

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

n° 266.042 du 17 mars 2026

A. 247.503/VI-23.733

En cause : **la société anonyme ESSITY BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^{es} France VLASSEMBROUCK et
Yassine LAGHMICHE, avocats,
rue de la Régence 52
1000 Bruxelles,

contre :

le Centre Public d'Action Sociale de Forest,
ayant élu domicile chez
M^{es} Michel KAISER et Emmanuel GOURDIN, avocats,
rue Gustave Biot 22
1050 Bruxelles.
Également assisté et représenté par M^e Kevin POLET, avocat.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 février 2026, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution « des décisions du 11 décembre 2025 et du 15 janvier 2026 par lesquelles la partie adverse “considère l'offre d'Essity comme nulle” et attribue le marché public relatif à la fourniture de matériel d'incontinence et produits complémentaires à la société Ontex » et, d'autre part, l'annulation de ces décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 février 2026, le calendrier de la procédure a été déterminé et l'affaire a été fixée à l'audience du 11 mars 2026.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés dans le respect du calendrier de la procédure.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. Xavier Close, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Yassine Laghmiche, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Kevin Polet, avocat, comparaissant pour la partie adverse ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Le 16 juillet 2025, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications (BDA) un avis relatif à la passation, en procédure ouverte, d'un marché public de fournitures intitulé « Fourniture de matériel d'incontinence et produits complémentaires ». Le même avis est publié le même jour au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Un premier avis rectificatif est publié au BDA et au JOUE, respectivement, le 1^{er} août 2025 et le 4 août 2025. Un second avis rectificatif est ensuite publié, au BDA et au JOUE, le 5 août 2025.

La date ultime de dépôt des offres est finalement fixée le 22 septembre 2025.

2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° 2024-109.

L'annexe B de ce document contient un inventaire décrivant les caractéristiques et les quantités du matériel d'incontinence (53 postes) et des produits complémentaires (6 postes) devant être fournis.

3. Le 12 août 2025, la requérante adresse le courriel suivant à la partie adverse :

« Je reviens vers vous par rapport à vos demandes d'absorption minimale ou taille dans votre inventaire.
En effet nous constatons qu'à une faible différence, si vous maintenez l'absorption minimale, nous ne pouvons pas répondre à certains articles !
Voici ci-dessous la différence constatée :
art 1 il est demandé 250ml , nous avons 240ml
art 9 il est demandé 3500ml , nous avons 3400ml
art 23 il est demandé 3000ml , nous avons 2650ml (supérieur à 3000ml correspond chez nous au 3XL)
art 2 produits complémentaire il est demandé 70 cm, nous avons 66cm
Avez-vous la possibilité de modifier les exigences minimales d'absorption ou de taille ou sommes-nous exclus de ce marché ? »

Le même jour, un agent de la partie adverse répond ce qui suit :

« Vous pouvez indiquer ces informations dans votre offre, aux endroits correspondants de l'inventaire, et les mentionner également sur les échantillons, en veillant à bien préciser le produit correspondant à chaque fois.

Votre offre sera évaluée selon les mêmes critères que pour les autres soumissionnaires.

Cependant prenez en compte qu'il est possible que la taille influence les résultats, par exemple en matière de confort.

Pour tout produit d'une taille différente, il conviendra de fournir des échantillons en nombre et dans les mêmes conditions que pour les produits similaires décrits dans le cahier des charges, si cela n'est pas déjà prévu dans la demande d'échantillons ».

4. Le rapport d'ouverture généré par la plateforme e-Procurement permet de constater qu'à la date limite de soumission, cinq soumissionnaires ont déposé une offre, dont la requérante.

Un rapport d'examen des offres est rédigé, proposant l'écartement de l'offre de la requérante, en raison du non-respect d'exigences minimales et d'irrégularités qualifiées de substantielles.

Par une délibération du 11 décembre 2025, le Conseil de l'action sociale de la partie adverse décide ce qui suit :

« Article 1 : De ne pas sélectionner le soumissionnaire Paul Hartmann.

Article 2 : De sélectionner les soumissionnaires DEFORCE BVBA, Ontex bvba, WM SUPPLIES (B) BVBA et ESSITY qui répondent aux critères de sélection qualitative.

Article 3 : De considérer les offres de DEFORCE BVBA et ESSITY comme nulles.

Article 4: De considérer les offres de Ontex bvba et WM SUPPLIES (B) BVBA comme complètes et régulières.

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

Article 6 :D'attribuer le marché "Fourniture de matériel d'incontinence et produits complémentaires" au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité-prix), soit Ontex bvba, GENTHOF 5 à 9255 Buggenhout, pour le montant d'offre contrôlé de 68.909, 77 € hors TVA ou 74.248,49 €, TVA comprise pour une année/275.636,71€ HTVA soit 296.993,96 € TVAC pour 4 ans. Les reconductions sont attribuées aux mêmes conditions que celles prévues dans le lot de base ».

À la suite de la transmission du dossier à l'autorité de tutelle, le conseil de l'action sociale prend une nouvelle délibération, le 15 janvier 2026, rédigée comme suit :

« Article 1 : De préciser la décision d'attribution du Conseil du 11 décembre 2025 quant à l'étude des offres sur base des critères d'attribution et d'y ajouter l'annexe ou rapport d'examen des offres modifiée.

Article 2: De considérer l'annexe modifiée comme partie intégrante de la présente délibération.

Article 3: La présente délibération sera transmise au Collège réuni conformément aux articles 110 et 111 de la Loi organique et soumise à l'avis éventuel du Collège des Bourgmestre et Échevins conformément à l'article 110 de la Loi organique ».

Les décisions ont été notifiées à la requérante par courrier recommandé du 9 février 2026 et par courriel du 10 février 2026.

Il s'agit des actes attaqués.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation « des articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; de l'article 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 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 ; du principe d'égalité et de non-discrimination entre soumissionnaires ; du principe de sécurité juridique ; du principe *patere legem quam ipse fecisti* ; du devoir de

minutie, principe général de bonne administration ; de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle résume son argumentation comme suit :

« 12. La partie adverse a déclaré l'offre d'Essity substantiellement irrégulière en raison d'écarts minimes d'absorption concernant les produits 1, 9 et 23.

Cette décision viole l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi que les principes d'égalité, de sécurité juridique et de bonne administration.

13. D'une part, le CPAS avait expressément autorisé Essity à remettre offre malgré ces différences et précisé que l'offre serait évaluée selon les mêmes critères que celles des autres soumissionnaires. Il ne peut dès lors, sans méconnaître la sécurité juridique et le principe *patere legem quam ipse fecisti*, soutenir a posteriori que ces écarts entraînaient une nullité automatique.

14. D'autre part, les écarts invoqués étaient objectivement marginaux et ne répondaient à aucune des hypothèses d'irrégularité substantielle visées à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3.

Bien que les capacités d'absorption aient été formulées comme des exigences minimales, elles n'étaient ni assorties d'une sanction expresse de nullité ni qualifiées d'exigences substantielles dans les documents du marché.

Or, il découle de la jurisprudence du Conseil d'État que la seule dérogation à une exigence minimale n'entraîne pas automatiquement une irrégularité substantielle et impose une appréciation concrète des effets de cette dérogation, appréciation qui fait défaut en l'espèce.

En réalité, si dérogations il y a, celles-ci étaient constitutives d'une irrégularité non substantielle dès lors que :

- elles ne conféraient aucun avantage discriminatoire à Essity ;
- elles n'entraînaient aucune distorsion de concurrence ;
- elles n'ont pas empêché l'évaluation ni la comparaison des offres, le produit 23 ayant été effectivement examiné et coté ;
- elles ne rendaient ni inexistant, ni incomplet, ni incertain l'engagement d'Essity à exécuter le marché.

Les différences d'absorption (10 ml ou 100 ml) étaient marginales au regard des volumes concernés et ne modifiaient ni la nature ni la performance essentielle des produits.

L'exclusion de l'offre repose dès lors sur une erreur manifeste d'appréciation et sur une motivation inadéquate. En outre, en l'absence de cette exclusion, Essity aurait été classée première et aurait obtenu le marché ».

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse relève que la requérante n'expose pas en quoi les actes attaqués méconnaîtraient les articles 4 et 83 de la loi du 17 juin 2016, et qu'elle n'explique pas non plus en quoi le principe d'égalité et de non-discrimination, le principe de sécurité juridique, le principe *patere legem quam ipse fecisti* ou le devoir

de minutie auraient été méconnus par la partie adverse. Elle estime dès lors que le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque ces dispositions et principes.

La partie adverse résume par ailleurs sa réponse au premier moyen, sur le fond, en ces termes :

« 16. Le rapport d'examen des offres a écarté l'offre de la requérante au motif qu'elle ne respecte pas les exigences minimales d'absorption prévues aux postes 1, 9 et 23 de l'inventaire, ce qui constitue une irrégularité substantielle au sens de l'article 76 de l'ARP du 18 avril 2017.

Ce raisonnement est conforme aux règles et principes applicables.

17. Selon la partie adverse, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État que le non-respect d'une exigence minimale suffit à caractériser une irrégularité substantielle au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, même si cette exigence n'est pas expressément qualifiée de substantielle ni assortie d'une sanction explicite. Il suffit que l'intention du pouvoir adjudicateur ressorte des documents du marché.

En l'espèce, les volumes d'absorption sont systématiquement formulés avec un minimum dans l'inventaire, auquel renvoient les clauses techniques. Les modalités relatives aux échantillons, qui doivent être strictement identiques aux produits offerts, confirment le caractère contraignant de ces exigences, fixées en vue de garantir notamment la qualité et le confort des résidents du Val des Roses.

18. À supposer même que la présomption précitée ne devait pas trouver à s'appliquer, les manquements constatés répondent à la définition de l'irrégularité substantielle visée à l'alinéa 3 de l'article 76 de l'ARP du 18 avril 2017 : proposer des produits ne respectant pas les seuils minimaux empêche une comparaison adéquate des offres et rend incertain l'engagement d'exécuter le marché conformément au cahier spécial des charges. Il ne pourrait être question de comparer des produits conformes avec des produits non conformes.

19. Les échanges du 12 août 2025 ne modifient pas cette analyse.

L'assistant juridique du CPAS n'a pris aucun engagement – et n'avait, au demeurant, pas la qualité pour ce faire – quant à la régularité de l'offre et n'a nullement garanti qu'elle serait considérée comme conforme. La requérante ne peut déduire de ce courriel une attente légitime contraire aux prescriptions du cahier spécial des charges, d'autant qu'elle avait elle-même identifié les exigences en cause comme des exigences minimales.

20. Enfin, le précédent marché, auquel la requérante a participé et dans le cadre duquel elle a respecté des exigences techniques comparables, démontre qu'elle connaissait parfaitement leur portée.

21. Il s'ensuit que l'irrégularité substantielle retenue est valablement fondée et que le moyen unique n'est pas sérieux ».

IV.2. *Appréciation du Conseil d'État*

A. *Quant à la recevabilité*

La partie adverse considère que le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque certains principes et dispositions sans énoncer en quoi ceux-ci seraient violés.

L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que « le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres », et il habilite le Roi à fixer « les modalités additionnelles à cette fin ». La requérante, en contestant dans son argumentation l'appréciation de la partie adverse quant à la régularité de son offre, énonce de manière suffisamment précise la manière dont cette disposition légale a pu être violée.

De même, la requérante expose clairement, dans la première branche de son moyen, la manière dont, selon elle, le principe de sécurité juridique et le principe *patere legem quam ipse fecisti* auraient été méconnus.

Le moyen est dès lors recevable en ce qu'il invoque cette disposition et ces principes.

En revanche, le moyen n'expose pas en quoi l'article 4 de la loi du 17 juin 2016, le principe d'égalité et de non-discrimination et le devoir de minutie auraient été violés. Il est donc, de ce point de vue, irrecevable.

B. *Quant au fond*

B.1. *Principes applicables*

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit ce qui suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

[...] »

Sont réputées substantielles par cet article, non seulement les irrégularités portant sur le non-respect des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché, mais aussi celles portant sur l'absence de respect des exigences minimales. Il en résulte qu'une exigence peut ne pas être expressément indiquée comme étant substantielle dans les documents du marché mais constituer néanmoins une exigence minimale qui, si elle n'est pas respectée, aura pour conséquence le constat que l'offre est entachée d'une irrégularité substantielle.

Le fait qu'une disposition ne soit pas expressément qualifiée de minimale ou de substantielle par le cahier des charges ou le fait que le cahier des charges n'énonce pas explicitement que l'irrespect de cette disposition sera sanctionné de nullité, n'empêche pas qu'elle puisse être considérée comme étant essentielle.

Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'une exigence est minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher cette portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.

Lorsque, dans le cadre de l'examen d'une offre, le pouvoir adjudicateur est confronté à une irrégularité au regard des prescriptions des documents du marché, il lui revient de l'examiner, de la qualifier de non substantielle ou de substantielle, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision. Par ailleurs, pour

motiver la qualification d'irrégularité « substantielle », le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère « essentiel » de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. Par ailleurs, en vertu de l'obligation de motivation matérielle qui lui incombe, la partie adverse est tenue de faire reposer l'acte qu'elle adopte sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

B.2. Application au cas d'espèce

Les actes attaqués rejettent l'offre de la requérante pour les motifs suivants, exposés dans le rapport d'examen des offres :

« Décision relative à l'examen de la régularité des offres

Les offres suivantes sont déclarées nulles :

<u>N°</u>	<u>Nom</u>	<u>Motivation</u>
3	ESSITY	<p>Analyse des irrégularités substantielles: Non-respect des exigences minimales des clauses techniques</p> <p>Le candidat ne propose pas les quantités minimum demandées :</p> <p>Poste 1 - minimum 250 ml or 240 ml proposés</p> <p>Poste 9 : minimum 3500ml or 3400 ml proposés</p> <p>Poste 23 : minimum 3000 ml or 2650 ml proposés</p> <p>Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire : la présente irrégularité empêche la comparaison de l'offre aux autres offres (puisque les produits proposés ne sont pas identiques) et rend incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues puisque les produits proposés ne correspondent pas tous au besoin.</p>

»

Il ressort de ces motifs que la partie adverse déclare l'offre de la requérante substantiellement irrégulière pour deux raisons. D'une part, cette offre ne respecterait pas les exigences minimales imposées par les clauses techniques et, d'autre part, elle serait affectée d'irrégularités substantielles, qui empêchent la comparaison avec les autres offres et rend incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions imposées.

La requérante critique ces motifs en deux branches.

B.2.1. Quant à la première branche

La requérante rappelle qu'elle a interpellé la partie adverse sur l'impossibilité pour elle de déposer une offre répondant, pour chaque produit, aux prescriptions techniques imposées par le cahier des charges. Elle souligne que, dans un courriel du 12 août 2025 en réponse, un préposé de la partie adverse l'a incitée à déposer son offre, qui serait « évaluée selon les mêmes critères que pour les autres soumissionnaires ». Selon la requérante, la partie adverse se serait, ce faisant, engagée à ne pas exclure son offre en raison d'une absence de conformité de certains produits avec les prescriptions techniques. L'irrespect de cet engagement est, à son estime, une atteinte au principe de sécurité juridique et au principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Cet argument ne peut être suivi.

En premier lieu, le principe *patere legem quam ipse fecisti* impose aux autorités administratives de respecter les règles qu'elles ont-elles-mêmes fixées.

En l'occurrence, le courriel du 12 août 2025 d'un préposé de la partie adverse, qui répond à une question posée par la requérante, ne contient aucune règle que le pouvoir adjudicateur se serait imposé.

En deuxième lieu, un membre du personnel de la partie adverse n'est pas habilité à prendre une décision sur la recevabilité d'une offre en lieu et place de son organe compétent. L'application du principe général de sécurité juridique ne peut avoir pour effet que la prise de position d'un membre du personnel de la partie adverse se substitue aux décisions de l'autorité habilitée à les prendre.

En troisième lieu, la réponse donnée par le préposé de la partie adverse n'a pas la signification que lui donne la requérante. Elle ne fait que confirmer que l'offre de la requérante sera examinée selon les mêmes critères que les autres, ce qui ne peut être interprété comme signifiant que les prescriptions techniques du cahier des charges seront écartées.

Le moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

B.2.2. Quant à la deuxième branche

La requérante estime que l'acte attaqué, en écartant son offre, viole l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques de deux manières.

D'une part, ce serait à tort que l'acte attaqué a qualifié les prescriptions techniques que ne respecte pas son offre d' « exigences minimales » au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

D'autre part, l'acte attaqué serait également irrégulier en ce qu'il affirme que les irrégularités contenues dans son offre ont un caractère substantiel au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, au motif qu'elles empêchent la comparaison des offres et qu'elles rendent incertaines son engagement d'exécuter le marché dans les conditions énoncées par les documents du marché.

B.2.2.1. La qualification d' « exigence minimale »

La requérante soutient, en substance, que les prescriptions techniques en matière de capacité d'absorption, reprises dans l'inventaire annexé au cahier des charges, ne sont pas érigées en exigences minimales par le cahier des charges.

En réponse, la partie adverse affirme que les prescriptions techniques auxquelles déroge l'offre de la requérante (postes 1, 9 et 23 de l'inventaire) doivent être considérées comme des exigences minimales, dont l'irrespect entraîne nécessairement la nullité de l'offre en application de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle affirme que les intentions du CPAS à cet égard peuvent être déduites du cahier spécial des charges. Elle note que, dans l'inventaire annexé au cahier des charges, qui contient les exigences techniques du marché, les postes 1, 9 et 23 mentionnent un « minimum » d'absorption. Ceci permet, selon elle, de considérer qu'il s'agit d'exigences techniques minimales. Cela serait confirmé, d'une part, par l'exigence que des échantillons destinés à une évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution repris au point I.10. soient déposés et, d'autre part, par la mention que l'absence de conformité de ces échantillons peut mener à un rejet de l'offre.

Prima facie, il ne peut toutefois être considéré que toute prescription technique comportant la mention d'un format, d'un poids ou d'une capacité minimale

doit *ipso facto* être considérée comme une « exigence minimale », au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dont l'irrespect entraîne nécessairement l'irrégularité substantielle de l'offre. Une telle mention n'est pas, en elle-même, suffisante pour déduire que le pouvoir adjudicateur a entendu, au moment de l'adoption des documents du marché, ériger la prescription concernée en « exigence minimale ».

En l'occurrence, les autres dispositions du cahier des charges ne permettent pas non plus de conclure que les prescriptions relatives à la capacité d'absorption des produits concernés, en particulier ceux mentionnés aux postes 1, 9 et 23 de l'inventaire, ont été érigées en exigences minimales.

Certes, le cahier des charges exige le dépôt, par les soumissionnaires, de certains « échantillons » des produits destinés à être les plus utilisés afin de « vérifier la qualité, la conformité technique, la facilité d'utilisation, ainsi que le confort et le bien-être des résidents » et de permettre « d'évaluer avec précision la qualité de chaque offre », sur la base des critères d'attribution. Il précise également que « l'absence d'échantillons dans le délai imparti constitue une non-conformité substantielle entraînant automatiquement le rejet de l'offre » et que « en cas de non-conformité des échantillons (produit ne correspondant pas aux caractéristiques techniques proposées ou présentant une qualité insuffisante), l'offre pourra être rejetée sur base de cette non-conformité ».

Ces mentions laissent toutefois un pouvoir d'appréciation au pouvoir adjudicateur pour rejeter une offre « en cas de non-conformité des échantillons », de sorte qu'il n'apparaît pas clairement que les capacités d'absorption des produits concernés doivent être qualifiées d'exigences minimales.

En toute hypothèse, les produits visés aux postes 1, 9 et 23 de l'inventaire – dont les quantités commandées sont relativement peu importantes – ne sont pas repris dans la liste des échantillons à déposer. Les clauses en question du cahier des charges ne sont donc pas susceptibles d'établir que les capacités d'absorption de ces trois produits constituaient, aux yeux de l'autorité adoptant le cahier des charges, des exigences minimales dont l'irrespect doit nécessairement entraîner la nullité de l'offre.

Quant aux explications que donne la partie adverse sur la correspondance entre les spécifications techniques concernées et l'objet de confort et de bien-être des résidents, elles n'apparaissent pas dans les documents du marché, et ne sont d'ailleurs pas non plus mentionnées dans la motivation formelle de l'acte attaqué.

Il n'est donc pas établi que la partie adverse ait entendu ériger, dans le cahier des charges, les prescriptions techniques concernées en « exigences minimales » dont l'irrespect doit automatiquement entraîner la nullité de l'offre.

B.2.2.2. Le caractère substantiel de l'irrégularité

Compte tenu de ce qui précède, il appartenait à la partie adverse d'exposer, dans la décision motivée d'attribution, les motifs pour lesquels elle a considéré que les irrégularités de l'offre de la requérante étaient substantielles.

L'acte attaqué énonce que les irrégularités de l'offre de la requérante empêchent la comparaison des offres entre elles et permettent de douter de son engagement à réaliser le marché dans les conditions imposées par les documents du marché.

L'affirmation que les irrégularités de l'offre de la requérante empêchent sa comparaison avec les autres offres déposées ne peut, *prima facie*, être suivie.

En premier lieu, le motif de l'acte attaqué selon lequel « les produits proposés ne sont pas identiques » n'est pas de nature à justifier une impossibilité de comparer utilement les différentes offres. Le critère réglementaire applicable est celui de la comparabilité des offres et non celui – infiniment plus restreint – de leur identité. Le motif utilisé n'est donc, de ce point de vue, pas légalement admissible.

En deuxième lieu, l'annexe au rapport d'examen des offres montre que les services de la partie adverse ont examiné les échantillons de produits déposés à l'appui de l'ensemble des offres, dont celle de la requérante, au regard des critères d'attribution 2 à 5, portant sur l'évaluation des produits. Cette comparaison a abouti à l'attribution d'une cote à l'offre de la requérante pour ces critères, plus élevée que celles attribuées aux offres de ses concurrentes. L'affirmation de la partie adverse que les offres ne peuvent être comparées n'apparaît donc pas exacte en fait.

La première justification de l'acte attaqué relativement au caractère substantiel des irrégularités de l'offre de la requérante ne peut donc être admise.

Le deuxième motif mentionné par l'acte attaqué porte sur le caractère incertain de l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

L'article 2, 15°, de la loi du 17 juin 2016 définit l'offre comme étant « l'engagement du soumissionnaire d'exécuter le marché sur la base des documents du marché et aux conditions qu'il présente ».

S'il est considéré, à l'issue de la détermination du caractère substantiel ou non des irrégularités d'une offre, que celle-ci peut être admise, le soumissionnaire concerné s'engage alors à réaliser le marché dans les conditions imposées par les documents du marché, moyennant certains écarts contenus dans son offre, considérés comme acceptables par le pouvoir adjudicateur. Un tel engagement, qui n'est pas soumis à une quelconque réserve, ne peut être qualifié d'incertain.

Pour le surplus, l'argument contenu dans la note d'observations de la partie adverse selon lequel les bavoires déposés pour le deuxième poste du matériel complémentaire ne correspondent pas aux prescriptions techniques n'a aucune incidence sur l'examen du litige. Ce motif n'étant pas mentionné dans la motivation formelle de l'acte attaqué, il ne peut être pris en considération.

Le moyen unique est sérieux.

V. 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'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les offres des soumissionnaires (pièces A à H du dossier administratif). Elle sollicite le maintien de cette confidentialité « afin de ne pas porter atteinte au secret d'affaires, notamment en cas d'intervention éventuelle de concurrents de la requérante ».

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.

La suspension de l'exécution des décisions du 11 décembre 2025 et du 15 janvier 2026 par lesquelles la partie adverse considère l'offre d'Essity comme nulle et attribue le marché public relatif à la fourniture de matériel d'incontinence et produits complémentaires à la société Ontex est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

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

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 17 mars 2026, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

Xavier Close