique de votre offre dans le cadre du marché repris sous objet.

La partie technique du cahier des charges, en son point 5.1 (page 26) indique :
"Pour des raisons organisationnelles Vivalia souhaite que le service de groupage soit effectué par l'adjudicataire. Si à l'ouverture des offres le soumissionnaire n'est pas en mesure d'effectuer le service de groupage, il devra s'engager à le proposer. Il disposera d'un délai de 2 mois suite à l'attribution du marché pour se mettre en ordre et être en mesure de fournir les données sur base du système de groupage utilisé par la Santé publique".

À l'examen de votre offre, nous comprenons que vous ne proposez pas le service de groupage et que vous ne vous engagez, de plus pas, à le proposer dans un délai de deux mois suite à l'attribution du marché.

Par conséquent, je vous remercie de bien vouloir me confirmer que CIBES au travers de son offre ne s'engage pas à proposer le service de groupage ni à le mettre en place dans les deux mois de l'éventuelle attribution du marché à CIBES et que par conséquent ce service n'est pas compris dans le montant des offres pour les différents lots soumis.

D'avance, je vous remercie pour votre retour dans les meilleurs délais ».

Le même jour, la requérante répond ce qui suit :

« Chère madame,

À la lecture de l'offre, il m'était apparu que vous imposez ds votre offre le grouper et que si nous étions choisi nous aurions deux mois pour acquérir le grouper. Toutefois comme aucun des 38 sites présents dans notre échantillon n'a cette exigence, il nous a semblé normal d'attendre de savoir si nous étions choisis pour l'acquérir.

Nous avons contacté 3m qui nous fournirait le grouper pour 18000 euros par an. [...] ».

Le 6 mai 2021, la partie adverse écrit ce qui suit à la requérante :

« Bonjour,

Je prends note du fait que le grouper n'est actuellement pas prévu dans votre offre et que 3M vous fournirait le grouper pour 18.000€ htva / an.

Le cahier des charges prévoyait ceci :

Pour des raisons organisationnelles Vivalia souhaite que le service de groupage soit effectué par l'adjudicataire. Si à l'ouverture des offres le soumissionnaire n'est pas en mesure d'effectuer le service de groupage, il devra s'engager à le proposer. Il disposera d'un délai de 2 mois suite à l'attribution du marché pour se mettre en ordre et être en mesure de fournir les données sur base du système de groupage utilisé par la Santé publique.

Le cahier des charge stipule donc que le soumissionnaire doit s'engager à proposer le groupage dans les 2 mois suite à l'attribution du marché. Cela signifie que l'engagement à le faire doit être lui déjà bien présent dans l'offre

Par conséquent, je vous invite à me communiquer une offre financière adaptée en tenant compte de ce montant et ce, pour chaque lot. En effet, il est nécessaire que nous soyons en possession d'offres similaires afin de pouvoir les comparer entre elles.

Je vous remercie donc de bien vouloir me confirmer noir sur blanc que CIBES s'engage à proposer le groupage en intégrant cela dans votre proposition financière et que celui-ci sera opérationnel dans les deux mois de l'attribution du marché si celui-ci devait être attribué à votre société.

Par ailleurs, je vous rappelle ma demande de disposer du mandat officiel de [V. W.] prouvant son habilitation à signer le rapport de dépôt électronique.

D'avance, je vous remercie pour votre retour et ce, pour le 18 mai 2021 au plus tard ».

La requérante répond ce qui suit le 6 mai 2021 :

- « Je vous confirme, pour autant que de besoin, que l'offre est bien signée par moi, en tant que Présidente du Conseil d'administration, de telle sorte qu'il n'y a aucun doute au sujet de l'engagement pris par CIBES (*cfr.* art. 27 des statuts de CIBES)

Quant au dépôt de cette offre, je vous confirme également que j'ai chargé [V. W.] de le faire, ce qui n'a aucune incidence sur l'engagement de la société au sujet de l'offre valablement signée. Cela ne pourrait donc pas constituer une irrégularité de nature à entraîner l'écartement de l'offre. À ce sujet, la jurisprudence du Conseil d'État au sujet de la signature s'appuie sur l'incertitude au sujet de l'engagement du soumissionnaire pour admettre l'écartement de l'offre (C.E., n° 223.636 du 29 mai 2013).

L'arrêt du C.E. n° 24.676 concerne une hypothèse où l'offre est signée et déposée par une personne qui n'a pas le pouvoir de représentation et l'examen du Conseil d'État se concentre bien sur la signature de l'offre et pas du rapport de dépôt : ce qui importe c'est bien "que, lors du dépôt de l'offre, la personne qui a signé l'offre et l'inventaire était habilitée, statutairement ou par procuration, à représenter valablement le soumissionnaire dans les actes judiciaires et extrajudiciaires et à engager le soumissionnaire pour le montant total de l'offre". Au demeurant cet arrêt souligne bien que le pouvoir adjudicateur a le droit "sans y être obligé" d'écarter l'offre.

Je m'étonne que le dépôt de notre offre sur la plateforme électronique suscite soudainement autant de questions de la part de VIVALIA alors que, pour le précédent marché, j'avais également, en tant que Présidente du C.A. chargé un membre de l'équipe de déposer l'offre, sans que cela ne suscite la moindre réaction.

Je m'en étonne d'autant plus que cela s'inscrit dans un contexte historique qui pourrait laisser apparaître que VIVALIA ne souhaite pas collaborer avec CIBES au bénéfice de la société 3M qui est en place au terme d'une désignation qui a été faite en violation de la réglementation sur les marchés publics.

Meilleures salutations ».

Le 9 mai 2021, la partie adverse écrit ce qui suit à la requérante :

- « [...] Je reviens vers vous dans le cadre du marché repris sous objet car vous n'avez pas donné suite à ma demande, suite à notre échange de *mails* du 27 avril dernier.

Puis-je vous demander de bien vouloir me transmettre la preuve que [V. W.] était habilité, sur base d'un mandat officiel, à déposer l'offre de CIBES sur la plateforme électronique E-Notification et à signer le rapport de dépôt électronique et ce, conformément à l'article 43 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Je vous invite à me transmettre ce document endéans les douze jours, à savoir pour le 21 mai 2021 au plus tard.

Je tiens à vous aviser que sans la preuve de ce mandat, nous serons contraints de considérer l'offre de CIBES irrégulière de manière substantielle et ce, sur base de

l'article 76, § 1^{er}, 2° de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

En date du 12 mai 2021, la requérante répond ce qui suit :

« [...] Nous ne comprenons pas le sens qu'il y a à ajouter le grouper aux 3 lots. Le grouper sert à grouper les données RHM. Il peut être utile de grouper celles-ci relativement rapidement au fur et à mesure du codage. Il est donc indispensable au lot 1 journées justifiées qui se basent directement et uniquement sur le RHM et il nous semble pertinent d'ajouter le grouper au lot 1. Nous ne voyons pas l'intérêt d'ajouter le grouper aux deux autres lots. En effet, si nous obtenons le lot 1 le Grouper sera joint à l'offre et nous grouperons vos données RHM et vous les transmettrons pour que vous puissiez en disposer pour les autres lots. Si nous ne l'obtenons pas, vos RHM seront regroupés par celui qui a obtenu le lot 1 et vous pourrez nous envoyer les données regroupées pour les deux autres lots. Dans l'attente d'une réponse claire de votre part ».

En date du 17 mai 2021, la partie adverse fait savoir ce qui suit à la requérante :

« Bonjour,
Je prends note du fait que le grouper n'est actuellement pas prévu dans votre offre et que 3M vous fournirait le grouper pour 18.000 € htva / an.
Le cahier des charges prévoyait ceci :
Pour des raisons organisationnelles Vivalia souhaite que le service de groupage soit effectué par l'adjudicataire.
Si à l'ouverture des offres le soumissionnaire n'est pas en mesure d'effectuer le service de groupage, il devra s'engager à le proposer. Il disposera d'un délai de 2 mois suite à l'attribution du marché pour se mettre en ordre et être en mesure de fournir les données sur base du système de groupage utilisé par la Santé publique. Le cahier des charges stipule donc que le soumissionnaire doit s'engager à proposer le groupage dans les 2 mois suite à l'attribution du marché. Cela signifie que l'engagement à le faire doit être lui déjà bien présent dans l'offre
Par conséquent, je vous invite à me communiquer une offre financière adaptée en tenant compte de ce montant et ce, pour chaque lot. En effet, il est nécessaire que nous soyons en possession d'offres similaires afin de pouvoir les comparer entre elles.
Je vous remercie donc de bien vouloir me confirmer noir sur blanc que CIBES s'engage à proposer le groupage en intégrant cela dans votre proposition financière et que celui-ci sera opérationnel dans les deux mois de l'attribution du marché si celui-ci devait être attribué à votre société.
Par ailleurs, je vous rappelle ma demande de disposer du mandat officiel de [V. W.] prouvant son habilitation à signer le rapport de dépôt électronique.
D'avance, je vous remercie pour votre retour et ce, pour le 18 mai 2021 au plus tard.
Bien à vous.
Cordialement ».

Le 18 mai 2021, la requérante adresse une offre remaniée à VIVALIA et écrit ce qui suit :

- « Comme exposé lors de nos échanges préalables au dépôt des offres, il était possible de scinder le marché et ce choix de VIVALIA de lier ce marché à un service de groupage pose un problème d'accès au marché et de concurrence puisque seul 3M est en mesure de proposer ce service. Or, il s'agit précisément du prestataire actuellement en place et susceptible d'être l'unique concurrent de CIBES lors de l'attribution de ce marché.

Ce choix de VIVALIA contraint CIBES, pour pouvoir participer à ce marché, à solliciter les services de son concurrent et à en être, *de facto*, dépendant.

Confirmant sa volonté de participer à ce marché, CIBES a fait les démarches auprès de son concurrent, afin de bénéficier, en cas d'attribution du marché, de son service de groupage. La société 3M a remis une offre pour son grouper, ce qui constitue déjà une entrave à la concurrence puisque CIBES est financièrement pénalisé.

De plus, la société 3M ne s'est pas fermement engagée à offrir ce service puisqu'elle maintient une condition liée à la réalisation d'une procédure d'*Integrity Assessment*, au sujet duquel 3M indique que CIBES n'a rien à faire.

Moyennant cette condition, totalement indépendante de notre volonté, nous nous engageons à fournir ce service à VIVALIA, conformément à sa demande. Il va de soi que CIBES ne pourrait pas, lors de l'attribution comme lors de l'exécution du marché, subir les conséquences des conditions posées par la société 3M.

Si VIVALIA entend obtenir la levée de cette condition posée par 3M, il semble utile qu'elle invite 3M à lever cette condition formulée à l'égard de son concurrent.

Conformément à votre demande, vous trouverez, en annexe, l'offre financière adaptée et cela pour chaque lot incluant le prix demandé par CIBES pour fournir le service de groupage permettant d'associer les séjours à leurs APR-DRGs dans le cadre des *benchmarks* présentés dans les trois lots du marché public de Vivalia ».

Le 13 juillet 2021, le conseil d'administration de Vivalia adopte la décision suivante :

« [...]

Attendu qu'il convient de rejeter l'offre de la firme CIBES pour cause d'irrégularité substantielle,

Vu, en effet, que l'offre déposée par la société CIBES est signée de manière manuscrite par [M.-C. C.], Présidente du Conseil d'Administration de la société,

Vu qu'il ressort du PV d'ouverture des offres, que l'offre a été signée électroniquement et déposée par [V. W.], dont le nom n'apparaît pas dans les statuts de la société CIBES,

Considérant que les articles 41 à 44 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques imposent la signature électronique qualifiée de l'offre dans le cadre d'une procédure négociée directe avec publication,

Vu qu'une signature manuscrite d'une offre n'est donc pas valide; qu'en toute hypothèse, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État qu'une signature manuscrite scannée d'une offre n'est pas valide (arrêt n° 141.559 du 3 mars 2005, arrêt n° 230,176 du 12 février 2015 et arrêt n° 223.636 du 29 mai 2013);

Vu que la signature manuscrite de l'offre par [M.-C. C.] n'est donc pas valide et ne peut engager la société CIBES à la réalisation du marché,

Considérant que seule la signature acceptable est celle de [V. W.]; Que cette personne n'est cependant pas compétente pour engager la société CIBES,

Que conformément à l'article 44 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, dans l'hypothèse où l'offre est signée par un mandataire, celui-ci joint l'acte électronique authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie scannée de la procuration; Que le cahier des charges insistait particulièrement sur cette exigence, en l'espèce,

Vu que l'offre déposée par la société CIBES ne contient aucun document (mandat, procuration, ou autre) de nature à démontrer que [V. W.] était compétent pour engager la société CIBES,

Vu qu'au contraire, les actes de l'ASBL tels que publiés au *Moniteur belge* renseignent que l'Assemblée générale de l'ASBL a décidé, en date du 20 mars 2015, de confier la gestion journalière de l'ASBL à [M.-C. C.] (MB du 7 mai 2015); Qu'aucune autre décision concernant les délégations n'est publiée postérieurement à celle-ci de sorte qu'il convient de constater que [V. W.] était incompétent pour apposer sa signature électronique qualifiée lors du dépôt de l'offre,

Considérant qu'en application de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, une offre; non signée ou non valablement signée est affectée d'une irrégularité substantielle; Qu'en l'espèce, le Pouvoir adjudicateur a l'obligation de déclarer cette offre irrégulière,

Vu que le défaut de signature valide est, par ailleurs, de nature à rendre incertain l'engagement du soumissionnaires à réaliser le marché,

Vu qu'il y a donc lieu d'écarter l'offre remise par la société CIBES,

[...]

- “ 1. De ne pas attribuer le lot 2 (Montants de référence, *Clusters* à basse variabilité – Forfaits Pharmacie - Financement global par groupe de pathologies) pour cause de révision des besoins du Pouvoir adjudicateur et de relancer un marché via une nouvelle procédure;
2. D'attribuer le présent marché de la manière suivante :

	Firme	Coût htva	Coût tvac
LOT 1	3M	84.859,56	102.680,07
LOT 2	/	/	/
LOT 3	3M	97.889,46	118.446,25
Coût total	3M	182.749,02	221.126,31

„

Les rapports d'attribution et techniques sont joints et sont considérés comme faisant partie intégrante de la décision ».

En date du 26 août 2021, la partie adverse notifie à la société requérante les motifs pour lesquels son offre a été jugée irrégulière, extraits de la décision motivée d'attribution.

IV. Recevabilité

Ainsi que le relève la partie adverse, seuls les lots 1 et 3 ont été attribués. Il s'ensuit que le recours est irrecevable en ce qu'il tend à la suspension de l'exécution de la décision attaquée relative au lot 2.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 41 à 44 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 4, 5 et 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des principes généraux du droit, notamment des principes d'égalité, de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence et des devoirs de prudence et de minutie, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

La requérante fait valoir que la procédure suivie est la « procédure négociée directe avec publication préalable » à laquelle ne s'applique pas la règle qu'elle invoque selon laquelle une offre mal signée devrait impérativement être écartée. Elle soutient que c'est à tort que la motivation de la décision attaquée indique que le pouvoir adjudicateur avait en l'espèce l'obligation de déclarer son offre irrégulière dès lors que, selon le § 5 de l'article 76 de l'arrêté royal du 17 avril 2018 qui s'applique en l'espèce et qui prévoit que le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Elle en conclut que le motif en cause est erroné et contraire à l'article 76, § 5, susmentionné de l'arrêté royal.

La requérante fait également valoir que ce motif démontre que le pouvoir adjudicateur n'a pas exercé le pouvoir d'appréciation qui lui revenait. Elle souligne que lorsqu'une autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation, il lui revient de l'exercer, à défaut de quoi l'article 76 de l'arrêté royal est violé, au même titre notamment que l'article 33 de la Constitution. Elle souligne qu'il doit ressortir de la motivation de la décision que le pouvoir d'appréciation a été exercé. Elle constate qu'en l'espèce, ce pouvoir n'a pas été exercé et que dans la décision attaquée, la partie adverse se contente de soulever et d'exposer la prétendue irrégularité substantielle de l'offre et d'affirmer qu'elle n'aurait d'autre choix que d'écarter cette offre.

Par ailleurs, elle fait valoir qu'elle a été invitée à remettre une *BAFO* par un courriel du 17 mai 2021, ce dont l'acte attaqué fait entièrement abstraction. Elle expose qu'on peut s'interroger sur la portée juridique de l'acte attaqué qui ne

concerne que l'offre initiale remplacée par la *BAFO*. Elle estime que l'acte attaqué emporte l'écartement de l'offre initiale mais pas de la *BAFO* au sujet de laquelle celui-ci ne se prononce pas. Elle soutient que cette offre a été signée et communiquée valablement ce qui n'est d'ailleurs pas remis en cause et que si un choix a été fait, c'était donc celui de permettre la régularisation, bien qu'une réserve ait été émise par Vivalia dans son *mail* l'invitant à remettre une *BAFO*. Elle expose qu'il ne s'agit pas, pour un pouvoir adjudicateur, de permettre la remise d'une *BAFO* tout en se réservant la possibilité, tenant compte de la *BAFO*, de revenir par la suite sur une irrégularité qu'il estime pouvoir tirer de l'offre initiale et que ceci vaut d'autant plus que, dans ce *mail*, la partie adverse fait abstraction du *mail* de la requérante du 6 mai 2021 sur le sujet.

Elle affirme également que, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, il n'y a pas de doute au sujet de son engagement, et ce d'autant plus qu'il n'y a pas de discussion au sujet de la signature et du dépôt de l'offre finale. Elle souligne que son offre initiale est signée par [M.-C. C.] qui est compétente pour représenter l'association, ce qui n'est pas contesté. Elle expose qu'il convient de distinguer l'offre et le dépôt de l'offre et que le fait que l'offre soit déposée sur la plateforme électronique par une personne qui n'est pas compétente pour représenter la société ne remet pas en cause l'engagement de la société dès lors que l'offre est signée par une personne compétente pour la représenter. Elle souligne qu'en l'occurrence, cet engagement a par la suite été confirmé par courriel par [M.-C. C.] mais aussi par le dépôt de la *BAFO* qu'elle a signée et communiquée personnellement à la partie adverse. Elle fait valoir que les exigences formelles en termes de signature des offres et de dépôt des offres doivent être appréciées de manière raisonnable compte tenu de l'objectif de s'assurer de l'engagement du soumissionnaire. Cela vaut d'autant plus lorsqu'il s'agit d'exercer le pouvoir d'appréciation qui résulte du § 5 susmentionné de l'article 76. Elle en conclut que le choix d'écarter son offre est disproportionné et injustifié, s'il fallait considérer qu'un choix a été posé au terme de l'exercice d'un pouvoir d'appréciation.

V.2. Thèse de la partie adverse

Après avoir exposé les dispositions applicables, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« En l'espèce, le rapport de dépôt de l'offre de la société requérante est signé par [V. W.]. Or, la société requérante ne fournit aucun mandat ou autre document de nature à justifier la compétence de [V. W.] à déposer l'offre au nom de la société.

L'article 44 § 2 de l'arrêté précité prévoit pourtant très clairement que "Lorsque le rapport de dépôt est signé par un mandataire, celui-ci mentionne clairement son

(ses) mandant(s). Le mandataire joint l'acte électronique authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie scannée de la procuration”.

En date du 29 mars 2021, le pouvoir adjudicateur informe la requérante qu’il ne dispose pas de la preuve de l’habilité de [V. W.] à engager l’asbl dans le cadre du marché et lui demande de transmettre cette preuve pour le 10 avril 2021. Il réitère sa demande dans ses *emails* des 22 et 27 avril 2021.

En date du 27 avril 2021, la société requérante répond que :

“ [V. W.] était techniquement le seul de l’équipe a savoir envoyer le document comme vous l'exigiez.
Il est chercheur engagé au CIBES et comme présidente du CIBES j'atteste qu'il était habilité à faire cet envoi.
Cela vous suffit-il comme garantie?”.

En réponse à cet *email*, le pouvoir adjudicateur informe la requérante que sa réponse n’est pas suffisante et rappelle les règles applicables en matière de signature. Il précise “Il est donc nécessaire que [V. W.] soit couvert par un mandat et que vous me fournissiez la preuve officielle de ce mandat”.

En date du 5 mai 2021, le pouvoir adjudicateur demande à nouveau à CIBES de fournir la preuve d’un mandat dans le chef de [V. W.] pour le 21 mai 2021 au plus tard et précise : “Je tiens à vous aviser que sans la preuve de ce mandat, nous serons contraints de considérer l’offre de CIBES irrégulière de manière substantielle et ce, sur base de l’article 76, § 1^{er}, 2° de l’Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques”.

La partie adverse réitère sa demande dans ses *emails* des 6 mai, 9 mai et 17 mai 2021.

5.

Premièrement, c’est à tort que la requérante prétend qu’il conviendrait de distinguer l’offre et le dépôt de l’offre et que l’engagement de la société ne pourrait être remis en cause en raison d’un dépôt de l’offre par une personne non compétente à représenter la société.

En effet, l’article 42 de l’arrêté précité prévoit très clairement que les documents formant l’offre sont signés de manière globale par l'apposition d'une signature sur le rapport de dépôt y afférent. L’article 44 précise que ce rapport de dépôt doit être signé par la personne compétente ou mandatée pour engager le soumissionnaire.

C’est donc bien à la signature du rapport de dépôt et non pas à la signature des documents d’offre qu’il convient d’avoir égard pour déterminer si l’offre a bien été introduite par une personne compétente à engager la société.

La signature d’un rapport de dépôt par une personne non compétente à engager la société est donc bien de nature à remettre en cause l’engagement de la société à réaliser le marché conformément à ce qui est stipulé dans son offre.

En toute hypothèse, la signature de [M.-C. C.] sur les documents d’offre scannés ne pourrait être considérée comme valide dès lors qu’il ressort tant de la doctrine que de la jurisprudence, qu’une signature scannée n’est pas régulière alors qu’une signature électronique est requise en raison du dépôt électronique obligatoire de l’offre.

Deuxièmement, il ressort des échanges entre la partie adverse et la requérante que la partie adverse a clairement montré sa volonté, par ses multiples *emails*, de déclarer nulle l’offre de la requérante dans l’hypothèse où celle-ci ne devait pas

apporter la preuve que le signataire du rapport de dépôt de l'offre était bien compétent.

La partie adverse a adressé de nombreux rappels à cet égard et fixé plusieurs échéances, sans que la requérante n'apporte jamais la preuve d'un mandat dans le chef de [V. W.].

Dès lors que le législateur a spécifiquement prévu la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, il ne revenait pas à celui-ci d'exposer les raisons pour lesquelles il n'envisageait pas de permettre la régularisation de cette irrégularité. Il a en effet été relevé que le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté discrétionnaire sur ce point. La partie adverse ne s'est d'ailleurs pas éloignée de sa ligne de conduite qui transparaît dans ses échanges avec la requérante.

La partie adverse a agi comme un pouvoir adjudicateur normalement prudent et diligent en décidant de déclarer nulle l'offre de la société requérante en ce qu'elle ne répond pas aux règles applicables en matière de signature, après avoir laissé la possibilité (et prolongé les délais à plusieurs reprises) à la société requérante d'apporter la preuve d'un mandat dans le chef du signataire du rapport de dépôt.

Troisièmement, il est faux de prétendre que la partie adverse aurait eu l'intention de permettre une régularisation en invitant la requérante à remettre une *BAFO* :

- Premièrement, la partie adverse invite la requérante à apporter des précisions sur son offre, et non à remettre une *BAFO*, dans un courrier du 17 mai 2021;
- Deuxièmement, ce courrier est envoyé durant le délai qui était laissé à la requérante pour apporter la preuve de la capacité de [V. W.] à engager l'asbl;
- Troisièmement, la partie adverse rappelle précisément, dans ce courrier du 17 mai, sa demande de disposer du mandat officiel de [V. W.] à engager la société;

La partie adverse n'a donc pas eu l'intention de permettre la régularisation de l'irrégularité affectant l'offre de la requérante. Elle a d'ailleurs informé la requérante à plusieurs reprises qu'elle déclarerait son offre nulle dans l'hypothèse où la preuve d'un mandat dans le chef de [V. W.] ne devait pas être rapportée. Cela est confirmé dans la décision d'attribution contestée.

De plus, le document déposé par [M.-C. C.] en date du 12 mai 2021, intitulé "offre adaptée" ne constitue aucunement une *BAFO*; elle ne résulte d'ailleurs pas de négociations que le pouvoir adjudicateur aurait eu avec la requérante. Il s'agit d'une simple modification de l'offre initiale qui aurait dû faire l'objet d'un nouveau rapport de dépôt signé au moyen d'une signature qualifiée en application de l'article 43 § 2 précité. En toute hypothèse, cette offre remaniée ne pourrait se substituer à une offre initiale non valide.

Enfin, même s'il fallait considérer que l'offre adaptée déposée en date du 12 mai 2021 constituerait une *BAFO*, *quod certe non*, il convient de constater :

- Que cette "*BAFO*" ne pourrait être considérée comme régulière dès lors qu'elle fait suite à une offre initiale irrégulière;
- Que les dispositions précitées imposent la signature électronique qualifiée tant pour le dépôt de l'offre initiale que pour le dépôt de l'offre finale. Or, le document remis en date du 12 mai 2021 contient une signature scannée non valide et a été communiqué par *e-mail* de sorte qu'il n'est pas revêtu d'une signature électronique qualifiée comme exigé par la réglementation.

Le moyen n'est pas sérieux ».

V.3. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante fait valoir ce qui suit :

- « 9. Il convient, dans un premier temps, d’insister sur l’irrégularité manifeste de l’offre déposée par CIBES. En effet, à juste titre, VIVALIA a qualifié cette irrégularité (la signature électronique de l’offre par une personne qui n’est pas compétente pour engager CIBES) de substantielle.

À cet égard, 3M souligne que la signature manuscrite (par une personne, par hypothèse, compétente pour engager le soumissionnaire) n’a aucune valeur juridique. Ainsi, dans son arrêt du 3 mars 2005 (n° 141.559), le Conseil d’État a clairement précisé qu’une signature manuscrite (scannée) d’une offre équivaut en réalité à l’absence de signature, puisque seule la signature électronique de l’offre fait foi.

La distinction entre le dépôt de l’offre et l’offre elle-même, n’a tout simplement, dans le cadre du débat relatif à la régularité de l’offre, pas lieu d’être. Pour examiner si l’offre est correctement signée et si le soumissionnaire s’est valablement engagé, il convient donc d’avoir égard uniquement à l’offre électronique. Toute autre vision est à rejeter.

Par conséquent il convient, pour examiner la régularité de l’offre de CIBES, de s’en tenir à la signature électronique de celle-ci. L’irrégularité est alors manifeste puisque le mandat de [V. W.] n’a pas été démontré (et ne l’est toujours pas). Les quelques courriels échangés entre CIBES et VIVALIA concernant cette problématique et dans lesquels il est, *a posteriori*, question d’une “autorisation” émanant de la présidente du conseil d’administration de CIBES, ne sont pas de nature à modifier le constat : il n’est pas question, au moment de l’introduction de l’offre, d’un mandat (en bonne et due forme) au profit de [V. W.] dont il ressort que ce dernier était habilité à engager CIBES en tant que soumissionnaire pour le marché litigieux.

10. Force est de constater qu’en réalité, CIBES ne conteste pas ce fait dans le moyen développé. CIBES estime toutefois que le pouvoir adjudicateur a “implicitement” régularisé son offre (ce qui équivaut donc nécessairement à une reconnaissance de ce que son offre initiale était bel et bien irrégulière!) en lui permettant de soumettre une *BAFO* (*Best And Final Offer*).

L’argument ne peut convaincre.

11. Tout d’abord, 3M s’étonne de l’argument soulevé par CIBES en ce sens qu’aucune invitation à introduire une *BAFO* ne lui est parvenue.

3M s’interroge donc sur cette “*BAFO*”. S’il s’agit du document envoyé par CIBES en date du 18 mai 2021 (suite à une demande de clarification émanant de VIVALIA du 17 mai 2021) force est de constater qu’il s’agit d’une initiative prise unilatéralement par CIBES elle-même.

En aucun cas, il s’en déduit que VIVALIA aurait offert à CIBES la possibilité d’introduire une *BAFO*, voire encore de régulariser son offre.

12. Ceci est en tout cas contraire à la correspondance précédente. Ainsi VIVALIA a clairement manifesté dans son courriel du 5 mai 2021 (tel que cité notamment par CIBES elle-même) son intention de déclarer l’offre de CIBES irrégulière si la preuve du mandat de [V. W.] n’était pas fournie. En effet, VIVALIA a écrit ce qui suit :

“ Je tiens à vous aviser que sans la preuve de ce mandat, nous serons contraints de considérer l’offre de CIBES irrégulière de manière substantielle [...]”.

Il ne peut donc être question, compte tenu de cet avertissement clair, précis et explicite à l'adresse de CIBES, d'une régularisation implicite de l'offre de CIBES sous la forme de l'admission d'une *BAFO* par CIBES.

13. Qui plus est, une telle irrégularité (défaut de signature de l'offre) ne peut, en tout état de cause, pas faire l'objet d'une régularisation. Ainsi, dans son arrêt du 29 mai 2013 (n° 223.636) le Conseil d'État a précisé que la signature de l'offre est une formalité substantielle dont la violation entraîne la nullité de l'offre pour irrégularité substantielle et qu'un défaut de signature ne peut être "couvert", puisqu'il rend incertain l'engagement du soumissionnaire.

14. CIBES prétend qu'une telle régularisation serait parfaitement envisageable dans le cadre d'une procédure de passation dans laquelle les négociations sont admises. CIBES s'appuie sur la possibilité de régularisation prévue à l'article 76, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Ce raisonnement ne peut être suivi, puisque une telle régularisation, après ouverture des offres, impliquerait nécessairement une violation du principe fondamental d'égalité entre soumissionnaires.

Dans son arrêt du 10 décembre 2013 (n° 225.775), le Conseil d'État a ainsi précisé ce qui suit :

“ In wezen lijkt de verwerende partij door de voorgenomen ‘regularisatie’ van de handtekening met de bestreden beslissing aldus een kandidaat, die zich nog geenszins verbonden heeft bij gebrek aan enige ondertekening van een offerte, te hebben toegelaten tot de onderhandelingen, terwijl er op dat ogenblik nog geen ondertekende offerte – en dus geen verbintenis – voorlag en op het eerste gezicht dan nog niet kon worden nagegaan of de offerte inhoudelijk niet zou zijn gewijzigd. Mocht het nog dezelfde offerte zijn als de niet-ondertekende, gebeurt de indiening ervan na de in het bestek gestelde datum van 3 oktober 2013 en in weerwil van de besteksvereisten overeenkomstig welke offertes die na het voormelde in het bestek bepaalde tijdstip toekomen, niet in aanmerking zullen worden genomen.
Een dergelijk handelen lijkt strijdig met het bestek en met het principe van de gelijke behandeling der inschrijvers”.

Traduction libre :

“ En substance, le pouvoir adjudicateur semble, par la ‘régularisation’ de la signature proposée par la décision attaquée, avoir admis aux négociations un candidat qui ne s'était encore nullement lié à défaut de la moindre signature d'une offre, alors qu'à ce moment-là, il n'existait aucune offre signée – et donc aucun engagement – et qu'à première vue, il ne pouvait donc être contrôlé si le contenu de l'offre n'avait pas été modifié. Même si l'offre pouvait encore être la même que l'offre non signée, son introduction a eu lieu après la date fixée dans le cahier spécial des charges et en violation des exigences du cahier spécial des charges selon lesquelles les offres parvenues après le moment fixé dans le cahier spécial des charges ne seraient pas prises en considération.
Une telle manière d'agir semble contraire au cahier spécial des charges et au principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires”.

CIBES ne peut donc être suivie quand elle prétend que la régularisation était parfaitement possible dans le cadre d'une procédure négociée.

15. Il ressort par ailleurs de la motivation explicite de l'acte attaqué que VIVALIA a – à bon droit – émis des doutes quant à l'engagement de CIBES. En effet, VIVALIA a précisé (la motivation formelle est donc bel et bien présente dans l'acte attaqué!) que le défaut de signature valide est “de nature à rendre incertain l'engagement du soumissionnaire à réaliser le marché”.

Sur ce point spécifique, 3M tient à insister sur le fait que cet engagement incertain (sur l'ensemble des conditions d'exécution du marché litigieux) ne se prête pas à une "régularisation" implicite par l'introduction par CIBES de sa (prétendue) *BAFO* (qui n'a en réalité qu'une portée très limitée).

En effet, à supposer que l'envoi d'un document en date du 18 mai 2021 par CIBES équivaut à l'introduction d'une *BAFO*, *quod non* (voyez *supra*), il convient encore d'observer que celle-ci n'avait trait qu'à une modification d'ordre financier et ne reprenait donc pas l'intégralité de l'offre initiale.

Un tel document dont la portée est limitée, n'est forcément pas de nature à emporter un engagement certain de CIBES sur l'ensemble des aspects de son offre initiale.

16. En résumé :

- c'est à juste titre que VIVALIA a constaté et retenu une irrégularité substantielle dans l'offre de CIBES.
- cette irrégularité n'a pas pu faire l'objet d'une régularisation car une telle régularisation serait, en tout état de cause, contraire au principe d'égalité entre soumissionnaires.
- l'engagement de CIBES était partant incertain et son offre irrégulière.

Les dispositions et principes visés au moyen n'ont dès lors pas été violés et le moyen n'est pas sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La procédure de dépôt des offres était une procédure électronique, telle que visée à l'article 14, § 7, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Les offres devaient être déposées pour le 9 mars 2021.

L'offre électronique a été déposée pour la requérante par [V. W.] à cette date, ainsi qu'il apparaît du procès-verbal d'ouverture des offres.

La partie adverse a relevé que l'offre ne contenait pas la preuve de ce que le prénommé disposait du pouvoir d'engager la partie requérante. Elle a alors demandé à plusieurs reprises à cette dernière si l'intéressé disposait de l'habilitation requise. Cette demande a été formulée le 29 mars 2021, le 22 avril, le 27 avril et encore le 5 mai. À cette dernière date, elle a par ailleurs relevé un autre problème relatif à l'offre de la requérante : celle-ci ne comportait pas d'engagement à proposer un service de groupage dans un délai de deux mois à la suite de l'attribution du marché ainsi que l'exige le cahier spécial des charges en son point 5.1. Un échange de courriers s'en est suivi entre les parties, à l'issue duquel, le 17 mai 2021, la partie adverse a notamment demandé à la requérante, d'une part, de s'engager formellement à proposer le service de groupage et, d'autre part, de communiquer le mandat accordé à [V. W.] l'habilitant à signer l'offre électroniquement.

Il convient de relever que ce courrier ne paraît pas s'analyser comme une demande de *BAFO*, mais bien comme une demande de compléter une offre lacunaire. D'ailleurs, la société 3M n'a pas été invitée à déposer une *BAFO* et on ne se trouvait pas dans une phase de négociation.

La requérante a répondu à cette demande le lendemain, soit le 18 mai 2021, par un *mail* de [M.-C. C.], présidente du conseil d'administration. En annexe à ce courriel figurait un document portant la signature de cette dernière. Ce courrier électronique comprend un engagement à proposer un service de groupage. Il ne comporte toutefois pas de document permettant d'établir que [V. W.] disposait d'un mandat pour signer l'offre initiale.

Selon la motivation de l'acte attaqué, la circonstance que l'offre de la requérante n'est pas régulièrement signée constitue une irrégularité substantielle. L'auteur de l'acte attaqué relève en substance que la signature de [M.-C. C.] est manuscrite et non électronique, qu'elle n'est donc pas valide et que la seule signature électronique est celle de [V. W.], mais qu'en l'absence de document de nature à démontrer qu'il est compétent pour engager le soumissionnaire, il faut considérer que l'offre est irrégulière.

Aux termes de l'article 43 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

« § 1^{er}. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le rapport de dépôt visé à l'article 42 doit être revêtu d'une signature électronique qualifiée.

§ 2. Les modifications à une offre qui interviennent après la signature du rapport de dépôt, ainsi que son retrait donnent lieu à l'envoi d'un nouveau rapport de dépôt qui doit être signé conformément au paragraphe 1^{er}.

L'objet et la portée des modifications doivent être indiqués avec précision.

Le retrait doit être pur et simple.

Lorsque le rapport de dépôt dressé à la suite des modifications ou du retrait visés à l'alinéa 1^{er}, n'est pas revêtu de la signature visée au paragraphe 1^{er}, la modification ou le retrait est d'office entaché de nullité. Cette nullité ne porte que sur les modifications ou le retrait et non sur l'offre elle-même.

§ 3. Le présent article n'est pas d'application aux enchères électroniques et ce, conformément à l'article 109, § 1^{er} ».

Aux termes de l'article 44, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du même arrêté, « Les signatures visées à l'article 43 sont émises par la ou les personne(s) compétente(s) ou mandatée(s) à engager le soumissionnaire ». Le paragraphe 2 prévoit que lorsque le rapport est signé par un mandataire, celui-ci « joint l'acte électronique authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie scannée de la procuration ».

La décision d'écarter l'offre de la requérante est motivée par le fait que celle-ci est signée de manière manuscrite par [M.-C. C.], que cette signature n'est pas valide dès lors qu'elle ne respecte pas le prescrit de l'article 43, § 1^{er}, et qu'elle ne peut donc engager la société Cibes. La motivation fait état également de ce que la seule signature qui pourrait être acceptée conformément à l'article 43, § 1^{er}, est celle de [V. W.], mais que ce dernier n'est pas compétent pour engager la requérante.

Le pouvoir adjudicateur a pu considérer que l'offre de la requérante était irrégulière dès lors qu'elle n'était pas signée conformément au prescrit de l'article 43, § 1^{er}, précité. Il résulte par ailleurs de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 que le non-respect du prescrit de l'article 43, § 1^{er}, dudit arrêté constitue une irrégularité substantielle. C'est donc à bon droit que la partie adverse a qualifié l'irrégularité en cause de substantielle.

En présence de cette irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur pouvait donc écarter l'offre de la requérante pour ce motif. Il n'était toutefois pas obligé de le faire dès lors qu'il n'est pas contesté que le montant du marché était inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lequel il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. L'article 76, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce en effet qu'en pareille hypothèse, le pouvoir adjudicateur « prévoit soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité ». C'est en vain que la partie intervenante soutient, en se prévalant de l'arrêt n° 225.775 du 10 décembre 2013, que l'irrégularité en cause ne pouvait être régularisée. En effet, le contexte réglementaire était différent et s'il était admis que l'adjudicateur disposait d'une marge de manœuvre pour faire évoluer les offres au gré de la négociation ou du dialogue et, le cas échéant, de les « régulariser » en les rendant conformes aux exigences prescrites par les documents du marché, cette possibilité n'était pas encadrée. L'article 76, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne paraît pas pouvoir être interprété comme excluant certaines irrégularités de la faculté qu'il instaure, étant entendu que le pouvoir adjudicateur doit veiller au respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et faire reposer sa décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles.

Il ressort certes de l'article 76, § 5, que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire de recourir ou non à la possibilité de régulariser une irrégularité. Sans qu'il soit besoin ici de déterminer si et dans quelle mesure le choix de ne pas faire usage de cette faculté doit faire l'objet, dans la décision, d'une motivation formelle, il convient en tout état de cause que l'autorité ait exercé ce pouvoir d'appréciation. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, selon les termes de la motivation, le pouvoir adjudicateur a considéré que, dès lors que la signature de [M.-C. C.] n'était pas valide car ne respectant pas le prescrit de

l'article 43, § 1^{er}, il avait l'obligation de déclarer irrégulière l'offre de la requérante. Ce faisant, il semble avoir commis une erreur de droit en méconnaissant l'article 76, § 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Dans cette mesure, le premier moyen est sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La partie adverse demande à ce que les pièces A et B de son dossier administratif restent confidentielles dès lors qu'elles contiennent des informations protégées par le droit des affaires.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de Vivalia du 13 juillet 2021 déclarant irrégulière l'offre de l'ASBL Centre Interdisciplinaire Benchmarking Économie et Santé et attribuant à la SRL 3M les lots 1 et 3 du marché public de services relatif à la souscription à un outil collectif d'analyse et de feedback concernant l'activité hospitalière médicale, est ordonnée.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A et B du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 8 décembre 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky