

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.891 du 20 décembre 2012

G./A.207.229/VI-19.823

En cause : **la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance, n° 17,
7522 Tournai,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée Toit & Moi,

ayant élu domicile chez
Me Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 4 décembre 2012, la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la délibération du conseil d'administration de la S.C.R.L. TOIT & MOI du 9 novembre 2012, par laquelle la partie adverse a décidé :

- D'évincer la SA K. BOUVE, société requérante, pour l'attribution du marché de services du lot 1 «Chaudières individuelles : entretiens et réparations» - CSC n° S/13/150.
- D'attribuer le marché de services du lot 1 «Chaudières individuelles : entretiens et réparations» - CSC n° S/13/150 à «un autre soumissionnaire» (sic !).

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 décembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 17 décembre 2012 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Audrey VAN HIMST, loco Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Alexandre FRAIKIN, loco Me Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a été entendu 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

Les faits utiles à l'examen de la présente demande peuvent être exposés comme suit :

III. 1. Par un avis de marché du 29 juin 2012, la partie adverse, société de logements de service public, a lancé une procédure de marché public de services par adjudication publique soumise à publicité européenne pour deux lots destinés aux prestations d'entretien et de réparation à destination des installations individuelles (lot 1 : S/13/064) et collectives (lot 2 : S/13/035) de production de chauffage et d'eau chaude sanitaire.

Le marché a été prévu pour une durée de deux ans à dater du 1^{er} janvier 2013, avec la possibilité d'une reconduction pour une durée de 2 ans.

III. 2. Le cahier spécial des charges autorisait une variante facultative consistant en une opération de maintenance en garantie totale (couvrant ainsi tant l'entretien que la réparation).

La présentation de cette variante a été organisée comme suit par le cahier spécial des charges et ses annexes :

- a. Au cahier spécial des charges ont été joints notamment :
 - le descriptif de la variante facultative,

- par lot, un inventaire récapitulatif pour l'offre de base et un pour la variante, et
- par lot, un formulaire d'engagement pour l'offre de base et un pour la variante.

Ainsi, par exemple, pour le lot 1, deux formulaires étaient prévus :

- sur le formulaire d'engagement pour l'offre de base, il était notamment indiqué :

" Lot 1 du marché de services : «S/13/064»
 Chauffage et production d'eau chaude : entretiens et réparations d'installations individuelles
 [...]

- La société [...]

S'ENGAGE (OU S'ENGAGENT) SUR SES (OU SUR LEURS) BIENS MEUBLES ET IMMEUBLES, À EXECUTER, CONFORMEMENT AUX CLAUSES ET CONDITIONS DU CAHIER SPECIAL DES CHARGES PRECITE, LE MARCHE D'ENTRETIEN ET DE REPARATION DES INSTALLATIONS INDIVIDUELLES DE CHAUFFAGE ET DE PRODUCTION D'EAU CHAUDE SANITAIRE «S/13/064»."

- Sur le formulaire d'engagement pour la variante facultative, il était notamment indiqué:

" Lot 1 du marché de services : «S/13/064» - VARIANTE
 [...]

- La société [...]

S'ENGAGE (OU S'ENGAGENT) SUR SES (OU SUR LEURS) BIENS MEUBLES ET IMMEUBLES, À EXECUTER, CONFORMEMENT AUX CLAUSES ET CONDITIONS DU CAHIER SPECIAL DES CHARGES PRÉCITE, LE MARCHE D'ENTRETIEN ET DE REPARATION DES INSTALLATIONS INDIVIDUELLES DE CHAUFFAGE ET DE PRODUCTION D'EAU CHAUDE SANITAIRE «S/13/064» EN GARANTIE TOTALE."

- b. L'article I.2.d. de la 1^{ère} partie du cahier spécial des charges rappelle cette variante facultative :

" d. Variantes

Il y a une variante facultative décrite en annexe au cahier spécial des charges.
 Les variantes libres ne sont pas autorisées.
 Il n'y a pas de variantes obligatoires."

- c. En annexe au cahier des charges, la variante facultative pour chacun des lots a été décrite de la manière suivante :

" OBJET DU MARCHE

- Marché de services en deux lots destinés aux prestations DE MAINTENANCE EN GARANTIE TOTALE à destination des installations individuelles (lot 1 – chaudières) et collectives (lot 2 – chaufferies) de production de chauffage et d'eau chaude sanitaire pour tous les logements appartenant au pouvoir adjudicateur ;

PRIX

Détermination des prix

LES PRIX UNITAIRES DEVRONT COUVRIR LES ENTRETIENS ET REPARATIONS EN GARANTIE TOTALE".

d. La variante facultative se distinguait également de l'offre de base au regard des postes de prix figurant respectivement sur l'une et l'autre.

Ainsi, en ce qui concerne le lot 1 :

- pour l'offre de base, un prix était demandé dans l'inventaire récapitulatif séparément pour les opérations d'entretien annuel (postes 1 à 8) et pour les réparations-type ponctuelles (postes 9 à 24), comportant des postes différents (postes 25 à 27) avec un taux variant selon l'horaire, additionné aux frais de déplacement (poste 28).

- pour la variante facultative, un prix était demandé globalement pour la maintenance annuelle des installations (postes 1 à 8), ce qui incluait à la fois l'entretien et toutes les réparations qui s'avèreraient nécessaires.

III. 3. Par un courrier daté du 28 août 2012, que la partie adverse déclare avoir reçu le vendredi 7 septembre 2012, la requérante a demandé une explication concernant la variante facultative. L'objet du courrier était libellé comme suit en son titre :

" Madame,

Concerne : Marché S/13/150 – Chauffage et production d'eau chaude – Entretien et réparations d'installations

Soumission du lundi 10 septembre 2012 à 10h

Lot 1 du marché de services «S/13/064».

Variante chauffage et production d'eau chaude : Entretien et réparations d'installations individuelles

Lot 2 du marché de services «S/13/035» - Variante

Chauffage et production d'eau chaude : Entretien et réparations d'installations collectives

Adjudication publique"

Le courrier poursuivait en indiquant notamment :

" Dans les pages jaunes formulaire d'engagement

il y a d'abord

Lot 1 du marché de service : «S/13/064» entretien et réparations individuelles avec mètre payés 1/2 et 2/2

Prix Lot 2 du marché de service : «S/13/035» entretiens et réparations [d]'installations collectives avec métré 1/1

Ensuite il y a :

Lot 1 chaudières individuelles «S/13/064» VARIANTE avec métré 1/1

Lot 2 : chaufferies collectives «S/13/035» VARIANTE avec métré 1/1

Pouvez-vous m'expliquer la différence s'il vous plaît".

III. 4. Par courrier du mardi 11 septembre 2012, transmis à tous les candidats, la partie adverse a répondu comme suit à la question précitée de la requérante :

" Dans le formulaire d'engagement, la variante consiste [en] une remise d'offre pour un marché en garantie totale."

III. 5. Bien que fixée initialement au 10 septembre 2012, la date d'ouverture des offres a été reportée au 24 septembre 2012, afin de maintenir l'égalité des candidats.

III. 6. Au terme de cette ouverture des offres, il est apparu que les offres suivantes avaient été introduites :

- Pour le lot 1 (les montants ci-après n'incluent pas la TVA) :

- o La société DALKIA a introduit une offre de base (388.236,27 EUR) et une variante (864.242,20 EUR).
- o La société ENVISYS a introduit une offre de base (266.119,11 EUR) et une variante (207.276 EUR);
- o La société GSH BELGIUM a introduit une offre de base (329.717,30 EUR) et une variante (711.779 EUR);

Ces trois soumissionnaires ont chacun introduit leurs deux offres sur les formulaires idoines et ont accompagné celles-ci à chaque fois de l'inventaire récapitulatif complété pour l'offre de base et de l'inventaire récapitulatif complété pour la variante.

- o La requérante n'a, quant à elle, complété que le formulaire consacré à la variante, en garantie totale, sans :
 - s'engager sur le formulaire consacré à l'offre de base,
 - joindre au formulaire qu'elle a complété, portant sur la variante facultative, l'inventaire récapitulatif consacré à cette variante, et
 - signer l'inventaire récapitulatif relatif à l'offre de base qu'elle a joint à son formulaire d'engagement pour la variante facultative.

Enfin, sa déclaration sur l'honneur et son attestation de non application des conditions générales de vente se réfèrent au lot 1 «pour la variante», mention qu'elle a inscrite à la main.

- Pour le lot 2 (les montants ci-après n'incluent pas la TVA) :
 - o la requérante a introduit une offre de base (20.260 EUR) et une variante (13.050 EUR);
 - o La société DALKIA a introduit une offre de base (43.772,49 EUR) et une variante (47.354,09 EUR);
 - o La société ENVISYS a introduit une offre de base (9.485 EUR) et une variante (552 EUR);
 - o La société GSH BELGIUM a introduit une offre de base (44.692,14 EUR) et une variante (66.917,48 EUR); et
 - o La société IMTECH BELGIUM a introduit une offre de base (24.690,52 EUR) et une variante (2.148,79 EUR).

Pour ce second lot, la requérante a bien complété les deux inventaires récapitulatifs consacrés, l'un à l'offre de base, l'autre à la variante; elle s'est en outre engagée cette fois explicitement – bien que sur le même formulaire consacré à l'offre de base – à la fois pour l'offre de base et pour la variante.

III. 7. Par courriers recommandés du 27 septembre 2012 (à la requérante et aux sociétés GSH BELGIUM, ENVISYS et DALKIA) et du 19 octobre 2012 (à la société IMTECH BELGIUM, qui a remis une offre le 24 septembre 2012 pour le lot 2 uniquement), la partie adverse a invité chacun des soumissionnaires à lui remettre endéans les douze jours les preuves relatives à la sélection technique qui manquaient dans leurs offres.

Suite à ce courrier, les soumissionnaires ont répondu en remettant des attestations complémentaires, à l'exception de la société GSH BELGIUM et de la société ENVISYS.

La requérante n'a pas remis d'attestation d'agrégation G1 et G2 mais a indiqué ce qui suit par un courrier du 9 octobre 2012 :

" Nous joignons une copie de l'inscription que nous demandons depuis mai 2012 pour deux de nos techniciens mais cette formation ne débutera qu'à partir du 12 novembre 2012. Ces deux techniciens sont agréés CERGA (voir annexes).

[...]

Nous vous rappelons que les agrégations G1 et G2 ne seront d'application qu'en 2013."

La requérante a joint un courriel du 24 août 2012 du centre IFAPME de Charleroi accusant bonne réception de la demande d'inscription à la formation G1, libellé comme suit :

" Nous accusons bonne réception des inscriptions de Messieurs François et Dardenne à la formation «Techniciens G1 – Formation longue» qui débute le 12 novembre 2012."

Elle n'a cependant pas pu fournir la preuve d'une inscription à la formation G2.

III. 8. Sur la base des documents que la partie adverse a reçus dans le délai requis de douze jours, son service achats a vérifié si les soumissionnaires remplissaient les critères de sélection pour chacun des deux lots.

En ce qui concerne la capacité technique, le point 6 de la première partie du cahier spécial des charges a prévu, pour les deux lots, l'exigence d'une agréation Cerga, d'une agréation G1 et d'une agréation G2 pour au moins deux membres du personnel d'exécution, et pour le lot 1 spécifiquement (chaudières individuelles), une preuve de la connaissance technique des chaudières Bulex.

Le service achats de la partie adverse est parvenu aux conclusions suivantes en ce qui concerne le respect des critères de sélection par les soumissionnaires :

- Pour le lot 1 :

- o En ce qui concerne la requérante : le service achats a reconnu la formation Cerga et G1 qui pourrait donner lieu à des agrégations correspondantes le 1^{er} janvier 2013, tout en constatant que l'agrégation G2 était manquante;
- o En ce qui concerne la société DALKIA : l'ensemble des documents requis ont été obtenus;
- o En ce qui concerne la société GSH BELGIUM : absence de preuve des agrégations G1, G2, Cerga et Bulex;
- o En ce qui concerne la société ENVISYS : absence de preuve des agrégations G1, G2, Cerga et uniquement une déclaration sur l'honneur de la formation Bulex.

Le service achats en a déduit, d'une part, que la société GSH BELGIUM et la société ENVISYS ne pouvaient pas être sélectionnés, et d'autre part, que la société DALKIA et la requérante pouvaient être sélectionnés.

Il a estimé que la requérante pouvait être sélectionnée malgré l'absence de preuve d'agrégation G2 parce que cette agrégation n'était utile que pour les chaudières collectives, faisant l'objet du lot 2, et non les chaudières individuelles faisant l'objet du lot 1. Le service achats s'est exprimé comme suit dans sa proposition :

" Le soumissionnaire BOUVE a rentré les documents demandés tardivement. A noter que les agrégations G1 et Cerga ne seront effectives qu'au 1^{er} janvier 2013 étant donné que les formations doivent être suivies fin 2012. Quant à l'agrégation G2 (relative aux chaudières collectives – lot 2), aucune inscription n'a pu être fournie étant donné que cette formation ne peut se suivre que si l'agrégation G1 est acquise.
Le service achats sélectionne le soumissionnaire BOUVE sous réserve d'obtention des attestations requises au 01/01/2013."

- Pour le lot 2 :

o En ce qui concerne la requérante, l'absence de preuve d'agrégation G2 a été retenue comme motif de non sélection, étant donné que celle-ci est nécessaire pour les chaudières collectives, faisant l'objet du lot 2.

Il a ainsi précisé, concernant cette dernière agrégation :

" Quant à l'agrégation G2, aucune inscription n'a pu être fournie étant donné que cette formation ne peut se suivre que si l'agrégation G1 est acquise.

Le service achats ne sélectionne pas le soumissionnaire BOUVE pour le lot 2 étant donné que l'obtention des attestations requises au 01/01/2013 n'est pas envisageable.";

o Les mêmes conclusions que pour le lot 1 ont été tirées en ce qui concerne les sociétés DALKIA (sélection), GSH BELGIUM et ENVISYS (non sélection en raison des mêmes documents manquants que pour le lot 1);

o Enfin, en ce qui concerne la société IMTECH BELGIUM, qui a fait offre uniquement pour le lot 2, le service achats a constaté qu'elle ne pouvait pas être sélectionnée en raison de l'absence de preuve de la prolongation de l'agrégation Cerga.

III. 9. Le service achats de la partie adverse a ensuite procédé à l'examen de la régularité des offres des soumissionnaires. Il est parvenu aux conclusions suivantes :

- En ce qui concerne le lot 1 :

o la seule offre de la requérante, remplie dans le formulaire « variante », n'a pas été considérée comme conforme pour les raisons suivantes :

" Le soumissionnaire BOUVE a complété le formulaire de soumission pour la variante mais a complété l'inventaire de l'offre de base. De plus, l'inventaire ne comporte qu'un paraphe au niveau d'une correction. Cette irrégularité est considérée comme substantielle et entraînant la nullité de l'offre étant donné que

cette irrégularité a une influence sur l'engagement formel du soumissionnaire sur l'objet du marché.";

o les offres de base et de variante de la société DALKIA ont été considérées conformes, bien que l'inventaire n'ait pas été signé, parce que le montant global qu'il renseignait correspondait au montant indiqué dans le formulaire d'engagement, signé quant à lui, de sorte que l'irrégularité n'a pas été considérée comme substantielle.

- En ce qui concerne le lot 2 : les offres de base et de variante de la société DALKIA, seul soumissionnaire ayant rempli les critères de sélection, ont été considérées comme conformes, bien que l'inventaire n'ait pas été signé, parce que le montant global qu'il renseignait correspondait au montant indiqué dans le formulaire d'engagement, signé quant à lui, de sorte que cette irrégularité n'a pas été considérée comme substantielle.

III. 10. Enfin, après une comparaison des offres de base et de variante de la société DALKIA, et en tenant compte du rabais offert par celle-ci en cas d'obtention du marché pour les deux lots, le service achats a considéré comme étant la plus basse :
- pour le lot 1: l'offre de base de la société DALKIA avec réduction pour les deux lots (380.471,54 EUR hors TVA); et
- pour le lot 2: l'offre de base de la société DALKIA avec réduction pour les deux lots (42.897,04 EUR hors TVA).

Il a donc proposé que ces deux offres soient retenues pour les deux lots.

III. 11. Par une décision du 9 novembre 2012, le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé ces propositions de son service achats et attribué le marché pour les deux lots à la société DALKIA, sur la base des deux offres retenues par le service achats.

Dans cette décision, la partie adverse a indiqué ce qui suit en ce qui concerne l'irrégularité de l'offre de la requérante pour le lot 1:

" Considérant que dans le cadre de la régularité des offres remises pour le lot 1 «Chaudières individuelles : entretiens et réparations», le soumissionnaire BOUVE a complété l'inventaire d'offre de base sans le signer et s'est engagé sur le formulaire d'engagement pour la variante; que le service Achats considère cette confusion comme une absence d'engagement formelle [sic] de la part du soumissionnaire constituant une irrégularité substantielle entraînant la nullité de l'offre;"

Elle a indiqué ce qui suit en ce qui concerne l'absence de sélection de la requérante pour le lot 2 :

- " Considérant que dans le cadre de la sélection qualitative relative au lot 2 « Chaufferies collectives : entretiens et réparations », le soumissionnaire BOUVE a rentré tous les documents demandés, mais que les agréments G1 et Cerga ne pourront être effectives qu'à partir du 1^{er} janvier 2012 et sous conditions de réussite des formations, qu'il est impossible que l'agrément G2 requise spécifiquement pour ce lot soit effective au 1^{er} janvier 2013, le service achats ne sélectionne pas le soumissionnaire BOUVE;"

Les différents chefs de décision relatifs au lot 1 constituent l'acte attaqué par le présent recours. Ceux relatifs au lot 2 du marché litigieux font l'objet d'un recours distinct, enrôlé sous le n° G./A.207.241/VI-19.826.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la "violation des articles 1 et suivants de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et violation de l'article 65/5- 7° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics". Elle l'expose en ces termes :

- " En vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ceux-ci doivent faire l'objet d'une motivation consistant en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Cette motivation doit être adéquate.

De même, en vertu de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, l'autorité adjudicatrice doit établir une décision d'attribution motivée.

Par ailleurs, en vertu de l'article 65/5, 7° de la loi du 24 décembre 1993, cette décision motivée doit comporter les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes.

En l'espèce, la seule «motivation» connue de la requérante est :

«Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'éviction de votre offre : offre administrativement irrégulière du fait de la confusion des formulaires».

A supposer même que le pouvoir adjudicateur excipe d'une justification particulière au cours de la présente procédure et à condition que cette justification soit régulière, il conviendrait alors de constater que la décision d'attribution n'était pas adéquatement motivée au regard des dispositions visées au moyen, qui imposent au pouvoir adjudicateur de faire connaître à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue les raisons de fait et de droit de son éviction.

En ne faisant pas connaître à la requérante la justification de cette «confusion des formulaires» et du caractère substantiel pour la comparaison des offres de cette confusion, à la considérée établie, le pouvoir adjudicateur viole son obligation de communiquer au soumissionnaire évincé les motifs de droit et de fait de son éviction, de sorte que l'exécution de la décision doit, en toute hypothèse, être suspendue.

La motivation de l'acte attaqué est par voie de conséquence insuffisante.

En conclusion, le premier moyen est sérieux et la décision attaquée doit être suspendue."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute le moyen en ces termes :

" 20. En vertu de l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la décision d'attribution ne doit pas être notifiée aux soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière, ce qui est le cas de la requérante. Cet article dispose en effet comme suit :

«§ 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.»

Cette décision doit être notifiée uniquement aux soumissionnaires (sélectionnés et dont l'offre a été jugée régulière), retenus ou non.

Seuls les motifs de l'éviction de la requérante résultant de l'irrégularité de son offre devaient donc lui être communiquée - ce qui a été fait -, et non le nom des soumissionnaires et les motifs de son choix.

Sur ce point, le premier moyen manque en droit.

21. La décision d'attribution du marché indique bien quant à elle le nom du soumissionnaire et des autres soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie (en l'espèce il n'y en a pas d'autres que Dalkia); sur ce point, le premier moyen manque aussi en fait [...].

22. Enfin, les motifs de l'irrégularité de l'offre de la requérante ont bien été communiqués à celle-ci, à savoir la confusion des formulaires qu'elle avait introduits.

La simple lecture de ce motif par la requérante, en possession d'une copie des documents qu'elle avait envoyé, permettait de comprendre que celle-ci n'avait pas introduit une offre régulière.

23. Quant au caractère substantiel de l'irrégularité, la requérante pouvait aisément le déduire de l'absence d'introduction d'une offre de base et de l'absence d'inventaire complété relatif à l'offre de variante qu'elle avait introduit (au demeurant non signé), ces deux vices impliquant qu'elle ne s'était engagée sur rien (voir aussi la réfutation du second moyen).

24. Le courrier d'information, certes concis, était donc motivé de façon adéquate.

25. Le premier moyen n'est donc pas fondé."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services sont libellés comme suit :

- " Art. 65/4. L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée :
- 1^o lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité;
 - 2^o lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques;
 - 3^o lorsqu'elle décide de la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux;
 - 4^o lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation;
 - 5^o lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
 - 6^o lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise mais la décision motivée peut cependant être établie a posteriori, et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution visée à l'alinéa 1^{er}, 5^o.

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 5^o, si la décision d'attribution ne peut être établie immédiatement, celle-ci est établie a posteriori, et au plus tard dans les quinze jours qui suivent la décision, dans les hypothèses visées aux articles 17, § 2, 1^o, b, alinéa 2, 2e tiret, et c, 39, § 2, 1^o, c, et 3^o, b et c, et 59, § 2, 1^o, d, et 4^o, b et c."

- " Art. 65/5. La décision motivée visée à l'article 65/4 comporte, selon la procédure et le type de décision :
- 1^o le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, l'objet et le montant du marché à approuver;
 - 2^o en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure;
 - 3^o les noms des candidats ou des soumissionnaires;
 - 4^o en cas de système de qualification dans les secteurs spéciaux :
 - les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;
 - les noms des candidats dont la qualification est retirée et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;
 - 5^o les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes;
 - 6^o les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;
 - 7^o les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue;
 - 8^o les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie."

- " Art. 65/8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :
- 1^o à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
 - 2^o à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
 - 3^o à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

- 1^o la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
- 2^o la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;
- 3^o la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

§ 2. La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 65/11 soient applicables.

Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché, la suspension de ce délai prend fin :

- 1^o à défaut de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
- 2^o en cas de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 65/15;
- 3^o en tout cas au plus tard quarante-cinq jours après la communication visée au § 1^{er}."

Il s'impose de constater, avant tout, que le moyen prend appui sur les motifs de l'éviction de la requérante, tels qu'ils ont été communiqués à celle-ci par un courrier daté du 19 novembre 2012 et recommandé le 26 novembre 2012, pour tenter de démontrer la violation, par l'acte attaqué, des dispositions qu'il vise. Ce faisant, il procède d'une confusion entre l'obligation de motivation de la décision d'attribution du marché, qui incombe à la partie adverse en vertu des articles 65/4 et 65/5 précités, et l'obligation d'indication des motifs de la décision déclarant irrégulière l'offre d'un soumissionnaire, qu'impose l'article 65/8 précité.

Par ailleurs, en tant qu'il concerne l'éviction de la requérante pour le lot 1, l'acte attaqué est motivé comme suit :

- " Considérant que dans le cadre de la régularité des offres remises pour le lot 1 «Chaudières individuelles : entretiens et réparations», le soumissionnaire BOUVE a complété l'inventaire d'offre de base sans le signer et s'est engagé sur le formulaire d'engagement pour la variante; que le service Achats considère cette confusion comme une absence d'engagement formelle [sic] de la part du soumissionnaire constituant une irrégularité substantielle entraînant la nullité de l'offre".

Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, cette motivation apparaît adéquate, de sorte que le moyen, qui soutient le contraire, paraît *prima facie* manquer en fait.

S'agissant de l'indication, certes succincte, des motifs de l'éviction de la requérante, que contient le courrier daté du 19 novembre 2012, si le moyen devait s'interpréter en ce sens qu'il reproche à la partie adverse de n'avoir pas satisfait au prescrit de l'article 65/8 précité, disposition dont la violation n'est d'ailleurs pas invoquée, encore faudrait-il observer qu'un tel vice qui entacherait une formalité postérieure à l'adoption de l'acte attaqué ne saurait affecter la légalité de celui-ci. En tout état de cause, cette indication des motifs d'éviction de la requérante paraît, à première vue, suffisante, ainsi qu'en témoignent les griefs formulés dans le deuxième moyen soulevé à l'appui de la présente requête.

Au regard de ces différentes considérations, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. SECOND MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la "violation de 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 et de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services". Elle l'expose en ces termes :

" En ce que :

- l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 oblige le pouvoir adjudicateur à attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse;
- l'irrégularité d'une offre doit être appréciée au regard de l'article 110 § 2 de l'Arrêté-Royal du 8 janvier 1996 qui prévoit :

«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».

En analysant la copie de son dossier d'adjudication sur base du courrier faxé par la partie adverse le 23 novembre 2012, la requérante a tenté de comprendre ce que la partie adverse entendait par «offre administrativement irrégulière du fait de la confusion des formulaires».

Apparemment, bien qu'in vraisemblable comme motif d'éviction, la requérante a constaté que :

- le dossier d'adjudication du lot n° 1 comportait plusieurs modèles de «Formulaire d'engagement» et plus précisément :
 - o un modèle présentant l'intitulé suivant :

Cahier des charges n° S/13/150
Lot 1 du marché de services : «S/13/064»
CHAUFFAGE ET PRODUCTION D'EAU CHAUDE : ENTRETIENS ET
REPARATIONS D'INSTALLATION INDIVIDUELLES

- o un modèle présentant l'intitulé suivant :

Cahier des charges n° S/13/150
Lot 1 du marché de services : «S/13/064» - VARIANTE
CHAUFFAGE ET PRODUCTION D'EAU CHAUDE : ENTRETIENS ET
REPARATIONS D'INSTALLATION INDIVIDUELLES

- Qu'à l'exception du mot « variante », les deux formulaires sont strictement identiques.
- Aucune variante obligatoire n'est prévue pour ce marché.
- Les variantes libres sont interdites.
- Certes, en page 6 (in fine) des clauses administratives du Cahier spécial des charges, il est dit «Il y a une variante facultative décrite en annexe au cahier spécial des charges», MAIS contrairement à ce texte AUCUNE variante facultative n'est décrite en annexe au Cahier spécial des charges.

Il est vrai que la requérante a remis son offre SUR BASE DU SEUL METRE référencé CSCH : S/13/064 établit par la partie adverse, mais en joignant celui-ci au formulaire d'engagement

Cahier des charges n° S/13/150
Lot 1 du marché de services : «S/13/064» - VARIANTE
CHAUFFAGE ET PRODUCTION D'EAU CHAUDE : ENTRETIENS ET
REPARATIONS D'INSTALLATION INDIVIDUELLES

Et non sur le formulaire d'engagement :

Cahier des charges n° S/13/150
Lot 1 du marché de services : «S/13/064» - VARIANTE
CHAUFFAGE ET PRODUCTION D'EAU CHAUDE : ENTRETIENS ET
REPARATIONS D'INSTALLATION INDIVIDUELLES

Si c'est cela que la partie adverse appelle une offre «administrativement irrégulière du fait de la confusion des formulaires», il faut alors se poser les questions suivantes :

- Cette «confusion» était-elle de nature à empêcher la comparaison objective des offres ?

Assurément non puisque aucune variante n'a été déposée par les autres soumissionnaires, faute de description dans les documents du marché. L'offre de la requérante ne pouvait donc être remise que pour la solution de base puisque c'était la SEULE décrite.

- Cette «confusion» permettait-elle au pouvoir adjudicateur d'invoquer une incertitude sur les intentions du soumissionnaire K.BOUVE ?

Absolument pas puisque le métré joint au formulaire d'engagement était strictement conforme au modèle du SEUL métré fourni aux soumissionnaires.

Si le motif d'éviction de la requérante pour un marché de cette importance repose sur cette argumentation, alors il est évident que la partie adverse a volontairement cherché un prétexte futile en violation des principes d'égalité et de concurrence entre les soumissionnaires.

En toute hypothèse, il appartiendra à la partie adverse, si elle le peut, d'expliquer en quoi cette «confusion» des formulaires constituait, in concreto, une réserve, ou la violation d'une prescription essentielle du cahier spécial des charges, qui rendait l'offre de la requérante affectée d'une irrégularité substantielle.

En conclusion, le second moyen est sérieux et la décision attaquée doit être suspendue."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute le moyen en ces termes:

" 27. Contrairement à ce qu'affirme la requérante :

- la variante avait été décrite en annexe au cahier des charges (pièce 4.c; voir aussi l'exposé des faits, point 2).
- pour chaque lot, un formulaire d'engagement relatif à l'offre de base et un formulaire d'engagement relatif à la variante facultative étaient bien annexés au cahier des charges (pièces 4.d.1 à 4.d.4),
- pour chaque lot, un inventaire récapitulatif relatif à l'offre de base et un inventaire récapitulatif relatif à la variante facultative étaient bien annexés au cahier des charges (pièces 4.e.1 à 4.e.5), et
- Tous les autres soumissionnaires ont bien introduit une offre de base et une offre pour la variante pour le lot 1 litigieux (pièces 12.b à 12.d).

La requérante était d'ailleurs tout-à-fait au courant de la portée de la variante puisqu'elle a posé une question et reçu une réponse sur la portée de la variante (pièces 6 et 10; cfr. point 2 de l'exposé des faits).

Elle a en outre complété les deux inventaires récapitulatifs prévus respectivement pour l'offre de base et pour la variante pour le lot 2 (pièce 13.a).

Le second moyen manque donc en fait.

28. La confusion des formulaires opérée par la requérante a entraîné une absence d'engagement de sa part.

Celle-ci n'a en effet :

- complété que le formulaire d'engagement pour la variante facultative, et non le formulaire d'engagement pour l'offre de base,
- sans compléter l'inventaire récapitulatif idoine relatif à la variante facultative, dans lequel elle aurait dû détailler les postes pour cette variante facultative, et
- sans même signer l'inventaire récapitulatif relatif à l'offre de base qu'elle avait complété.

Or, la variante facultative avait une portée totalement différente de l'offre de base : liée à un autre inventaire récapitulatif, elle consistait en une garantie totale portant sur la maintenance, impliquant un prix forfaitaire pour la réalisation de l'entretien mais aussi de toute réparation qui s'avérerait nécessaire, sans qu'une facturation supplémentaire soit possible en fonction du nombre de réparations effectuées.

En outre, l'article 113, alinéa 1^{er}, 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 impose à tout le moins le dépôt d'une offre de base :

«Si le cahier spécial des charges impose ou autorise des variantes, il doit préciser l'objet de celles-ci, leur nature et leur portée. Dans ce cas, le soumissionnaire remet offre pour le projet de base et, le cas échéant, dès lors qu'il s'agit d'une variante imposée, pour cette variante. Le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse d'après un classement unique des offres de base et des variantes.»[...].

La confusion des formulaires revêtait donc bien un caractère substantiel dès lors qu'elle a empêché tout engagement régulier de la requérante.

29. Enfin, chaque soumissionnaire ayant eu les mêmes chances de remplir les formulaires prévus tant pour l'offre de base que pour l'offre de variante, aucune différence de traitement n'a été opérée entre la requérante et les autres soumissionnaires.

Le fait que son offre ait été jugée irrégulière est justifié par la confusion des formulaires qui a entraîné l'absence d'engagement de la requérante pour l'offre de base et l'impossibilité de déterminer sur quoi la requérante s'était engagée.

30. Le second moyen n'est donc pas fondé."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Avant tout, la requérante soutient à tort que les formulaires d'engagement portant respectivement sur l'offre de base et la variante ne se distinguaient que par l'usage du mot "variante" dans le titre de l'un d'entre eux. Le formulaire relatif à la variante précisait également qu'au titre de celle-ci, le soumissionnaire s'engageait à exécuter le marché "en garantie totale".

La requérante ne peut davantage être suivie lorsqu'elle allègue qu'aucune variante facultative n'était décrite en annexe au cahier spécial des charges, alors qu'une description – d'ailleurs produite à l'appui de la requête – existait bien, définissant, au regard des variantes relatives à chaque lot, l'objet du marché en termes de "prestations de maintenance en garantie totale".

Par ailleurs, tant l'acte attaqué que le rapport d'examen des offres révèlent que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, des variantes ont bien été déposées par les autres soumissionnaires.

Enfin, l'affirmation selon laquelle un seul "métré" aurait été fourni aux soumissionnaires est démentie à la lecture des pièces produites à l'appui tant de la requête que de la note d'observations, et desquelles il ressort que, pour chacun des lots, des inventaires distincts avaient bien été établis, respectivement pour l'offre de base et pour la variante.

Il apparaît ainsi que le moyen repose sur différentes affirmations que contredisent *prima facie* l'examen des pièces produites à l'appui des écrits de procédure, ainsi que le déroulement de celle-ci.

Par ailleurs, il s'indique de rappeler le prescrit de 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, dont la requérante invoque la violation. Cette disposition est libellée 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".

Au regard des dispositions du Titre VI de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, intitulé "Des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres", il s'impose de relever que:

- si l'offre de la requérante devait s'analyser comme ne portant que sur la seule variante, elle ne serait sans doute pas conforme à l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, duquel il se déduit qu'il n'est pas permis de ne déposer qu'une offre en variante;
- si l'offre de la requérante devait s'analyser comme constituant bien un engagement à l'égard de l'offre de base, telle que l'a conçue la partie adverse, sa conformité à l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 pourrait être mise en cause, dès lors qu'elle a été établie sur un document autre que le formulaire prévu et que, en méconnaissance de ce qu'impose cette disposition en pareille hypothèse, la requérante n'a pas attesté la conformité du document utilisé au modèle prévu dans le cahier spécial des charges;
- enfin, si l'engagement de la requérante devait être tenu pour attesté par le fait que son inventaire a été établi sur le formulaire relatif à l'offre de base, il faudrait constater que ce formulaire n'a pas été signé, comme l'impose pourtant l'article 97, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Dans ces circonstances, et sur la base de ce que révèle un examen effectué en extrême urgence, il n'apparaît pas qu'en considérant l'offre de la requérante comme formellement irrégulière, et en l'écartant, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation autorisant à soutenir qu'elle aurait méconnu la disposition de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être tenu pour sérieux.

Dès lors qu'aucun des deux moyens soulevés à l'appui de la requête ne peut être déclaré sérieux, il n'y a pas lieu de statuer sur d'autres motifs éventuels de rejet, ni d'examiner, conformément à l'article 65/15, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, si les considérations émises à ce propos par la partie adverse imposent de considérer que les conséquences négatives d'une suspension de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt décembre deux mille douze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.