

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 247.300 du 12 mars 2020

A. 230.102/VI-21.701

En cause : **la société anonyme SERVITEX**,
ayant élu domicile chez
M^e Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée
Centre Hospitalier Régional de la Citadelle,
ayant élu domicile chez
M^e Renaud SIMAR, avocat,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 janvier 2020, la société anonyme SERVITEX sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par le bureau exécutif du C.H.R. de la Citadelle le 27 septembre 2019, de ne pas attribuer le lot 1 du marché public de service relatif à la location et l'entretien du linge plat (Cahier spécial des charges BBE19007), de renoncer à passer le marché et de relancer une nouvelle procédure ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 31 janvier 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 3 mars 2020 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Pierre Lejeune, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Renaud Simar et Louis Leboutte, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth Willemart, premier 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. Exposé des faits utiles

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

« 2. Le 6 mai 2019, le Bureau Permanent du CENTRE HOSPITALIER REGIONAL DE LA CITADELLE adopte un cahier des charges relatif à un marché de services ayant pour objet la location et l'entretien du linge plat et l'entretien des tenues de travail.

Le Bureau Permanent du CENTRE HOSPITALIER RÉGIONAL DE LA CITADELLE est l'organe habilité pour ce faire au sein du CENTRE.

Ce cahier des charges porte les références : BBE19007 (pièce 1).

Le marché régi par ce cahier des charges est divisé en deux lots (page 4) :

- Lot 1 "location et entretien du linge plat";
- Lot 2 "entretien des tenues de travail".

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte.

3. Le 7 mai 2019, sont envoyés les avis de marché, belge (pièce 2) et européen (pièce 3).

Le 21 mai 2019, des avis rectificatifs précisant le cahier spécial des charges sont adressés au JOUE et au Bulletin des adjudications (pièces 4 et 5).

4. L'ouverture des offres a lieu le 11 juin 2019 (pièce 7).

5. Le 6 août 2019, est dressé un rapport d'examen des offres (pièce 9).

Au terme de ce dernier, il est proposé :

“ De ne pas attribuer le Lot 1 (Location et entretien du linge plat) (aucune offre régulière) et de relancer, le plus rapidement possible, une nouvelle procédure après révision du csch.

D'attribuer le Lot 2 (Entretien des tenues de travail) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit Servitex S.A., Rue Chesseroux 7 à 4651 Battice, aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce candidat, pour un montant total tvac de 565.889,45 €, soit 467.677,23 € (2 ans)".

6. Aussi, par décision du 27 septembre 2019 (procès-verbal du 27 septembre 2019 - pièce 10), le Bureau Exécutif, organe habilité au sein du CHR, décide ce qui suit:

- Pour le lot 1 : "Le Bureau Exécutif décide à l'unanimité de ne pas attribuer le lot 1 du marché relatif à la location et l'entretien du linge plat et l'entretien des tenues de travail ; Ce lot sera relancé ultérieurement";
- Pour le lot 2 : "Le Bureau Exécutif décide à l'unanimité d'attribuer le lot 2 du marché relatif à la location et l'entretien du linge plat et l'entretien des tenues de travail à la firme SERVITEX s.a. (Battice) pour un montant total de 467.677,23 euros HTVA, soit 565.889,45 euros TVAC".

7. Après envoi à l'autorité de tutelle, la décision du 27 septembre 2019 et, annexé, le rapport d'examen des offres sont notamment envoyés à la SA SERVITEX, par courrier recommandé du 3 décembre 2019 (pièce 11) ».

IV. Recevabilité ratione temporis de la demande de suspension

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Sous le titre « II. Extrême urgence » de sa requête, la requérante fait valoir ce qui suit à propos de la recevabilité *ratione temporis* de sa demande :

« 4.-L'acte attaqué a été communiqué à SERVITEX par lettre dont la recommandation à la poste porte la date du 3 décembre 2019.

5.-L'acte attaqué est une décision de renoncer à passer le marché et de lancer une nouvelle procédure, soit une décision visée à l'article 9 de la loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

6.-L'article 9/1 § 1^{er} de cette même loi dispose :

“ L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement les communications visées aux articles 7, 8 et 9, par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics ou les moyens de communication électroniques visés à l'article 32 de la loi relative aux concessions et, le même jour, par envoi recommandé”.

Son article 23 § 1^{er} dispose que “Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée”.

7.-En l'espèce, la partie adverse n'a pas observé la formalité de la double communication, n'ayant usé que de l'envoi postal recommandé. La méconnaissance de cette formalité a pour conséquence que le délai d'introduction

du recours n'a pas pris cours.

8.- Au contentieux de l'attribution des marchés publics, seule la procédure d'extrême urgence peut être mise en œuvre.

9.- L'extrême urgence s'établit par le seul respect des délais : la loi du 17 juin 2013 n'impose pas à la requérante une obligation d'agir avec diligence autre que celle de former le recours en suspension d'extrême urgence dans le délai de quinze jours qu'elle détermine.

En l'espèce, la requérante a bien formé le présent recours dans ce délai.

10.- Le présent recours est donc recevable *ratione temporis* et l'extrême urgence peut, dans cette mesure, être admise ».

B. Note d'observations

La partie adverse oppose à la demande de suspension une exception d'irrecevabilité *ratione temporis*, qu'elle expose comme suit :

« 12. Le CHR a envoyé sa décision et, en annexe, le rapport d'attribution à la SA SERVITEX le 3 décembre 2019 (pièce 11), et ce par courrier recommandé. En conséquence, la correcte réception de cette décision et de son annexe ne fait aucun doute.

Elle n'est d'ailleurs pas contestée de part adverse.

Ainsi, dès le 3 décembre 2019, la partie requérante a pu pleinement prendre connaissance de la décision du CHR et des motifs qui la sous-tendent et, le cas échéant, avait la possibilité d'entreprendre toute démarche utile dès cet instant.

Force est de constater qu'elle n'a réagi que le 31 janvier 2020, soit 59 jours plus tard, par l'introduction de sa requête en annulation et demande de suspension.

13. La SA SERVITEX invoque les articles 9/1, § 1^{er} et 23, § 1^{er} qui prévoient en substance une double notification de la décision d'attribution, par courrier recommandé d'une part, et "par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics ou les moyens de communication électroniques visés à l'article 32 de la loi relative aux concessions", d'autre part.

Le formalisme incarné par cette double communication vise à :

- assurer aux destinataires la correcte réception de l'envoi, en multipliant les canaux de communication, afin de lui permettre de faire valoir ses droits dans les délais;

- assurer au destinataire la preuve de l'envoi et de la correcte réception de cet envoi par les destinataires.

Ainsi, dans le cas d'une absence d'envoi recommandé d'un procès-verbal de carence, pourtant exigé par la réglementation des marchés publics, dans le cadre de la mise en œuvre de mesure d'office, il a été jugé que :

“ C'est à tort, tout d'abord, que l'entrepreneur se fonde sur le fait que le procès-verbal de carence du 19 décembre 2018 ne lui aurait pas été envoyé par lettre recommandée à la poste.

Certes, la formalité de l'envoi par recommandé est imposée par l'article 20, § 2, du C.G.Ch.

Il s'agit, cependant, uniquement d'un formalisme de preuve destiné à permettre au pouvoir adjudicateur de prouver la date à laquelle il a envoyé le procès-verbal de carence et ainsi à vérifier si l'entrepreneur y a répondu dans le délai de 15 jours qui lui est imparti”.

14. En outre, la SA SERVITEX ne démontre pas le préjudice subi suite à l'absence d'une telle double communication.

Elle a eu connaissance de la décision de non-attribution et de ses motifs dès le 3 décembre 2019, et sa réaction tardive s'explique par son atermolement, et non en raison d'une faute imputable au pouvoir adjudicateur.

15. La position aurait pu être toute autre si le CHR n'avait communiqué la décision uniquement par courriel ou télécopieur, *quod non*.

Dans un tel cas, la date de la réception de la décision et de ses motifs aurait été incertaine, ce qui aurait pleinement justifié que le délai de 15 jours ne commence pas à courir.

À l'inverse, le fait que la décision ait été envoyée par recommandé permet de s'assurer de sa correcte réception et offre la possibilité à la SA SERVITEX d'agir dans le délai de 15 jours, ce qu'elle n'a pas fait.

16. Raisonner autrement constituerait un abus de droit, dès lors que :

- la SA SERVITEX avait indubitablement connaissance de la décision et de ses motifs depuis le 3 décembre 2019;
- la SA SERVITEX était en mesure d'agir dès ce moment-là;
- la SA SERVITEX a, en toute connaissance de cause et sans motif, décidé d'agir 59 jours plus tard;
- la SA SERVITEX ne démontre pas le préjudice qu'elle aurait subi suite à une communication par recommandé uniquement.

17. Par conséquent, la demande de suspension doit être considérée comme irrecevable *ratione temporis*, à défaut d'urgence.

Elle doit dès lors être écartée ».

C. Plaidoiries

À l'audience du 3 mars 2020, la partie adverse a observé que la loi n'indiquait pas un terme au délai d'introduction d'un recours en cas d'absence de double envoi, à la différence d'autres dispositions qui le prévoient, par exemple en cas de défaut d'indication des voies de recours. Elle estime que, face à cette lacune, la recevabilité d'une demande de suspension introduite de la manière constatée en l'espèce, doit être examinée sous l'angle du raisonnable.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse conteste la recevabilité *ratione temporis* de la demande de suspension, en substance pour le motif que celle-ci a été introduite à un moment où la requérante avait connaissance de l'acte attaqué depuis plus de quinze jours.

Les articles 9, 9/1, § 1^{er}, et 23, §§ 1^{er} et 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions sont

libellés comme suit :

« Art. 9. Dès qu'elle a pris la décision de renoncer à passer un marché ou une concession et, le cas échéant, de lancer une nouvelle procédure de passation, l'autorité adjudicatrice communique la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés ».

“Art. 9/1. § 1^{er}. L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement les communications visées aux articles 7, 8 et 9, par télécopieur, par courrier électronique ou par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics ou les moyens de communication électroniques visés à l'article 32 de la loi relative aux concessions et, le même jour, par envoi recommandé”.

“Art. 23. § 1^{er}. Les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

Lorsque la présente loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée.

[...]

§ 3. La demande en suspension visée à l'article 15 est introduite dans un délai de quinze jours. En cas d'application de l'article 18, le délai est de dix jour” ».

En l'espèce, la partie adverse a adressé à la requérante, par un envoi recommandé portant la date du 3 décembre 2019, un courrier dont l'objet est libellé comme suit : « Avis de non-attribution et information d'attribution – marché passé par procédure ouverte du 11 juin 2019 relatif à : Location et entretien du linge plat ET entretien des tenues de travail ». Ce courrier indique notamment que le lot 1 du marché litigieux n'a pas été attribué et que l'offre de la requérante a été déclarée nulle pour les motifs qui sont indiqués.

L'applicabilité des dispositions précitées n'est pas discutée.

Il n'est pas davantage contesté que la partie adverse n'a pas procédé, à l'égard de la requérante, au double envoi imposé par l'article 9/1, § 1^{er}, précité : la décision de renoncer à l'attribution du lot 1 ne lui a été communiquée que par un envoi recommandé portant la date du 3 décembre 2019 et n'a pas fait l'objet d'un envoi par des moyens électroniques.

Au regard de ce qui est ainsi établi sans contestation, il n'apparaît pas que la requête, en tant qu'elle contient notamment la demande de suspension formée par la requérante, a été introduite en méconnaissance des dispositions claires au respect desquelles est subordonnée la recevabilité *ratione temporis* de cette demande de suspension.

Ce constat n'est pas remis en cause par la circonstance, invoquée à l'audience, que les délais d'introduction des recours ne sont pas assortis d'un terme en cas de défaut du double envoi imposé. Cette circonstance n'affecte en rien l'applicabilité des dispositions précitées.

Par ailleurs, est indifférent le fait – non contesté, d'ailleurs, par la requérante – que celle-ci a pu prendre connaissance de l'acte attaqué bien plus de quinze jours avant l'introduction de la demande de suspension, dès lors qu'à défaut d'envoi par les moyens électroniques et, partant, de simultanéité entre les deux envois imposés, les délais d'introduction des recours ouverts à la requérante n'avaient pu commencer à courir. Pour cette même raison, la requérante n'est pas tenue – quoi que puisse laisser entendre la partie adverse à ce propos – de démontrer un quelconque préjudice qu'elle aurait subi du fait de l'absence de double envoi.

Enfin, en reprochant à la requérante de faire preuve d'attribution, voire de commettre un abus de droit, la note d'observations semble perdre de vue que la latitude dont a bénéficié la requérante en l'espèce est celle dont la partie adverse lui a elle-même permis de profiter en ne procédant pas au double envoi dont l'accomplissement lui aurait permis d'éviter à tout le moins les désagréments qu'elle semble déplorer au vu des circonstances d'introduction de la demande de suspension.

Il suit de ces considérations que l'exception d'irrecevabilité *ratione temporis* opposée à la demande de suspension doit être rejetée.

V. Recevabilité de la demande quant à l'intérêt

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse oppose également une exception d'irrecevabilité de la demande en ce qui concerne l'intérêt de la requérante. Elle s'exprime dans les termes suivants :

« Outre la recevabilité *ratione temporis*, la réalité de l'intérêt à agir de la requérante n'est pas démontrée.

En effet, dès lors qu'il s'agit, dans le cas d'espèce, non pas d'une décision d'attribution à un concurrent de la SA SERVITEX, mais bien d'une décision de non attribution, rien n'empêche la SA SERVITEX de soumettre une nouvelle offre dans le cadre du marché relancé, qui aura été "corrigée" à la lumière des considérations ayant justifié de conclure à l'irrégularité de son offre initiale.

À défaut d'intérêt à agir, la demande de la SA SERVITEX doit être écartée ».

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, auquel se réfère l'article 15 de la même loi, relatif à la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices, est libellé comme suit:

« À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
- 3° les documents du marché ou de la concession ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que la requérante a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux.

S'agissant de la deuxième condition de recevabilité fixée par l'article 14 précité, il n'est pas davantage contesté (et ne paraît devoir l'être) que la requérante a été lésée, ou a risqué de l'être, par les violations alléguées au titre du premier moyen. En effet, d'une part, ce moyen critique l'acte attaqué en tant que celui-ci a déclaré l'offre de la requérante entachée d'une irrégularité substantielle et, d'autre part, c'est cette irrégularité substantielle de l'offre de la requérante qui, combinée à celle dont la partie adverse estime entachée l'offre de l'autre soumissionnaire, constitue le motif déterminant de la décision de renoncer à attribuer le marché litigieux, comme l'a confirmé la partie adverse à l'audience du 3 mars 2020.

Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

VI. *Urgence*

VI.1. *Thèse de la partie adverse*

Soutenant que l'acte attaqué n'est pas soumis au délai de *standstill*, puisqu'il n'emporte pas attribution d'un marché mais bien renonciation à une telle attribution, la partie adverse estime que l'urgence, qui serait requise en vertu de l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, fait défaut, de sorte que la demande de suspension doit être rejetée. L'argumentation

qu'elle développe au soutien de cette thèse se lit comme suit :

- « 19. La législation encadrant la commande publique prévoit l'observation obligatoire ou volontaire d'un délai d'attente (délai de *standstill*) entre l'attribution du marché au soumissionnaire retenu et la conclusion du contrat avec ce dernier.

Ainsi, l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 dispose que :

“La conclusion du marché ou de la concession qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la communication de la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés conformément à l'article 9/1. À défaut de simultanéité entre les envois, le délai prend cours, pour le candidat, participant ou soumissionnaire concerné, à la date du dernier envoi.

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution visée à l'article 15 est introduite dans le délai visé à l'alinéa 1^{er}, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché ou la concession avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur la demande de suspension.

[...]” (c'est nous qui soulignons).

Cette disposition trouve à s'appliquer en cas de décision d'attribution, pas en cas de décision de non-attribution.

L'observation de ce délai d'attente a pour objet de “permettre au soumissionnaire qui s'estime écarté irrégulièrement de retrouver une chance d'exécuter lui-même le marché, avant que le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché ne se soit formé” (c'est nous qui soulignons).

Dès lors, l'existence-même d'un délai de *standstill* est intrinsèquement liée à la conclusion subséquente et imminente d'un contrat.

20. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas d'une décision d'attribution, mais bien d'une décision de non-attribution du marché.

Dès lors, la conclusion subséquente et imminente d'un contrat, justifiant le recours au mécanisme du *standstill*, fait défaut en l'espèce.

In casu, il faut donc conclure à l'absence de délai de *standstill*, si bien que la décision de non-attribution a sorti ses effets dès l'instant où elle a été communiquée (le 3 décembre 2019).

21. Relativement à la procédure de référé, l'article 17, § 1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'État dispose que :

“§ 1^{er} La section du contentieux administratif est seule compétente pour ordonner par arrêt, les parties entendues ou dûment appelées, la suspension de l'exécution d'un acte ou d'un règlement susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, §§ 1^{er} et 3, et pour ordonner toutes les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire.

Cette suspension ou ces mesures provisoires peuvent être ordonnées à tout moment :

1° s'il existe une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation;

2° et si au moins un moyen sérieux susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement est invoqué

[...]” (c’est nous qui soulignons).

En agissant le 31 janvier 2020, la requérante ne peut se prévaloir de l’urgence nécessaire à l’introduction d’une demande en suspension au sens de l’article 17, § 1^{er} LCCE, dès lors que la décision et ses motifs lui étaient connus depuis l’envoi recommandé du 3 décembre 2019.

22. Partant, la demande de suspension doit être rejetée, à défaut d’urgence.

Dès lors, les considérations subséquentes sont exposées à Votre Conseil à titre subsidiaire ».

À l’audience du 3 mars 2020, elle a réitéré son argumentation, faisant valoir que le fait d’attendre 59 jours pour introduire la demande de suspension alors que la requérante avait bien connaissance de l’acte attaqué immédiatement après l’envoi de celui-ci par envoi recommandé le 3 décembre 2019 posait d’autant plus problème au regard de l’urgence qu’aucun délai de *standstill* ne trouvait à s’appliquer en l’espèce.

VI.2. *Appréciation du Conseil d’État*

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que l'acte attaqué ne serait pas soumis au délai de *standstill* institué par l’article 11 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

Contrairement à ce que laisse supposer l’argumentation de la partie adverse, cette circonstance que l’acte attaqué ne serait pas soumis au délai de *standstill* n’a pas pour effet de soumettre le traitement de la présente demande de suspension au régime que fixe l’article 17 des lois sur le Conseil d’État, coordonnées le 12 janvier 1973.

Dès lors qu’il est invoqué sur la base d’un postulat erroné en droit, le motif de rejet de la demande de suspension, pris du défaut d’urgence au sens de l’article 17 précité, ne peut être accueilli.

VII. Premier moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation « des articles 66 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 76 § 1^{er}, § 2 et § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des dispositions du cahier spécial des charges relatives aux fournitures proposées, à la forme et aux contenu des offres : art. I.10, II.2, II.7, IV. : description des vêtements et du linge à mettre à disposition du CHR; du devoir de minutie, du principe de proportionnalité, du principe de légitime confiance, du principe de légalité, du principe selon lequel une décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et être exempte d'une erreur manifeste d'appréciation; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et des concessions ». Elle le formule comme suit :

« 12.- Pour déclarer nulle l'offre de la requérante, la partie adverse soutient que celle-ci est affectée de trois types d'irrégularités substantielles à savoir :

- une absence totale de certains échantillons (i);
- une absence partielle de certains échantillons pour certains articles (ii);
- un écart entre les caractéristiques des produits proposés par la requérante et les spécifications techniques du cahier spécial des charges : dimension et composition de tissus (iii).

i) Sur l'absence totale de certains échantillons

A titre principal

13.- Selon la partie adverse, deux échantillons sont manquants : les échantillons concernant le “drap housse” et le “drap housse bébé”.

14.- La requérante conteste cette absence d'échantillons en ce qui concerne le “drap housse bébé”. En raison du principe de légalité, il appartient à la partie adverse d'établir la réalité du fait sur lequel sa décision repose, ce qui n'est pas le cas.

15.- En ce qui concerne le “drap housse”, la requérante a fourni un échantillon unique pour deux postes différents de l'inventaire, soit le “drap housse” et le “drap housse anti-escarre” au motif que le produit proposé était identique pour ces deux postes et porte la même référence “NE 24 NERS 30/1”. Sur l'emballage de l'échantillon, les deux postes de l'inventaire avaient été clairement identifiés par la pose de deux étiquettes correspondantes.

La partie adverse ne peut donc reprocher une absence d'échantillons alors que le produit proposé était identique sur ces deux postes. La fourniture de deux échantillons identiques n'aurait apporté aucune information supplémentaire.

16.- Le cahier spécial des charges comporte l'indication suivante :

“ La restitution des produits a lieu au C.H.R. de la Citadelle sera effectuée après que la décision du Pouvoir adjudicateur quant à la désignation ne soit plus susceptible de recours. Cette restitution est aux frais et sous la responsabilité du déposant.

NB : Si la décision du Pouvoir adjudicateur fait l'objet d'un recours, le matériel est conservé jusqu'à extinction du recours”.

17.- Le 21 janvier 2020, en contradiction avec la règle qu'elle s'était donnée à elle-même à des fins probatoires, la partie adverse a estimé opportun de restituer les échantillons à un des chauffeurs de la requérante qui assurait l'exécution du contrat en cours. La partie adverse s'est donc placée elle-même en situation de ne plus pouvoir établir la réalité des faits sur base desquels sa décision repose.

18.- À la restitution des échantillons, la requérante a opéré un contrôle et constaté la présence effective, dans les caisses restituées, des deux échantillons prétendument manquants. Il se confirme ainsi que la partie adverse a pris sa décision sur base de faits inexacts.

Subsidiairement

19.- Le cahier spécial des charges indique que “seront considérées comme non conformes et ne seront pas prises en considération les offres non accompagnées des échantillons demandés” (art. II.2).

Mais il précise également que les échantillons ont pour but de “vérifier la conformité au cahier spécial des charges du matériel proposé et/ou afin d'analyser ce matériel au vu des critères d'attribution” (art. II.7).

20.- Un des buts déclarés par la partie adverse - “analyser ce matériel au vu des critères d'attribution” - est inopérant, dans la mesure où :

- contrairement à certains marchés où la qualité des fournitures fait l'objet d'un critère d'appréciation - et où l'analyse du matériel trouve pleinement à s'appliquer -, il n'y a, en l'espèce, pas plusieurs critères, mais un seul à savoir le prix;
- l'examen de l'unique critère d'attribution qu'est le prix se réalise par une pure opération mathématique où l'analyse d'un échantillon ne trouve pas sa place.

Or, les buts poursuivis par la partie adverse lors de la rédaction du cahier spécial des charges sont un des indices permettant de considérer qu'une irrégularité est ou n'est pas substantielle.

21.- Est considérée comme substantielle, l'irrégularité qui est de nature :

- à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ou à entraîner une distorsion de la concurrence;
- à empêcher l'évaluation de l'offre ou la comparaison de celle-ci avec les autres offres;

- à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Mais aucune de ces caractéristiques n'est présente à propos de l'offre de la requérante.

22.- S'agissant d'examiner la conformité du matériel proposé par rapport aux spécifications techniques du cahier spécial des charges, l'examen comparé des spécifications et de la fiche technique de chaque fourniture révèle :

- que la majeure partie des spécifications est exprimée sous forme de souhaits et non d'exigences;
- que la lecture des fiches techniques permettait sans difficulté d'examiner les caractéristiques du matériel proposé.

23.- Pour le "drap housse", le cahier spécial des charges expose les spécifications suivantes :

" Modèle : de dimension 240x80x30cm
Pour une meilleure tenue au lit, une confection de type 'boite à mouchoirs' est souhaitée.
Composition du tissu :
Pour une meilleure tenue du tissu (rétrécissement moins important), un mélange coton/polyester est souhaité. La composition précise est laissée à l'appréciation du buandier".

La "fiche technique 17", faisant partie intégrante de l'offre de la requérante fournit les indications suivantes :

" Dim +/- 240 x 80 x 30 cm
Type boîte à mouchoirs
50% coton, 50% polyester".

... ainsi que d'autres précisions non demandées au cahier spécial des charges.

24.- Pour le drap housse bébé, le cahier spécial des charges précise :

" Composition du tissu :
Pour une meilleure tenue du tissu (rétrécissement moins important), un mélange coton/polyester est souhaité.
Modèle :
Pour une meilleure tenue au lit, une confection de type « boite à mouchoirs » est souhaitée".

La "fiche technique 19", faisant partie intégrante de l'offre de la requérante répond en tous points aux souhaits exprimés par la partie adverse :

" 50% polyester, 50% coton
Confection type boîte à mouchoirs".

... et fournit également d'autres précisions non demandées.

25.- Dans cette mesure, l'absence de deux échantillons ne peut, sans violer le principe de proportionnalité, être érigée en irrégularité substantielle au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

ii) Sur l'absence partielle de certains échantillons

26.- Selon la partie adverse, les manquants suivants ont été constatés :

- pyjama enfants (5 tailles) : reçu 1 échantillon (sans taille), 4 échantillons manquants;
- grenouillère (3 tailles) : reçu 1 échantillon (0-3 mois), 2 échantillons manquants.

27.- Sur le plan factuel, la requérante ne conteste pas ces constatations de la partie adverse.

28.- Mais les dispositions du cahier spécial des charges imposaient de fournir un échantillon par poste de l'inventaire :

“ Les échantillons seront gratuits, correspondant à l'article tel qu'il sera livré, seront identifiés par nom du soumissionnaire et n° du poste tel que repris à l'inventaire. Un échantillon correspond à une pièce” (art. II.7).

Lors d'une séance organisée par la partie adverse, à la question 20 “Échantillons à fournir ?” la partie adverse avait répondu “1 échantillon (1 pièce) pour CHAQUE poste du lot 1 (linge hospitalier et vêtements en location). Pour les sets, voir question n° 1”.

Or, la grenouillère est visée au poste 26 de l'inventaire, et le pyjama enfant au poste 40. La partie adverse ne pouvait donc pas considérer que l'absence d'échantillons dans toutes les tailles était un motif d'irrégularité substantielle de l'offre.

29.- À nouveau, l'examen des échantillons et des fiches techniques 26 et 40 permettait à la partie adverse de vérifier que les tailles demandées étaient bien proposées. Au demeurant, les tailles sont standards et l'examen de plusieurs échantillons de chaque taille n'aurait rien apporté en terme de vérification par rapport aux spécifications techniques du cahier spécial des charges.

iii) Sur les écarts quant à la composition du tissu et à la dimension des produits

30.- La partie adverse adresse les reproches suivants à l'offre de la requérante :

- vêtements amphi : 50% coton - 50% polyester, au lieu de 65% coton - 35% synthétique;
- bonnet pour bébé : 95% coton, 5% élasthane au lieu de 100% coton;
- taie d'oreiller : taille 87 x 70 cm au lieu de 65 x 65 cm;
- édredon bébé : taille 80 x 62 cm au lieu de 60 x 70 cm;
- édredon enfant : taille 67 x 65 cm au lieu de 120 x 140 cm.

À titre principal

31.- La requérante est attributaire du précédent marché, en cours d'exécution actuellement. Le cahier spécial des charges de ce précédent marché comporte les prescriptions techniques concernant les produits à mettre en location :

- vêtements amphi : composition 65% coton, 35% synthétique;
- taie oreiller : 65 x 65 cm, (modèle 80*40 cm non accepté);
- édredon bébé : taille 60 x 70cm;

- édredon enfant : 120 x 140 cm.

Il n'y avait pas de bonnet bébé.

32.- Le précédent cahier spécial des charges précisait que la description technique du linge “défini les critères essentiels auxquels les articles qui seront proposés par les différents soumissionnaires doivent correspondre. Ces critères reflètent ce qui est actuellement utilisé au CHR ou souhaité. Les soumissionnaires sont donc invités à proposer dans leur offre des articles répondant le plus scrupuleusement possible à ces critères” (art. 2).

Cette disposition est reproduite à l'identique dans le cahier spécial des charge du marché litigieux (art. IV.2).

33.- Dans la mesure où la requérante a proposé des articles qui “reflètent ce qui est actuellement utilisé au CHR” et où aucune difficulté particulière n'était apparue à ce propos en cours d'exécution, la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître le principe de légitime confiance, décider que la non-conformité par rapport à ce qui est non pas “actuellement utilisé” mais “souhaité” était une irrégularité substantielle.

Subsidiairement

34.- Selon le cahier spécial des charges “les soumissionnaires pendant la passation et le ou les adjudicataires pendant l'exécution ont une obligation d'information et de conseil envers le Pouvoir adjudicateur sur le produit ou service proposé qui doit correspondre aux besoins exprimés dans le présent cahier spécial des charges” (art. I.10).

35.- Dès lors qu'en phase de passation du contrat, les soumissionnaires ont un devoir de conseil envers la partie adverse à propos des produits proposés, il en résulte nécessairement une certaine latitude par rapport à la description technique de la partie adverse : à défaut, ce devoir de conseil n'a aucune signification.

Ainsi, en vue de pouvoir procurer plus de confort au bébé, la requérante a proposé un bonnet dont la composition n'est pas de 100% coton, mais de 95%, l'autre matière, l'élasthane, ayant pour propriété de permettre une élasticité en vue de s'adapter aux morphologies différentes des bébés.

36.- Pour le surplus, dans la mesure où :

- la description vise des produits qui, en dehors de ceux utilisés pour le marché en cours, sont souhaités et non imposés;
- les articles doivent correspondre, “dans la mesure du possible”, à ces critères;

... il doit être admis que le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation.

Partant, les écarts minimes relevés par la partie adverse ne sauraient constituer un motif de non régularité substantielle et révèlent une erreur manifeste d'appréciation.

iv) Motivation lacunaire et inadéquate

37.- Enfin, au point de vue formel, la partie adverse s'abstient d'indiquer pourquoi les manquements qu'elle dénonce [sic] constituent autant d'irrégularités substantielles alors qu'un devoir de motivation pèse sur elle sur ce point.

Il en va de même en ce qui concerne sa décision de renoncer à poursuivre la procédure et d'en relancer une nouvelle, alors que d'autres options - par exemple passer en procédure négociée - s'offraient à elle.

* * *

38.- Le premier moyen est sérieux et fondé ».

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen dans les termes suivants :

- « 26. Le CHR revient ci-après sur les différents éléments soulevés par la partie requérante dans le cadre de son premier moyen et en démontre le non fondement.

V.1.2.1. ECHANTILLONS

a) Absence d'échantillons

27. L'importance des échantillons est soulignée à de multiples reprises dans le cahier spécial des charges (pièce 1).

Ainsi :

- II.2 Forme et contenu des offres :

“ [...]

Seront considérées comme non conformes et ne seront pas prises en considération les offres :

- Non accompagnées des échantillons demandés
- Non accompagnées de l'attestation de visite”.

- II.7 Échantillons déposés au C.H.R. de la Citadelle :

“ Afin de vérifier la conformité au cahier spécial des charges du matériel proposé et/ou afin d'analyser ce matériel au vu des critères d'attribution, le soumissionnaire doit déposer les échantillons ou le matériel proposé dans son offre au C.H.R. de la Citadelle [...] au plus tard à la date et heure limite de remise des offres

[...]

Un échantillon correspond à une pièce.

[...]”.

28. L'importance pour le CHR d'obtenir un échantillon pour chaque pièce ressort du reste des questions-réponses échangées entre le CHR et les soumissionnaires (pièce 6) :

“ 1 échantillon (1 pièce) pour CHAQUE poste du lot 1”.

L'importance de fournir, pour chaque poste, un échantillon distinct est d'autant plus cruciale que les différents échantillons sont testés par différents services au sein du CHR.

29. Dans le cadre de sa requête en annulation et demande de suspension d'extrême urgence, la SA SERVITEX reconnaît tout à la fois :

- Être pleinement consciente qu'il fallait fournir un échantillon pour chaque poste du lot 1;
- Avoir sciemment remis un échantillon unique pour deux postes distincts, en contradiction claire avec les règles du marché qui lui étaient connues, à savoir le "drap housse" et le "drap housse anti-escarre" au motif que "le produit était identique pour ces deux postes et porte la même référence 'NE 24 NERS 30/1'".

La partie requérante admet donc *expressis verbis* ne pas avoir respecté les règles qui lui avaient été données.

30. Du reste, il n'appartient pas à la partie requérante de déterminer si un échantillon était ou non nécessaire, ni d'évaluer l'opportunité d'une telle exigence.

Elle soumissionnait pour un lot 1 d'un marché, pour lequel était exigé un échantillon par poste.

Elle s'est écartée de ce prescrit.

Ce faisant, elle a rendu son offre irrégulière, dès lors que cette dernière était affectée d'une irrégularité substantielle.

b) Restitution des échantillons

31. L'article II.7 du cahier spécial des charges précise notamment que :

“ La restitution des produits a lieu au C.H.R. de la Citadelle et sera effectuée après que la décision du Pouvoir adjudicateur quant à la désignation ne soit plus susceptible de recours. Cette restitution est aux frais et sous la responsabilité du déposant.

NB : Si la décision du Pouvoir adjudicateur fait l'objet d'un recours, le matériel est conservé jusqu'à extinction du recours”.

Compte tenu de ce qui a été exposé au point III (transmission de la décision de non attribution et de ses motifs par courrier recommandé), le CHR de la Citadelle ne pouvait se douter que la SA SERVITEX allait former recours contre cette décision près de 60 jours plus tard, en prétextant l'absence de double communication.

Dès lors que le délai de 15 jours pour introduire une demande de suspension était largement expiré, le CHR a légitimement pu estimer que sa décision n'allait plus être susceptible de recours, le 21 janvier 2020 (date de restitution des échantillons à SERVITEX).

Aussi, le CHR a-t-il procédé à la restitution des échantillons non pas en contradiction mais bien en conformité avec le libellé du cahier des charges.

32. Au demeurant, le CHR souligne que cette restitution des échantillons de la SA SERVITEX a eu lieu à l'initiative de cette dernière, laquelle a sollicité, par téléphone, la fixation d'un rendez-vous pour que ses équipes viennent reprendre les échantillons.

D'ailleurs, pour tenter de démontrer que c'est bien le CHR qui a désiré restituer les échantillons à la SA SERVITEX, cette dernière ne produit qu'une feuille de route du camion du 21 janvier 2020, qui n'atteste rien en ce qui concerne l'initiative de ce rendez-vous, sinon que les échantillons ont été restitués.

À aucun moment, il n'a été fait mention d'un éventuel recours imminent.

33. Par conséquent, compte tenu de l'absence d'action dans le délai de quinze jours et de la volonté de la partie requérante de récupérer ses échantillons, le CHR ne pouvait prévoir l'imminence du recours duquel découle la présente procédure.

À nouveau, un tel comportement de la partie requérante se rapproche de l'abus de droit.

De plus, il est piquant de constater que la requérante a introduit son recours dix jours seulement après avoir repris les échantillons, alors qu'elle aurait pu l'introduire bien avant, la décision de non-attribution lui ayant, pour rappel, été communiquée par courrier recommandé du 3 décembre 2019.

c) Nécessité d'échantillon – comparaison des offres – critère du prix

34. L'article II.6 du cahier spécial des charges (pièce 1) prévoit que :

“ Le prix est l'unique critère d'attribution. Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée sur la base du prix”.

À cet égard, les échantillons exigés n'étaient nullement analysés en vue d'une comparaison des offres.

En effet, les échantillons permettaient, au contraire, de vérifier la conformité des produits proposés aux caractéristiques techniques exigées et, pour le CHR, de s'assurer qu'une qualité minimale était assurée par tous les soumissionnaires afin de pouvoir comparer le prix de produits d'égale qualité, ou atteignant, à tout le moins, une qualité suffisante. Il s'agit dès lors d'un élément de la régularité de l'offre, conformément aux articles II.2 et II.7 du cahier spécial des charges (voir *supra*).

35. Cette équivalence de qualité permettait donc une comparaison des différentes offres sur base du critère du prix, seul critère d'attribution retenu dans le cadre du présent marché (lot 1).

36. À l'inverse, l'absence d'échantillon empêchait le CHR de vérifier la qualité des produits proposés dans l'offre et de s'assurer de leur conformité, ce qui revenait à “donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ou entraîner une distorsion de la concurrence” ou encore à “empêcher l'évaluation de l'offre ou la comparaison de celle-ci avec les autres offres”, et ce qui autorise à considérer l'absence d'échantillon comme une irrégularité substantielle (telle qu'entendue par la partie requérante).

La partie requérante s'est donc rendue coupable d'une erreur substantielle en ne fournissant pas, avec son offre, tous les échantillons requis.

V.1.2.2. ECART DE COMPOSITION DE TISSUS ET DE DIMENSION ENTRE LES PRODUITS PROPOSÉS ET LES SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES DU CAHIER SPÉCIAL DES CHARGES

37. La lecture de l'offre de la partie requérante révèle un hiatus entre le linge demandé et le linge fourni.

a) Absence de conformité

38. Dans sa requête en annulation et demande de suspension d'extrême urgence, la SA SERVITEX cherche à minimiser les écarts constatés entre la demande du CHR et l'offre de SERVITEX.

a.1) Bonnet bébé

D'une part, elle s'appuie sur le marché précédent qui lui avait été attribué.

Dans le cadre de ce marché, les prescriptions techniques concernant les produits à mettre en location ne comprenaient pas le "bonnet bébé".

À son estime, dès lors que :

- le cahier des charges du précédent marché exigeait la fourniture d'articles qui reflétaient ce qui était utilisé alors par le CHR;
- aucune difficulté n'était apparue en cours d'exécution à ce propos;
- que le libellé de ce cahier des charges se retrouve inchangé dans le cahier des charges actuels;

Le CHR ne serait pas en droit de considérer la non-conformité du "bonnet bébé" comme une irrégularité substantielle.

39. Votre Conseil relèvera que :

- Le pouvoir adjudicateur décide seul de ce qui constitue l'objet du marché;
- Il n'appartient pas aux soumissionnaires de décider unilatéralement des besoins du pouvoir adjudicateur;
- Ce principe n'est pas altéré par le fait que l'un des soumissionnaires était l'adjudicataire du marché précédent;
- Le pouvoir adjudicateur n'est en rien lié, dans la passation d'un marché ultérieur distinct, à l'objet d'un quelconque marché antérieur.

Raisonnement autrement reviendrait à autoriser un soumissionnaire, dans le cadre d'un marché ultérieur, à se dispenser de certaines nouvelles règles qui lui seraient imposées dans le cadre de ce marché ultérieur, pour la seule raison qu'il était adjudicataire du marché précédent.

Le principe d'égalité des soumissionnaires, principe fondamental de la législation des marchés publics, serait violé.

En clair, en remettant offre, la SA SERVITEX a accepté les règles du jeu, qui peuvent être différentes d'un marché à l'autre.

Elle n'a pas respecté ces règles.

Elle s'est ainsi rendue coupable d'une erreur substantielle, qui vicie son offre, qui doit être écartée.

a.2) Écarts conséquents

40. Dans sa requête en annulation et demande de suspension d'extrême urgence, la partie requérante cherche à faire croire que les écarts sont minimes, en insistant à dessein sur la composition du bonnet pour bébé (95% coton au lieu de 100%) (voir page 13 de sa requête).

Ce faisant, la SA SERVITEX reconnaît, déjà, avoir fourni du linge qui n'est pas en conformité parfaite avec celui demandé dans le cadre du présent marché.

41. La partie requérante oublie sciemment de relever que d'autres vêtements connaissent des écarts bien plus substantiels qui sont explicitement mentionnés dans le rapport d'attribution.

Ainsi en va-t-il (rapport d'examen des offres – pièce 9 – page 4) :

- Du vêtement amphi : échantillon reçu 50% coton – 50% polyester (au lieu de 65% coton – 35 % synthétique);
- De la taie d'oreiller : échantillon reçu 87*70 cm (au lieu de 65*65 cm);
- De l'édredon bébé : échantillon reçu 80*62 cm (au lieu de 60*70 cm);
- De l'édredon enfant : échantillon reçu 67*65 cm (au lieu de 120*140 cm).

De surcroît, le CHR a constaté que les fiches techniques reçues ne concordaient pas avec les échantillons auxquels elles se rapportaient (pièce 8).

b) Devoir de conseil – absence d'autorisation de modifications unilatérales des spécifications techniques

42. Dans sa requête en annulation et demande de suspension d'extrême urgence, la SA SERVITEX cherche à justifier les libertés qu'elle s'est autorisée à prendre avec les spécifications techniques en invoquant l'article I.10 du cahier spécial des charges (pièce 1).

Cet article I.10, intitulé "Devoir d'information et conseils", prévoit que :

“ En vertu de l'article 1134 du code civil, le présent marché doit être exécuté de bonne foi.

Cela signifie que les soumissionnaires pendant la passation, et le ou les adjudicataires pendant l'exécution ont une obligation d'information et de conseil envers le Pouvoir adjudicateur sur le produit ou service proposé qui doit correspondre aux besoins exprimés dans le présent cahier spécial des charges”.

De ce devoir de conseil, la partie requérante déduit “une certaine latitude par rapport à la description technique du CHR : à défaut, ce devoir de conseil n'a aucune signification”.

43. À l'évidence, la partie requérante se méprend sur la visée de cette disposition.

En intégrant cette disposition au cahier spécial des charges, le CHR requiert des soumissionnaires, puis du/des adjudicataire(s), qu'ils le conseillent, en s'appuyant sur leur expertise de professionnels du secteur concerné.

En aucun cas, cette disposition revient à confier à la SA SERVITEX un blanc-seing de la part du CHR, l'autorisant à modifier à sa guise les prescriptions techniques du marché, sous couvert de son devoir de conseil.

Le respect du principe d'égalité des soumissionnaires, principe cardinal en marchés publics, ne résisterait pas à une telle lecture.

V.1.2.3. IRRÉGULARITÉS SUBSTANTIELLES

44. De l'examen attentif de l'offre de la partie requérante, la SA SERVITEX, il ressort que :

- Certains échantillons, pourtant exigés par le pouvoir adjudicateur, n'ont pas été déposés;
- Certains échantillons ne respectent pas, de façon plus ou moins flagrante, les spécificités techniques annoncées *ab initio* et auxquelles elle a pleinement souscrit par le dépôt de son offre.

En clair, elle n'a pas respecté les clauses du cahier spécial des charges, alors que l'article II.8 du cahier spécial des charges (pièce 1) précise notamment que :

“ [...]”

Par la présentation de son offre, le soumissionnaire accepte toutes les clauses du Cahier des Charges et renonce à toutes les autres conditions. Si le pouvoir adjudicateur constate, lors de l'analyse des offres, que le soumissionnaire a ajouté des conditions qui rendent l'offre imprécise ou si le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du Cahier des Charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière”.

Elle s'est rendue coupable d'erreurs, qui sont autant d'irrégularité substantielles.

45. À cet égard, la doctrine rappelle que :

“ un motif d'irrégularité substantielle de l'offre, au sens de l'article 76 de l'arrêté passation secteurs classiques, est l'éventuel caractère incomparable de l'offre considérée avec les autres offres soumises. Pareille offre ne doit pas se voir attribuer un mauvais score dans l'analyse des critères d'attribution, mais bien être écartée purement et simplement lors de l'analyse de la régularité. L'existence d'un critère d'attribution sur un point déterminé ne dispense donc pas le pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère réaliste de l'offre et donc sa régularité”.

Le Conseil d'État a ainsi jugé, concernant un critère d'attribution visant le délai d'exécution, que :

“ Lorsque le délai d'exécution constitue l'un des critères d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur doit apprécier le caractère réaliste des délais offerts, afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court. Il s'agit en effet de ne pas valoriser, au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable en termes d'exécution”.

46. Dès lors, bien que le seul critère d'attribution soit le prix, cette considération ne dispense pas le CHR de procéder à un examen attentif des échantillons remis, afin de s'assurer de la comparabilité des différentes offres remises.

À défaut de vérification des échantillons, la comparaison des prix serait nécessairement faussée, dès lors que les prix se rapporteraient à des produits aux caractéristiques différentes, et le principe d'égalité des soumissionnaires violé.

47. En ne remettant pas tous les échantillons exigés ou en remettant des échantillons aux caractéristiques et mesures différentes, la SA SERVITEX a empêché la comparaison intrinsèque des offres, préalable nécessaire à la comparaison des prix, rendant son offre incomparable avec celles des autres.

Par conséquent, son offre doit être considérée comme affectée d'une irrégularité substantielle.

Elle a donc été, à juste titre, écartée.

V.1.2.4. MOTIVATION ADÉQUATE

48. La partie requérante estime que le CHR ne motive pas adéquatement :

- pourquoi les manquements qu'il dénonce sont autant d'irrégularité substantielles;
- pourquoi il décide de renoncer à poursuivre la procédure et d'en relancer une nouvelle, en dépit d'autres options qui s'offraient à lui.

49. Or, à la lecture du rapport d'examen des offres (pièce 9), il apparaît que le point 4 reprend l'analyse de la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés.

Ce point précise, de façon limpide, que :

“ Conclusion de l'examen de la régularité des offres
Les offres suivantes sont déclarées nulles : Servitex S.A.”.

S'en suit la liste des irrégularités substantielles contenues dans l'offre de la SA SERVITEX.

La conclusion du rapport d'examen des offres, qui est aussi la proposition d'attribution du marché, est cristalline :

“ Sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'analyse de la régularité des offres et de la comparaison de celles-ci, il est proposé :
* De ne pas attribuer le Lot 1 (Location et entretien du linge plat) (aucune offre régulière) et de relancer, le plus rapidement possible, une nouvelle procédure après révision du csch”.

Sur cette base, la décision et les motifs qui la sous-tendent sont clairs et explicites : l'offre contient des irrégularités, considérées comme substantielles par le CHR, ce qui conduit à l'écartement de l'offre.

50. Pour ce qui est du choix de relancer une nouvelle procédure, l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 dispose que :

“ L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière”.

Le Conseil d'État a, d'ailleurs, déjà indiqué que :

“ C'est en outre le pouvoir adjudicateur qui est le mieux placé pour apprécier les avantages et les inconvénients de la relance d'une nouvelle procédure de marché public”.

Ou encore, dans le cas d'erreurs dans le métré empêchant toute comparaison des offres, que :

“ Le fait qu'aucun soumissionnaire n'ait fait usage de l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ne prive nullement le pouvoir adjudicateur de son pouvoir de renoncer à attribuer un marché lorsqu'il constate que les offres sont incomparables en raison d'erreurs dans le métré transmis aux soumissionnaires ou que les offres ne correspondent pas, à la suite d'une erreur de transmission, au métré approuvé lors de l'élaboration des documents du marché”.

Le pouvoir adjudicateur est donc souverain au moment de décider de renoncer à une procédure et d'en relancer une nouvelle, pour peu que cette décision soit motivée, ce qui est le cas en l'espèce (voir supra et le rapport d'examen des offres – pièce 9).

51. La critique de la partie requérante sur la motivation de la décision est nulle et non-avenue.

Elle ne peut prospérer.

Elle doit être écartée.

V.1.3. CONCLUSION

52. Des considérations qui précèdent, il ressort que :

- certains échantillons n'étaient pas fournis, en contradiction avec les dispositions du CSCh;
- certaines échantillons ne correspondaient pas aux spécifications techniques, en contradiction avec les dispositions du CSCh;
- il s'agit d'irrégularités substantielles, qui justifient l'écartement de l'offre;
- la motivation est adéquate.

Par conséquent, le moyen n'est pas sérieux ».

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

L'obligation de motivation formelle qui s'impose à l'autorité en vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs doit non seulement permettre au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais elle doit en outre permettre au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision.

Au titre de cette obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur confronté à une offre qui lui apparaît déroger à une disposition du cahier spécial des charges, ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle. 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.

En l'espèce, et tel qu'il a été communiqué à la requérante, le motif de la décision déclarant son offre entachée d'irrégularité substantielle se lit comme suit :

- « Votre offre (Lot 1) a été déclarée nulle pour les motifs suivants :
- Vêtement amphi : échantillon reçu 50 % coton – 50 % polyester (au lieu de 65% coton - 35% synthétique)
 - Pyjama enfants (5 tailles) : reçu 1 échantillon (sans taille), 4 échantillons manquants
 - Grenouillère (3 tailles) : reçu 1 échant (0-3 mois), 2 échantillons manquants
 - Bonnet pour bébé ; échantillon reçu 95% coton - 5% élasthane (au lieu de 100% coton)
 - Drap housse : échantillon manquant
 - Taie d'oreiller : échantillon reçu 87*70 cm (au lieu de 65*65 cm)
 - Drap housse bébé : échantillon manquant

Edredon bébé : échantillon reçu 80*62 cm (au lieu de 60*70 cm)
Edredon enfant : échantillon reçu 67*65 cm (au lieu de 120*140 cm) ».

Ces indications ne permettent manifestement pas de répondre à l'obligation de motivation formelle, dans l'étendue qu'il s'impose de lui reconnaître, ainsi que cela vient d'être précisé, pour une décision qui déclare une offre affectée d'irrégularité substantielle.

En particulier, cette motivation ne permet pas de comprendre pourquoi certaines « irrégularités » ont été identifiées comme telles : ainsi, par exemple, en est-il – s'agissant du pyjama pour enfant ou de la grenouillère – de l'absence d'échantillons pour chaque taille, alors que les documents du marché imposaient de fournir un échantillon pour chaque poste de l'inventaire, et non expressément pour chaque taille de l'article identifié dans un poste. De même, le motif communiqué à la requérante ne permet-il pas de comprendre les raisons pour lesquelles les irrégularités qu'il identifie comme telles ont été qualifiées de substantielles, alors que la lecture des documents du marché n'impose pas à l'évidence cette qualification, celle-ci ne pouvant, contrairement à ce que suggère la partie adverse, être déduite à suffisance de l'article II.8 du cahier spécial des charges, disposition libellée comme suit :

« [...] »

Par la présentation de son offre, le soumissionnaire accepte toutes les clauses du Cahier des Charges et renonce à toutes les autres conditions. Si le pouvoir adjudicateur constate, lors de l'analyse des offres, que le soumissionnaire a ajouté des conditions qui rendent l'offre imprécise ou si le soumissionnaire émet des réserves quant aux conditions du Cahier des Charges, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de considérer l'offre comme substantiellement irrégulière ».

À supposer que les « écarts » reprochés à la requérante puissent relever des prévisions de cette disposition, celle-ci doit, en toute hypothèse, être lue en combinaison notamment avec celles qui visent des produits « souhaités » ou stipulent que les articles proposés doivent correspondre, « dans la mesure du possible », aux caractéristiques techniques énoncées. Dans ces circonstances, tout écart entre les caractéristiques d'un article proposé et celles qu'énoncent, pour l'article concerné, les prescriptions du marché ne constitue pas, en soi et à l'évidence, une irrégularité, *a fortiori* substantielle, de sorte que si cette qualification doit bien être retenue, il doit être possible pour le destinataire de la décision de comprendre les raisons qui ont déterminé l'autorité en ce sens.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le premier moyen doit être déclaré sérieux en tant qu'il met en cause la motivation formelle de l'acte attaqué.

VIII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

IX. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité des vingt-deux pièces contenues dans la farde B de son dossier.

Dès lors que cette demande n'a pas été contestée, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise par le bureau exécutif du C.H.R. de la Citadelle le 27 septembre 2019, de ne pas attribuer le lot 1 du marché public de service relatif à la location et l'entretien du linge plat (Cahier spécial des charges BBE19007), de renoncer à passer le marché et de relancer une nouvelle procédure est ordonnée.

Article 2.

Les vingt-deux pièces constituant la farde B du dossier de la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 12 mars 2020 par :

David De Roy,
Katty Lauvau,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty Lauvau

David De Roy