

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 220.432 du 10 août 2012

G./A.205.775/VI-19.649

En cause : **1. WOLTER Jean-Marc,**
2. la société coopérative à responsabilité
limitée EXELIA,

ayant élu domicile chez
Me Louis DEHIN, avocat,
Mont Saint Martin, n° 68,
4000 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Jean-Marie RIKKERS et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq, n° 35,
4031 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 26 juillet 2012, Jean-Marc WOLTER et la société coopérative à responsabilité limitée EXELIA sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision prise le 28 juin 2012 dans le cadre du "marché public de services juridiques en vue de constituer des listes d'avocats pouvant être désignés par le [service public de wallonie] ou par le Gouvernement wallon pour assurer la gestion de certains dossiers dans la matière visée dans chacun des 15 lots concernés" par la Région wallonne, déclarant irrégulière l'offre déposée par la seconde requérante pour le lot 3 "Droit administratif" et attribuant ce lot aux soumissionnaires suivants : Xavier CLOSE, Xavier DRION, Ann Lawrence DURVIAUX, Marc UYTTENDAELE, Nathalie VAN DAMME, Frédéric GOSSELIN et Johan VANDEN EYNDE.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 30 juillet 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 7 août 2012 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Louis DEHIN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Mes Jean-Marie RIKKERS et Jean-Luc TEHEUX, avocats, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les exposent les requérants, les faits utiles sont les suivants :

- " 1. Le 05/04/2011, le bulletin des Adjudication a publié l'avis de marché suivant :
- Pouvoir adjudicateur : Région wallonne représentée par son Gouvernement en la personne de M. J.-M. Nollet, Ministre du développement durable et de la fonction publique,
 - Type de marché : services catégorie B, rubrique n° 21
 - Objet : «marché public de services juridiques en vue de constituer des listes d'avocats pouvant être désignés par le SPW ou par le Gouvernement wallon pour assurer la gestion de certains dossiers dans la matière visée dans chacun des 15 lots concernés».
 - Durée du marché : 24 mois.
 - Le marché était divisé en 15 lots numérotés de 1 à 8 (avec subdivision pour les lots 2 (de A à E), 4 (A et B), 5 (A et B), 8 (A et B) à savoir :
 1. Marchés publics : Contentieux judiciaire et administratif
 2. (2A, 2B, 2C, 2D et 2E) : Responsabilité de la Région wallonne, questions diverses de droit civil et récupération de créances
 3. Droit administratif
 4. (4A) Fonction publique locale et régionale : Contentieux judiciaire devant les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire; (4B) Contentieux administratif devant le Conseil d'Etat;
 5. (5A) Aménagement du territoire, urbanisme, patrimoine et performance énergétique des bâtiments – CWATUPE – Contentieux judiciaire devant les tribunaux de l'ordre judiciaire; (5B) Aménagement du territoire, urbanisme,

patrimoine et performance énergétique des bâtiments – CWATUPE – Contentieux administratif devant le Conseil d'Etat

6. Finances et fiscalité locales et régionales

7. Agriculture

8. (8A) Environnement, Contentieux judiciaire devant les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire; (8B) Contentieux administratif devant le Conseil d'Etat.

Le Cahier spécial des charges retenait à peine de nullité les non conformités suivantes (art. 3.b) :

- date;

- signature;

Suivant l'art. 7 du Csch, les offres devaient contenir notamment : «Une note de maximum deux pages A4, police 12 explicitant la structure et l'organisation du cabinet garantissant son efficacité, le respect des délais et la gestion de l'urgence.

Une note de maximum deux pages A4, police 12 explicitant la méthodologie de travail mise en place dans le cadre des relations avec le pouvoir adjudicateur et permettant de garantir la bonne exécution du marché».

Cependant l'article 9 § 2 et 9 § 3 Csch contenaient notamment les mentions suivantes : «note méthodologique qui ne dépassera pas quatre pages», «note méthodologique qui ne dépassera pas quatre pages».

Les offres devaient être parvenues au pouvoir adjudicateur avant la séance d'ouverture des offres qui était prévue le 27/5/2011 à 10h.

Le 9/5/2011, le Bulletin des Adjudications publia un erratum qui corrigeait notamment les points 9.2 et 9.3 du Csch. Le nombre de pages était ainsi réduit à 2.

2. L'offre litigieuse a été déposée le 26 mai 2011.

3. Par un courrier daté du 13 février, reçu le 14, la partie adverse a dénoncé un acte à Me Jean-Marc Wolter.

La motivation de l'acte attaqué était la suivante : «Considérant que le cahier spécial des charges prévoit au Titre III – procédure d'attribution du marché, point 7, que devaient être jointes à l'offre une note de maximum deux pages explicitant la structure et l'organisation du cabinet, garantissant son efficacité, le respect des délais et la gestion de l'urgence, ainsi qu'une note de maximum deux pages explicitant la méthodologie de travail mise en place dans le cadre des relations avec le pouvoir adjudicateur et permettant de garantir la bonne exécution du marché;

Que l'avis rectificatif a précisé qu'il s'agissait bien de présenter deux fois deux pages et donc plus particulièrement deux pages dédiées à la méthodologie organisationnelle et deux pages dédiées à la méthodologie relationnelle;

Que les soumissionnaires suivants n'ont pas respecté cette condition de régularité de l'offre en déposant une note dépassant le nombre maximum de pages autorisé :

[...]

- Maître Jean-Marc WOLTER, dont la note de méthodologie relationnelle compte plus de deux pages;

Que leurs offres sont donc irrégulières en application de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996».

Me Wolter a immédiatement contesté puis obtenant une fin de non recevoir a mandaté un conseil.

Une requête en annulation avec demande de suspension d'extrême urgence a été introduite le 28 février devant votre Haut Conseil.

Par deux arrêts du même jour, votre Conseil a suspendu les deux décisions relatives tant au lot 3 qu'au lot 4B.

La Région a déposé un acte de poursuite de procédure.

Néanmoins, par un mail contradictoire du 23/03/2012, l'attaché juriste gestionnaire de ce dossier aux Services Publics de Wallonie, signalait que la Région allait effectuer un retrait des actes.

Par la suite, la Région ne déposera pas de mémoires en réponse et des mémoires ampliatifs ont été communiqués au greffe le 05/06/2012.

4. Le 12 juillet [2012], la première partie requérante a reçu une notification par laquelle la Secrétaire Générale de la Région lui signifiait deux décisions de retrait des décisions du 9 février 2012 ayant fait l'objet des arrêts de suspension numéro [2]18520 (lot 4 B) / 218521 (lot 3).

Il s'agissait de décisions du 28 juin 2012.

Par même courrier, la Directrice Générale dénonçait une seconde décision du Ministre NOLLET déclarant notamment l'offre de la seconde requérante irrégulière et attribuant le marché à Maîtres Mr/M^{me} Xavier Close, X. Drion, Ann Lawrence Durviaux, Marc Uyttendaele, Nathalie Van Damme, Frédéric Gosselin et Johan Vanden Eynde comme titulaire du marché".

IV. EXTREME URGENCE

Les requérants affirment que l'acte attaqué a été "dénoncé" par pli recommandé daté du 11 juillet 2012, reçu le 12 juillet 2012.

En introduisant la présente requête le 26 juillet 2012, les requérants ont agi dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE QUANT A L'INTERET DES REQUERANTS

V. 1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose une première exception d'irrecevabilité déduite du défaut d'intérêt du premier requérant.

Elle soutient que, ainsi qu'il ressort de l'arrêt du 16 mars 2012, le premier requérant n'a déposé aucune offre en son nom de telle sorte que n'ayant pas la qualité de soumissionnaire, on n'aperçoit pas de quel intérêt à l'annulation de l'acte attaqué, il pourrait se prévaloir.

Elle oppose une seconde exception d'irrecevabilité à la requête introduite par la seconde requérante déduite de ce que la décision de l'organe ayant qualité pour agir en son nom intitulée "Procès-verbal du conseil d'administration de la S.C.R.L. EXELIA du 20 juillet 2012", est signée par deux administrateurs, soit Me Jean-Marc WOLTER, administrateur délégué, et Me Alain HIRSCH, en sa qualité de gérant de la S.P.R.L. ALAIN HIRSH, administrateur délégué, que s'il ressort des pièces annexées à la requête que, par acte publié le 16 septembre 2008, l'assemblée générale a renouvelé les mandats de trois administrateurs soit la S.P.R.L. ALAIN HIRSCH, la S.P.R.L. DOMINIQUE GRISAY et Jean-Marc WOLTER, mais que ces pièces, constituées uniquement des modifications des statuts de la société ne permettent pas de vérifier l'existence d'une délégation de pouvoir par le conseil d'administration à deux administrateurs.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans le cadre de la procédure qui a abouti à l'adoption de l'acte attaqué, le premier requérant n'a déposé aucune offre en son nom, de sorte que, n'ayant pas la qualité de soumissionnaire, on n'aperçoit pas de quel intérêt à l'annulation et, dès lors, à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué il pourrait se prévaloir.

C'est en vain qu'à l'audience, il a fait valoir que c'est à lui que la partie adverse a notifié les décisions et pièces se rapportant à la présente procédure, cette circonstance ne suffisant pas à fonder un intérêt à agir, à défaut de la qualité de soumissionnaire.

Il s'ensuit qu'en ce qu'elle est introduite par le premier requérant, la demande est irrecevable.

En ce qui concerne la qualité pour agir de la seconde requérante, les pièces de la procédure permettent de la tenir, prima facie, pour suffisamment établie.

La seconde exception d'irrecevabilité ne peut dès lors être accueillie.

VI. MOYEN UNIQUE

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérants prennent un moyen unique "de la violation de l'autorité de la chose décidée/jugée des arrêts 218.520 et 218.521 prononcés ce 16 mars 2012 par le Président de la VI ch du Conseil d'Etat, des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 16, 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 89, 110 § 2 et 115 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concession de travaux publics dont ses articles 1 et 2, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la fausse motivation, de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation du Cahier spécial des charges dont son article 3 c".

Ils font valoir que, selon les articles 10 et 11 de la Constitution et les principes généraux de bonne administration, tout soumissionnaire doit être traité de manière identique, que l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics est rédigé comme suit : "Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité", que l'article 89, alinéa 3, du même arrêté royal précise que : " Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre 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 également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire. [...] ", qu'une offre qui ne serait pas conforme aux exigences du cahier spécial des charges sera considérée comme irrégulière pour autant que la non-conformité porte sur une exigence essentielle du marché, que la difficulté consiste alors à apprécier si la condition qui n'est pas satisfaite par l'offre est ou non essentielle, et que l'article 89, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 donne comme essentielles les dispositions portant prix, les délais et les conditions techniques et que pour les autres conditions, un examen de chaque cas d'espèce est nécessaire.

Se référant à M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, dans le Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics (sixième édition, tome un, page 972, numéro 9), les requérants soutiennent que l'erreur visée par l'article 89, alinéa 3, doit avoir pour conséquence de rompre le principe d'égalité entre soumissionnaires, que les mêmes auteurs, ainsi que le Professeur Dr. A.L. DURVIAUX ont précisé que :

- " Le concept d'irrégularité substantielle n'est pas défini dans l'arrêté royal. Pour déterminer si une irrégularité est ou non substantielle, on peut cependant se référer aux principes et critères suivants qui ont été déterminés tant par la doctrine que par la jurisprudence du Conseil d'Etat :
- a) L'incidence de cette irrégularité sur le principe d'égalité des soumissionnaires : est-elle susceptible de créer une discrimination et d'avantager ou de désavantager un concurrent ?
 - b) Son incidence sur la décision finale, c'est-à-dire sur le classement des offres : modifie-t-elle ou non ce classement ?
 - c) Son incidence sur la comparaison des offres : rend-elle impossible ou non la comparaison effective des offres ?
 - d) Le caractère fondamental ou non de la prescription du cahier spécial des charges qui n'est pas respecté.
 - e) L'intention de l'auteur du cahier spécial des charges, en particulier lorsqu'il y a été mentionné une disposition instaurant explicitement une sanction de nullité.
- Sous peine de tomber dans un formalisme outrancier, les auteurs de la réglementation ont préféré laisser au pouvoir adjudicateur, tant dans son intérêt que dans celui des soumissionnaires, soin d'apprécier la gravité des irrégularités et leurs conséquences éventuelles, eu égard notamment au jeu de la concurrence et à la comparabilité des offres. S'il dispose bien d'une faculté d'appréciation, le pouvoir adjudicateur doit néanmoins l'exercer en tenant compte du principe de proportionnalité".

Les requérants soutiennent encore que tant la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs que l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 imposent la motivation de la décision d'exclure pour irrégularité un candidat.

Ils affirment que l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, dans ses articles 1^{er} et 2, fixe la valeur juridique du cahier spécial des charges et ses objectifs, que, dans le cas présent, sont frappées de nullité par l'article 3.c. du cahier spécial des charges, les offres qui ne seraient pas signées ou datées ou qui comporteraient des variantes libres mais qu'aucun autre manquement n'est frappé de nullité.

Ils mentionnent qu'aux termes des arrêts du 16 mars 2012 :

- " Contrairement à ce qu'a tenté de démontrer la partie adverse en termes de plaidoiries, il ne peut être établi, à la lecture du cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur aurait nécessairement entendu consacrer le caractère essentiel de l'exigence relative à la présentation des notes de méthodologies.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur qui décide de déclarer une offre irrégulière, et, pour cette raison, de l'écarter, doit motiver formellement sa décision. C'est sur la base des motifs exprimés dans cette décision d'éviction que le Conseil d'Etat pourra exercer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, la partie adverse a décidé que l'offre de la seconde requérante était irrégulière parce que la note de méthodologie relationnelle comptait plus de deux pages. Elle n'a toutefois pas exposé les raisons pour lesquelles un dépassement de trois lignes, qui déroge certes à une exigence du cahier spécial des charges, constituait une irrégularité la contraignant à écarter l'offre.

Ce défaut de motivation formelle est d'autant plus évident que s'agissant de déclarer irrégulière l'offre d'un concurrent de la seconde requérante, la partie adverse a exposé les raisons pour lesquelles l'irrégularité devait être tenue pour établie dans les termes suivants :

[...]

S'agissant de l'offre de la requérante, la partie adverse n'a notamment pas exposé si elle considérait que le dépassement de trois lignes, dont il n'a pas été contesté qu'il aurait pu être évité à la faveur d'une mise en page légèrement différente, rendait impossible le travail de comparaison des offres et était, pour cette raison, de nature à rompre l'égalité entre les soumissionnaires".

Ils poursuivent en avançant qu'un arrêt de suspension a "autorité de chose décidée entre parties", que celle-ci "perdurera aussi longtemps qu'il soit statué quant au fond", que "en cas de retrait d'acte, il y a nécessairement acquiescement à la décision ou à tout le moins aux motifs qu'elle contient et qui ont été retenus pour justifier le retrait d'acte. Ainsi, la décision de retrait d'acte anticipe la décision d'annulation; on doit donc considérer qu'un retrait d'acte porte au moins en ce qui concerne les points repris dans la décision de retrait sur un acquiescement et a donc un effet identique entre parties à celui de l'autorité de choses jugées sur les différents points qui ont justifié le retrait d'acte. En outre, et ce à tout le moins, tout acte contraire devrait être légalement justifié en la forme et contenir les motifs à l'origine de ce revirement d'attitude".

Ils soutiennent qu'en l'espèce, il est reproché à l'offre litigieuse de contenir une note de méthodologie relationnelle de plus de deux pages et s'interrogent sur le point de savoir s'il y a en cela méconnaissance des exigences du cahier spécial des charges ou, subsidiairement, si l'offre rompt le principe d'égalité entre les différents soumissionnaires, s'il n'y a pas erreur manifeste d'appréciation, si l'autorité a valablement motivé sa décision tant au fond qu'en la forme et si l'acte attaqué méconnaît "l'autorité de chose jugée/décidée" des arrêts du 16 mars 2012 visés au moyen.

Ils énoncent que l'offre contenait à son point 4 "Critère d'attribution du marché", pt. 4.3., deux pages et trois lignes, respectivement p. 60 à 62, ce qui pouvait apparaître comme une non-conformité aux articles 7 et 9, § 3, al. 1^{er}, du cahier spécial

des charges, qu'il convenait cependant que la partie adverse établisse que cette non-conformité était prescrite à peine de nullité et qu'elle avait une influence sur l'égalité entre les soumissionnaires ou qu'elle ne respectait pas les conditions de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Ils affirment que par le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur ne précisait pas que le dépassement du nombre de pages constituait une irrégularité de caractère essentiel, que la décision de retrait comporte notamment l'attendu de l'arrêt du 16 mars 2012 suivant lequel "il ne peut être établi, à la lecture du cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur aurait nécessairement entendu consacrer le caractère essentiel de l'exigence relative à la présentation des notes de méthodologie", qu'il y a eu dès lors acquiescement de la partie adverse sur ce que le nombre de pages et la présentation des notes méthodologiques ne constituaient pas une condition essentielle de la régularité de l'offre, que, dès lors, la décision attaquée mentionne inexactement qu'il s'agissait d'astreindre notamment les concurrents à un exercice de synthèse et laisse entendre que son non-respect ne pouvait qu'entraîner la nullité de l'offre, qu'elle méconnaît "l'autorité de chose décidée des arrêt de suspension" ainsi que l'acquiescement au raisonnement du Conseil d'Etat suivant lequel il ne peut être établi que le respect de cette condition était considéré par le cahier spécial des charges comme essentiel.

Ils soutiennent enfin que la motivation de l'acte attaqué ne fait pas ressortir que ce dépassement de trois lignes serait substantiel et que, si tel était le cas, "ce ne serait pas constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation".

Ils énoncent que, dans les derniers cahiers de charges de la partie adverse, cette condition a disparu pour faire place à un nombre de caractères maximum, que la Région soutient sans l'établir "que tout dépassement permet de développer plus de points que d'autres et est donc de nature à influencer le classement [...] un dépassement minime comme en l'espèce ne permettant pas de développer de nouveau point mais résulte plutôt d'une erreur matérielle", que "force est de constater que les pages précédentes de l'offre soit 59/129, 59/129, 60/129 contiennent toutes 54 lignes, lignes d'espacement comprises et que la page 61/129 contient 11 lignes d'espacement ainsi que de nombreux renvois à la ligne notamment point A", que "les trois lignes renvoyées «à la page» résultent d'une erreur matérielle d'exécution. Le secrétariat a, en effet, tenté de mettre en page la section concernée de la manière la plus belle possible", qu'au vu du nombre d'espacements à la page 61/129, la note comporte un nombre de phases [sic] et de caractères qui pouvaient sans conteste rentrer dans une impression de deux pages. Cela correspond aux informations qui pouvaient être données par les candidats qui ont pu être comparés".

Les requérants concluent que "la motivation au cas concret ne permet pas de corriger en l'espèce ces critiques de motivation et d'erreur manifeste d'appréciation. [...]. C'est donc une erreur manifeste d'appréciation d'avoir appliqué l'article 110, § 2".

B. Note d'observations

La partie adverse reproche à titre préliminaire aux requérants de ne réserver aucun développement aux griefs afférents à la violation des articles 16 et 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 ainsi qu'à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et de présenter de manière confuse les autres arguments tirant, notamment, de l'arrêt du 16 mars 2012 une prétendue violation du principe de l'autorité de chose jugée à laquelle s'ajouterait la constatation d'une erreur manifeste d'appréciation.

Elle affirme que "cette confusion, et de manière générale l'argumentation développée par les requérants, font apparaître des erreurs tant dans la compréhension même des principes soulevés à l'appui du recours que dans leur application «correcte» au cas d'espèce".

Quant au respect du principe d'autorité de chose jugée et de la législation du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, elle soutient que le seul vice constaté dans la première décision du 9 février 2012 est le défaut de motivation formelle et que la nouvelle décision du 28 juin 2012 prend en compte les enseignements résultant de l'arrêt de suspension et corrige ce défaut de motivation formelle, en manière telle que les affirmations des requérants selon lesquelles la partie adverse aurait violé le principe d'autorité de chose jugée sont dénuées de pertinence.

Quant aux impératifs de motivation formelle, elle fait valoir que la nouvelle décision rencontre les exigences de motivation formelle des actes administratifs telles que prévues par la loi du 29 juillet 1991 en ce qu'elle permet aux requérants de comprendre la raison pour laquelle leur offre a été rejetée, allant au-delà de ces exigences, d'une part, en expliquant l'importance du respect par les soumissionnaires de l'exigence du nombre limité de pages contenu dans la note de méthodologie relationnelle, et, d'autre part, en appliquant aux différents soumissionnaires les principes émis, application faisant d'ailleurs l'objet d'une motivation dans la décision même.

Quant à la violation prétendue de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et à l'erreur manifeste d'appréciation, la partie adverse énonce que deux régimes de traitement d'irrégularités des offres doivent être distingués :

" * D'une part, le régime de nullité absolue des offres dans l'hypothèse où les irrégularités affectent les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges. Face à une telle irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et doit écarter l'offre.

* D'autre part, le régime de nullité relative des offres dans l'hypothèse où les irrégularités n'affectent pas les prescriptions essentielles du cahier spécial des charges. Face à une telle irrégularité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation et peut estimer qu'elle est substantielle et écarter l'offre".

Elle affirme qu'en l'espèce, elle a légitimement écarté l'offre des requérants puisque ceux-ci n'ont pas respecté les prescriptions du cahier spécial des charges en adressant une note de méthodologie relationnelle de plus de deux pages, que les prescriptions du cahier spécial des charges n'imposant pas, à peine de nullité, le nombre limité de pages contenues dans la note de méthodologie relationnelle, l'irrégularité de l'offre des requérants relève donc du régime de nullité relative, que, dans cette hypothèse, elle est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'elle respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, qu'en l'espèce, les requérants ne démontrent pas qu'en écartant leur offre, la partie adverse aurait commis de tels manquements, qu'elle a respecté le principe d'égalité de traitement et, consécutivement, démontré "la substantialité de l'irrégularité affectant l'offre des requérants", qu'elle a informé tous les soumissionnaires de l'exigence d'adresser une note de méthodologie de deux pages maximum, exigence ayant fait l'objet d'un avis rectificatif, attirant l'expresse attention de tous les soumissionnaires concernés dont les requérants, sur l'importance qu'elle attachait au respect de cette condition, que cette exigence lui permettait de recevoir des offres rédigées de manière synthétique et facilitait la comparaison des offres, puisque l'ensemble des soumissionnaires était astreint à exposer uniquement les éléments essentiels de leurs méthodologies relationnelles, qu'elle a écarté toutes les offres comprenant une note de méthodologie relationnelle de plus de deux pages, qu'elle a traité tous les soumissionnaires sur pied d'égalité, que tel n'aurait pas été le cas si elle avait retenu l'offre des requérants, qu'elle leur aurait accordé un avantage important puisque, par ce dépassement, ils auraient eu l'occasion de développer plus de points dans leur note de méthodologie que les autres soumissionnaires ayant, quant à eux, respecté les exigences du cahier spécial des charges, qu'une telle attitude aurait eu une incidence sur le classement des offres.

La partie adverse soutient encore que le dépassement par les requérants du nombre de pages imposé et plus spécifiquement les trois lignes surabondantes ne correspondent pas à une simple formule de politesse mais traitent, sous le titre "4.36. Communication de haut niveau d'urgence" de la disponibilité des requérants et de la possibilité pour la partie adverse de contacter directement les avocats gestionnaires du dossier par G.S.M.

Elle affirme enfin n'avoir commis aucune erreur manifeste d'appréciation, que les requérants restent en défaut de démontrer que l'écartement de leur offre relèverait d'un choix déraisonnable, manifestement erroné, hors de toute proportion par rapport aux faits, que l'exigence contenue dans le cahier spécial de charges de joindre une note méthodologique de deux pages maximum était explicite, que l'appréciation du respect de cette exigence relève de son pouvoir discrétionnaire, que les requérants soutiennent en page douze de leur requête que le dépassement constituerait une erreur matérielle sans cependant tirer aucun argument d'une violation de l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qu'elle a dûment exposé dans l'acte attaqué qu'il ne pouvait s'agir d'une telle erreur dans la mesure où la comparaison des deux notes de méthodologie jointes à l'offre de Me WOLTER ne fait pas apparaître de différences flagrantes, que ce soit en termes de mise en pages, de sauts de ligne excédentaires ou autres, qui serait de nature à considérer ce dépassement de pages comme une erreur matérielle, que transposée dans un marché de services juridiques, l'erreur purement matérielle ne peut correspondre qu'à des erreurs manifestes de pagination, à la répétition dans un texte de deux mots ou deux paragraphes identiques, conséquences d'un "copier-coller" non relu, mais que tel n'a pas été le cas en l'espèce, et que les requérants affirment que "le secrétariat a, en effet, tenté de mettre en page la section concernée de la manière la plus belle possible", prenant ainsi volontairement le risque de joindre une note excédent deux pages.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il faut rappeler que, dans l'exposé des motifs du projet appelé à devenir la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dont il doit être fait application en l'espèce de l'article 65/15, le législateur a affirmé que "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. parl., Ch., sess. 2009-2010, n° 52-2276/001, p. 31); dès lors, un moyen ne peut être qualifié de sérieux, dans le

cadre de l'application de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, que s'il fait ressortir une irrégularité manifeste ou en tout cas apparente.

C'est à juste titre que la partie adverse oppose aux requérants qu'ils ne tirent aucun argument de la violation alléguée des articles 16 et 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 précitée et qu'ils développent les autres éléments de leur moyen unique dans une confusion qui en compromet la portée.

Force est de constater, notamment, que les requérants prennent leur moyen unique de la violation de "l'autorité de chose décidée/jugée des arrêts 218.520 et 218.521 prononcés ce 16 mars 2012", associant en ces termes l'autorité généralement reconnue aux actes de juridiction et celle non moins généralement attachée aux actes d'administration, sans établir aucunement par la suite en quoi cette association se justifierait.

Ramené, autant que faire se peut en extrême urgence, à ses éléments déterminant, le moyen unique soulevé par les requérants paraît pris de la violation de la chose jugée par les arrêts n^{os} 218.520 et 218.521 du 16 mars 2012 sur le fondement de l'insuffisance de la motivation de la décision attaquée liée à une erreur manifeste d'appréciation.

En ce qu'il est pris de la violation de la chose jugée par les arrêts précités, le moyen ne pourrait être reconnu sérieux que s'il ressortait de la décision attaquée du 28 juin 2012, qui fait suite au retrait par décision du même jour de la décision du 9 février 2012 dont l'arrêt n° 218.521 précité du 16 mars 2012 a suspendu l'exécution, qu'elle reproduit l'irrégularité qui a déterminé la suspension de son exécution.

Par cet arrêt, il a été décidé ce qui suit :

" En l'espèce, la partie adverse a décidé que l'offre de la seconde requérante était irrégulière parce que la note de méthodologie relationnelle comptait plus de deux pages. Elle n'a toutefois pas exposé les raisons pour lesquelles un dépassement de trois lignes, qui déroge certes à une exigence du cahier spécial des charges, constituait une irrégularité la contraignant à écarter l'offre.

Ce défaut de motivation formelle est d'autant plus évident que, s'agissant de déclarer irrégulière l'offre d'un concurrent de la seconde requérante, la partie adverse a exposé les raisons pour lesquelles l'irrégularité devait être tenue pour établie, dans les termes suivants :

«Maître [...], qui dépose une seule note de méthodologie organisationnelle et relationnelle de 3 pages. En effet, le dépôt d'une seule note de méthodologie sans distinction de la méthodologie organisationnelle et de la méthodologie relationnelle, dépassant le nombre maximum de pages autorisé pour chacune de ces notes, est de nature à rompre l'égalité entre soumissionnaires, dès lors que cela rend impossible le travail de comparaison des offres entre elles. Il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de décider ce qui relève de la

méthodologie organisationnelle et ce qui relève de la méthodologie relationnelle quand le soumissionnaire n'a pas effectué cette distinction lui-même».

S'agissant de l'offre de la requérante, la partie adverse n'a notamment pas exposé si elle considérait que le dépassement de trois lignes, dont il n'a pas été contesté qu'il aurait pu être évité à la faveur d'une mise en page légèrement différente, rendait impossible le travail de comparaison des offres et était, pour cette raison, de nature à rompre l'égalité entre soumissionnaires.

Pour le surplus, il n'y a pas lieu d'avoir égard aux motifs suggérés par la partie adverse dans sa note observations, lesquels ne sauraient purger l'acte attaqué du vice de légalité que constitue le défaut de motivation formelle.

Il s'ensuit qu'à tout le moins en ce qu'il dénonce le défaut de motivation formelle de la décision déclarant irrégulière l'offre de la seconde requérante et invoque à ce propos la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, le moyen est sérieux".

Il s'impose dès lors de rappeler que, par la décision du 9 février 2012, la partie adverse s'est exprimée notamment en ces termes :

" Considérant que le cahier spécial des charges prévoit au Titre III - procédure d'attribution du marché, point 7, que devaient être jointes à l'offre une note de maximum deux pages explicitant la structure et l'organisation du cabinet, garantissant son efficacité, le respect des délais et la gestion de l'urgence, ainsi qu'une note de maximum deux pages explicitant la méthodologie de travail mise en place dans le cadre des relations avec le pouvoir adjudicateur et permettant de garantir la bonne exécution du marché;

Que l'avis rectificatif a précisé qu'il s'agissait bien de présenter deux fois deux pages et donc plus particulièrement deux pages dédiées à la méthodologie organisationnelle et deux pages dédiées à la méthodologie relationnelle;

Que les soumissionnaires suivants n'ont pas respecté cette condition de régularité de l'offre en déposant une note dépassant le nombre maximum de pages autorisé :

- [...]

- Maître Jean-Marc WOLTER, dont la note de méthodologie relationnelle compte plus de deux pages;

Que leurs offres sont donc irrégulières en application de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;".

Dans le passage correspondant de la décision du 28 juin 2012 présentement attaquée, la partie adverse a utilisé les termes suivants :

" Considérant que le cahier spécial des charges prévoit au Titre III – procédure d'attribution du marché, point 7, que devaient être jointes à l'offre une note de maximum deux pages explicitant la structure et l'organisation du cabinet, garantissant son efficacité, le respect des délais et la gestion de l'urgence, ainsi qu'une note de maximum deux pages explicitant la méthodologie de travail mise en place dans le cadre des relations avec le pouvoir adjudicateur et permettant de garantir la bonne exécution du marché;

Que l'avis rectificatif a précisé qu'il s'agissait bien de présenter deux fois deux pages et donc plus particulièrement deux pages dédiées à la méthodologie organisationnelle et deux pages dédiées à la méthodologie relationnelle;

Que l'avis rectificatif a dès lors confirmé de manière incontestable que le pouvoir adjudicateur entendait astreindre les soumissionnaires à un exercice de synthèse et souhaitait pouvoir comparer les offres sur cette base objective de deux pages au maximum par critère d'attribution.

Que cette prescription des documents du marché est essentielle, dans la mesure où elle garantit le respect de l'égalité entre soumissionnaires ainsi que la comparaison objective et non discriminatoire des notes de méthodologie.

Que tenir compte des notes de méthodologie dépassant le nombre maximum de pages autorisé crée un avantage aux soumissionnaires concernés qui ont, par ce dépassement, l'occasion de développer plus de points dans leur note de méthodologie par rapport aux soumissionnaires ayant respecté l'obligation contractuelle.

Que cet avantage est en outre de nature à influencer le classement final.

Que le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, et compte tenu des développements ci-dessus, a décidé que le non respect de cette obligation essentielle entraînait la nullité des offres dépassant le nombre maximum de pages autorisé.

Que les soumissionnaires suivants n'ont pas respecté cette condition de régularité de l'offre en déposant une note dépassant le nombre maximum de pages autorisé :

- [...]

- Maître Jean-Marc WOLTER, dont la note de méthodologie relationnelle compte plus de deux pages. Bien que le dépassement soit peu important en termes de lignes supplémentaires, le pouvoir adjudicateur ne peut que constater le fait que le prescrit des documents du marché n'a pas été respecté. Tenir compte de cette note de méthodologie serait méconnaître le principe d'égalité entre soumissionnaires, apportant un avantage au soumissionnaire par rapport aux autres qui ont respecté le prescrit des documents du marché en synthétisant leur présentation méthodologique en deux pages. De plus, il ne pourrait être soutenu qu'il s'agit d'une erreur matérielle au sens de l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Outre qu'il est de la responsabilité de chaque soumissionnaire de vérifier, avant le dépôt de son offre, que celle-ci est bien conforme au prescrit des documents du marché, en l'espèce, la comparaison des deux notes de méthodologie jointes à l'offre de Maître Wolter ne fait pas apparaître de différences flagrantes, que ce soit en termes de mise en pages, de sauts de ligne excédentaires ou autres, qui serait de nature à analyser ce dépassement de pages comme étant une erreur matérielle;

Que leurs offres déposées sont donc irrégulières en application de l'article 110 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;".

La mise en regard de la décision du 9 février 2012, dont l'exécution a été suspendue par l'arrêt précité, et de celle du 28 juin 2012, présentement attaquée, fait apparaître que celle-ci est plus amplement motivée que l'antécédente.

On ne peut plus opposer à la partie adverse, ainsi qu'il l'a été fait par l'arrêt n° 218.521 du 16 mars 2012, qu'elle n'a "pas exposé les raisons pour lesquelles

un dépassement de trois lignes, qui déroge certes à une exigence du cahier spécial des charges, constituait une irrégularité la contraignant à écarter l'offre", ni que "s'agissant de l'offre de la requérante, la partie adverse n'a notamment pas exposé si elle considérait que le dépassement de trois lignes, dont il n'a pas été contesté qu'il aurait pu être évité à la faveur d'une mise en page légèrement différente, rendait impossible le travail de comparaison des offres et était, pour cette raison, de nature à rompre l'égalité entre les soumissionnaires".

La partie adverse s'est efforcée manifestement de corriger l'insuffisance de la motivation de la décision du 9 février 2012.

Elle n'a pas répété l'irrégularité retenue par l'arrêt n° 218.521 du 16 mars 2012.

Le moyen n'apparaît dès lors pas sérieux en ce qu'il est pris de la violation de l'autorité de chose jugée attachée à cet arrêt

Mais le moyen amène à rechercher si la décision du 28 juin 2012 est rédigée en des termes permettant d'y reconnaître une motivation adéquate, au sens de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La partie adverse se réclame à bon droit "de l'exercice de son pouvoir d'appréciation".

Il ressort de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 que, sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89 et celles retenues comme telles dans le cahier spécial des charges, un régime de nullité relative trouve à s'appliquer, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir en la matière. Il lui appartient de retenir ou d'écarter des offres qui s'écartent des autres clauses du cahier spécial des charges, pour autant qu'il respecte le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaire et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, les requérants n'établissent pas en quoi la motivation de la décision attaquée serait entachée de violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

Ils allèguent l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, en faisant valoir qu'"un dépassement minime comme en l'espèce ne permet [...] pas de développer de nouveau point mais résulte plutôt d'une erreur matérielle".

Le caractère minime du dépassement du maximum de deux pages de la note relationnelle de Me WOLTER n'est pas contesté par la partie adverse.

Dans la motivation de la décision attaquée, celle-ci affirme ne pouvoir "que constater le fait que le prescrit des documents du marché n'a pas été respecté", que "tenir compte de cette note de méthodologie serait méconnaître le principe d'égalité entre soumissionnaires, apportant un avantage au soumissionnaire par rapport aux autres qui ont respecté le prescrit des documents du marché en synthétisant leur présentation méthodologique en deux pages. De plus, il ne pourrait être soutenu qu'il s'agit d'une erreur matérielle au sens de l'article 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996".

La justification tirée de la méconnaissance d'une disposition du cahier spécial des charges ne paraît pas pouvoir suffire, étant admis que l'exigence de deux pages maximum n'est pas imposée à peine de nullité par ce cahier.

Ce n'est pas sans incohérence, au demeurant, que la partie adverse insiste dans la motivation de la décision attaquée sur le caractère essentiel de cette exigence alors qu'elle n'a pas cru devoir l'imposer comme tel dans le cahier spécial des charges.

La justification tirée par la partie adverse du respect dû au principe d'égalité entre soumissionnaires paraît, de prime abord, plus pertinente.

La partie adverse se limite cependant à l'invoquer in abstracto.

Un minimum de développement eût été nécessaire à cet égard, faisant ressortir l'importance du respect du maximum de deux pages en vue de garantir l'égalité de traitement.

En prétendant justifier dans les termes précités l'irrégularité qu'elle oppose aux requérants, la partie adverse ne permet pas d'exclure que, par une rigueur excessive, elle ait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Les explications apportées par la note d'observations ne peuvent conduire à une conclusion inverse.

En ce qu'il invoque une telle erreur, le moyen paraît sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne contredit pas les requérants en ce qu'ils affirment que la suspension de l'exécution de la décision attaquée ne présente pas de risque plus important pour les intérêts publics.

Rien ne fait apparaître en l'espèce que les conséquences négatives de la suspension de l'exécution l'emporteraient sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence introduite par Jean-Marc WOLTER est irrecevable.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 28 juin 2012 dans le cadre du "marché public de services juridiques en vue de constituer des listes d'avocats pouvant être désignés par le service public de wallonie ou par le Gouvernement wallon pour assurer la gestion de certains dossiers dans la matière visée dans chacun des 15 lots concernés" par la Région wallonne, déclarant irrégulière l'offre déposée par la S.C.R.L. EXELIA pour le lot 3 "Droit administratif" et attribuant ce lot aux soumissionnaires suivants : Xavier CLOSE, Xavier DRION, Ann Lawrence DURVIAUX, Marc UYTENDAELE, Nathalie VAN DAMME, Frédéric GOSSELIN et Johan VANDEN EYNDE.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des
vacations, le dix août deux mille douze par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Paul LEWALLE.