

La régularité des offres : le point de vue du soumissionnaire

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Professeur Ulg et avocat

TH. DELVAUX

Assistant Ulg et avocat

I. – Introduction

1. – Du point de vue du soumissionnaire, la régularité de son offre et les éventuelles irrégularités des offres de ses concurrents sont déterminantes pour le résultat final de la procédure de passation. Les appréciations faites par le pouvoir adjudicateur à cet égard démontrent pour les tiers, ses compétences d'acheteur professionnel et son respect pour les prestataires éventuels qui souhaitent collaborer avec lui.

2. – Du point de vue juridique, le contrôle de la régularité des offres s'inscrit dans le cadre du respect du principe d'égalité de traitement qui exige que « toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les différents soumissionnaires »⁽¹⁾. La Cour de justice est suivie par la Cour de cassation⁽²⁾, par le

Conseil d'État⁽³⁾ et par la doctrine⁽⁴⁾. Le Conseil d'État a indiqué que le pouvoir adjudicateur avait l'obligation de contrôler la régularité des offres⁽⁵⁾, les offres déposées étant « présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée » du pouvoir adjudicateur⁽⁶⁾.

3. – Le droit européen ne contient aucune règle précise relative au contrôle de la régularité des offres, à l'exception du contrôle de la normalité des prix. Par contre, le droit belge comporte des dispositions générales⁽⁷⁾ et spécifiques relatives au contrôle de la régularité des offres. Ces dispositions s'appliquent dans le cadre de l'adjudication et de l'appel d'offres. Sous l'empire de la réglementation de 1996, une clause du cahier spécial des charges peut prévoir leur application dans le cadre d'une procédure négociée⁽⁸⁾. À défaut d'une telle clause, une décision concluant à l'irrégularité d'une offre demeure possible⁽⁹⁾ dans le cadre d'une procédure négociée

(1) C.J.C.E., 22 juin 1993, *Commission c. Danemark (Storebaelt)*, C-243/89, *Rec.*, p. I-03353, point 37 ; C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c. Belgique (bus wallons)*, C-87/94, *Rec.*, p. I-02043, point 70. Dans le même sens : T.P.C.E., 14 octobre 1999, *Commission c. Succhi di Frutta*, T-191/96 et T-106/97, *Rec.*, p. II-03181, point 72.

(2) Cass., 17 décembre 2009, *A.P.T.*, 2010, p. 288 ; *Pas.*, 2009, p. 3061 ; *R.A.B.G.*, 2010, p. 603.

(3) *Cfr* notamment : C.E., n° 194.625 du 24 juin 2009, *Genetec*.

(4) N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1386 et s., p. 770 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1190, p. 454 ; P. FLAMEY et K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten – Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997 – 2005*, Vanden Broele, Bruges, 2005, n° 93, p. 57 ; J. DELAHAUT, « La notion d'égalité dans les marchés publics », *A.P.T.*, 1981, p. 183.

(5) N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1391, p. 771.

(6) C.E., n° 176.389 du 31 octobre 2007, *Soc. mom. Envirowall Ferrari*. Dans le même sens : C.E., n° 176.434 du 5 novembre 2007, *Veolia Es Gamatrans* ; C.E., n° 159.604 du 6 juin 2006, *S.A. Close* ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1240, p. 470 et l'abondante jurisprudence citée.

(7) Article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996, article 98, § 2 de l'A.R. du 10 janvier 1996 et article 95, alinéa 3 de l'A.R. du 15 juillet 2011.

(8) Article 122, alinéa 4 de l'A.R. du 8 janvier 1996 (sans équivalent dans l'A.R. du 10 janvier 1996) ; *cfr* les applications jurisprudentielles de ce principe. C.E., n° 83.481 du 16 novembre 1999, *N.V. Flandria International*. Dans le même sens : C.E., n° 79.771 du 2 avril 1999, *N.V. Touring* (article 110 de l'A.R. du 10 janvier 1996 – contrôle des prix anormaux – inapplicable à la procédure négociée) ; C.E., n° 96.667 du 19 juin 2001, *N.V. Besix* (article 110, § 2 de l'A.R. du 10 janvier 1996 inapplicable à l'attribution de concessions de travaux) ; C.E., n° 185.195 du 7 juillet 2008, *Computer Land* (article 110 de l'A.R. du 10 janvier 1996 – contrôle des prix anormaux – inapplicable à la procédure négociée).

(9) Comp. P. FLAMEY et K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten – Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997 – 2005*, Vanden Broele, Bruges, 2005, n° 95, p. 59, qui paraissent être d'un avis contraire, mais leur analyse est peut-être liée aux circonstances de l'arrêt qu'ils commentent.

en application du principe d'égalité de traitement⁽¹⁰⁾. La même analyse devrait prévaloir dans le cadre de la nouvelle réglementation, en dépit de l'absence de disposition spécifique à ce sujet.

Plus que le principe du contrôle de la régularité des offres, les dispositions belges relatives à celui-ci énervent la sécurité juridique avec la double distinction qu'elles opèrent entre les irrégularités matérielles et formelles d'une part, et les irrégularités substantielles et relatives d'autre part. La jurisprudence du Conseil d'État est malheureusement tributaire de cette situation et n'offre donc pas de solution à ce problème de sécurité juridique. L'arrêté du 15 juillet 2012 ne change rien à cette situation. Ces distinctions opérées par la réglementation et la jurisprudence belges sont en outre critiquables par rapport aux exigences du droit européen. Il importe d'en mesurer les contours, entre les textes, les pratiques et les équivoques.

II. – Les irrégularités matérielles ou formelles : pratique

4. – La distinction entre les irrégularités matérielles et formelles est d'origine doctrinale⁽¹¹⁾ et trouve un certain écho dans la jurisprudence du Conseil d'État. Elle est importante dans le cadre de la décision prise par le pouvoir adjudicateur de renoncer à passer un marché et de le relancer par procédure négociée, avec ou sans publicité. Il s'agit de déterminer les soumissionnaires qui ont remis une

« offre formellement conforme »⁽¹²⁾. La distinction entre les irrégularités matérielles et formelles est désormais inscrite dans l'article 95 de l'arrêté du 15 juillet 2011, ce qui simplifiera la mise en œuvre des procédures négociées après une première procédure de passation ordinaire infructueuse⁽¹³⁾.

En vertu de l'article 95, alinéa 2, une offre est formellement irrégulière (et partant nulle) lorsqu'elle déroge aux formalités prescrites par « les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91, par les documents du marché, qui revêtent un caractère substantiel ». Il s'agit des règles visant à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des demandes de participation et des offres⁽¹⁴⁾; de l'exigence de signature de l'offre par la ou les personnes compétentes habilitées à engager le soumissionnaire⁽¹⁵⁾; des garanties que doivent offrir les moyens électroniques éventuellement utilisés⁽¹⁶⁾; de la règle de l'unicité de l'offre⁽¹⁷⁾; des modalités de remise d'offres des candidats sélectionnés en procédure restreinte et en procédure négociée avec publicité⁽¹⁸⁾; de l'utilisation du formulaire destiné à établir l'offre et à compléter le métré récapitulatif ou l'inventaire⁽¹⁹⁾; des mentions requises par la réglementation pour figurer dans l'offre⁽²⁰⁾; des modalités de signature de l'offre, inventaire, métré récapitulatif, annexes, des mentions de suppléments de prix, rabais ou amélioration, ratures et surcharges, mentions complémentaires ou modificatives⁽²¹⁾; des formalités de la double enveloppe, le respect de la date fixée pour l'ouverture⁽²²⁾ et

(10) Dans le même sens, à propos de la procédure négociée : N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1389, p. 770. Cfr à cet égard C.E., n° 186.230 du 11 septembre 2008, *N.V. Aannemingsmaatschappij CFE e.a. (soc. mom. Travant)*, où la régularité des offres déposées dans le cadre d'une procédure négociée a été examinée au regard du principe d'égalité de traitement.

(11) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 455, n° 1195 et s.; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht. Boek I : Algemene inleiding – gunning van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2004, 216, cités par N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1396, p. 773; P. FLAMEY et K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten – Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997 – 2005*, Vanden Broele, Bruges, 2005, n° 95 et s., pp. 59 et s. Les trois derniers auteurs citent l'arrêt C.E., n° 139.298 du 13 janvier 2005, *S.A. Finsam Container Systems* pour un cas d'espèce où le Conseil d'État mentionne la distinction.

(12) Article 17, §§ 2 et 3 de la loi du 24 décembre 1993.

(13) Rapport au Roi de l'A.R. du 15 juillet 2011, *M.B.*, 9 août 2011, p. 44908, qui énonce que la distinction a été reprise dans la réglementation « pour assurer la cohérence du système avec les exigences en matière de régularité formelle figurant dans certaines dispositions de la loi, en particulier en son article 26, § 1^{er}, 1^o, e, et § 2, 1^o, a » (soit des hypothèses où la procédure négociée est autorisée). Tel était d'ailleurs l'objectif poursuivi par la doctrine lorsqu'elle avait mis au point la distinction : D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1195 et s., pp. 455 et s., et C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht. Boek I : Algemene inleiding – gunning van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2004, 216, cités par N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1396, p. 773.

(14) Article 6, § 1^{er}.

(15) Article 51, § 2.

(16) Article 52.

(17) Article 54, § 2.

(18) Article 55.

(19) Article 80.

(20) Article 81.

(21) Article 82.

(22) Article 90.

enfin, les formalités prescrites pour le retrait ou la modification d'une offre déjà envoyée⁽²³⁾.

La violation de ces dispositions constitue-t-elle en soi une irrégularité formelle ? L'article 95 semble ajouter la condition que ces formalités doivent en outre revêtir un caractère substantiel. Le Rapport au Roi est ambigu dans la mesure où il présente cette définition en soulignant que « une offre doit toujours être considérée comme formellement irrégulière lorsqu'elle déroge aux formalités essentielles prescrites par [reprise de l'énumération des dispositions concernées] » mais ajoute immédiatement ensuite que « ... après avoir déterminé le caractère substantiel de l'irrégularité constatée, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'écarter l'offre concernée, s'agissant de cas sanctionnés par une nullité absolue de celle-là »⁽²⁴⁾. Dans son avis sur le projet d'arrêté, la section de législation du Conseil d'État n'a pas souligné l'imprécision du texte.

L'irrégularité matérielle aurait pu être définie en creux, il s'agit d'une irrégularité qui n'est pas une irrégularité formelle. L'article 95, alinéa 3 ne procède pas de la sorte, il reprend une définition englobant les irrégularités substantielles et relatives, seconde distinction délicate opérée par la réglementation.

III. – Les irrégularités substantielles ou relatives : équivoque

5. – La distinction entre *irrégularités substantielle* et *relative* est ancienne. Le rapport au Roi qui l'a introduit indiquait « Après avoir constaté que sont nulles les soumissions qui s'écartent des principales prescriptions du cahier des charges et notamment celles qui portent sur le prix, les délais et les conditions techniques, cette disposition prévoit certains cas de nullité relative dans lesquels l'administration aura le droit de considérer les soumissions comme irrégulières et, partant, nulles et non avenues. Il s'agit spécialement des cas où les soumissions ne respecteraient pas les articles... fixant la forme dans laquelle elles doivent être établies et les mentions qu'elles doivent contenir. Le non-respect de ces dispositions ne peut, sous peine de tomber dans un formalisme outrancier, avoir pour effet

d'entraîner automatiquement la nullité des soumissions ; il convient plutôt, dans l'intérêt tant de la Trésorerie que des soumissionnaires, de laisser à l'administration la possibilité d'apprécier la gravité des irrégularités et leurs conséquences éventuelles, eu égard notamment au jeu de la concurrence et à la comparabilité des offres. Il s'agit également des cas où les soumissions comporteraient des réserves. Si, en principe, les soumissions ne peuvent comporter des réserves, il est parfois des cas, dans la pratique, où certaines réserves émises sur des points de minime importance ne justifient pas d'écarter les soumissions qui les contiennent. Ici aussi, l'intérêt des soumissionnaires et de l'administration commande qu'une certaine souplesse soit d'application. Enfin, l'administration doit pouvoir écarter des offres dont les éléments ne concorderaient pas avec la réalité. Le but essentiel de cette disposition est de permettre au maître de l'ouvrage d'écarter les prix fantaisistes qui, en fait, fausseraient le jeu normal de la concurrence, ou pourraient avoir des répercussions fâcheuses sur l'exécution de l'entreprise ou permettraient de réaliser des spéculations abusives »⁽²⁵⁾.

L'idée de départ était *simple*, il existe des irrégularités graves qui doivent entraîner la nullité de l'offre (sanction automatique) et des irrégularités moins graves, qui ne compromettent pas la comparabilité des offres (notamment les exigences de formes, des réserves mineures, des offres dont les éléments ne concordent pas avec la réalité), pour lesquelles le pouvoir adjudicateur conserve un pouvoir d'appréciation et partant peut « couvrir » l'irrégularité (pas d'automatisme dans la sanction de nullité).

Comme toute idée simple, elle reste fondamentalement *équivoque* : la réglementation relative à la passation des marchés publics a pour objet de *formaliser* la rencontre des volontés entre acheteurs et prestataires. Le formalisme est omniprésent dans toute la réglementation ; si les conditions essentielles du cahier des charges sont notamment celles touchant au prix, aux délais et aux conditions techniques⁽²⁶⁾, quasiment toutes les dispositions du cahier des charges peuvent en fin de compte être reliées à ces éléments du marché⁽²⁷⁾.

(23) Article 91.

(24) Rapport au Roi de l'A.R. du 15 juillet 2011, *M.B.*, 9 août 2011, p. 44908.

(25) Rapport au Roi de l'A.R. du 14 octobre 1964, *M.B.*, 17 octobre 1964, p. 10.973.

(26) Article 89, alinéa 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996 ; article 77, al. 3 de l'A.R. du 10 janvier 1996 ; article 95, alinéa 3 de l'A.R. du 15 juillet 2011.

(27) N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1406, p. 777 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 105, p. 459.

DOCTRINE • RECHTSLEER
ANN LAWRENCE DURVIAUX ET TH. DELVAUX

Il n'est guère étonnant que cette distinction ait posé et continue de poser des difficultés aux acteurs de la commande publique, puisque la dernière version de la réglementation ne résout pas l'idée simple et équivoque de départ, laissant à la jurisprudence le soin de définir les hypothèses d'irrégularités substantielles ou relatives au cas par cas⁽²⁸⁾.

6. – La distinction entre *irrégularités substantielle et relative* est actuellement inscrite à l'article 110, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (secteurs classiques) et à l'article 98, § 2 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 (secteurs spéciaux), selon une formulation relativement alambiquée : « 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 »⁽²⁹⁾.

Les « prescriptions essentielles du cahier spécial des charges... énumérées à l'article 89 » de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (et de l'article 77 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996) sont : « ... les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques »⁽³⁰⁾.

L'article 95, alinéas 2 à 4 de l'A.R. du 15 juillet 2011 reformule la distinction en ajoutant celle entre irrégularité formelle et matérielle, compliquant encore singulièrement la formulation : « Une offre est formellement irrégulière et partant nulle lorsqu'elle déroge à celles des formalités prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, qui revêtent un caractère substantiel. En outre, le pouvoir adjudicateur peut considérer une offre comme formellement irrégulière si celle-ci n'est pas conforme aux autres formalités prescrites.

Une offre est matériellement irrégulière et partant nulle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions essentielles des documents du marché concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques ou en cas de prix anormal au sens de l'article 99.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut considérer une offre comme matériellement irrégulière lorsque :

1° celle-ci n'est pas conforme aux dispositions du chapitre 1^{er}, sections 6 à 11 et du chapitre 6, sections 2 à 4 ;

2° elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité ».

En d'autres termes, le texte indique qu'il existe des irrégularités formelles sanctionnées par une nullité absolue (celles mentionnées dans la première phrase de l'article 95, alinéa 2), des irrégularités formelles sanctionnées par une nullité relative (celles mentionnées par la seconde phrase de l'article 95, alinéa 2), des irrégularités matérielles sanctionnées par une nullité absolue (article 95, alinéa 3) et des irrégularités matérielles sanctionnées par une nullité relative (article 95, alinéa 4).

Ces quatre catégories ne poseraient pas de difficultés en soi si elles reposaient sur une définition claire. Tel n'est pas le cas, puisque les hypothèses se chevauchent manifestement. Il suffit ainsi de considérer les hypothèses d'*irrégularités matérielles* sanctionnées par une *nullité relative* soit lorsque l'offre n'est pas conforme aux dispositions du chapitre 1^{er}, sections 6 à 11 (soit celle visant les spécifications techniques, les variantes, les options et les lots, la sous-traitance, la détermination, composantes et révision des prix) ou aux dispositions du chapitre 6, sections 2 à 4 (métré récapitulatif, erreurs, omissions, énoncé des prix et lots). Ces hypothèses touchent manifestement des problèmes liés potentiellement au prix, aux spécifications et aux délais, qui sont également susceptibles d'être sanctionnés par la nullité absolue.

En termes de formulation, la dernière version de la distinction est somme toute devenue un peu plus explicitement obscure.

7. – « Le droit a horreur du vide » selon une formule souvent utilisée dans les auditoires des facultés de droit. Le Conseil d'État a très vite été confronté à l'interprétation de cette distinction, comme il sera rapidement confronté à la difficulté de donner du sens à la nouvelle formulation⁽³¹⁾.

Pour l'instant, le Conseil d'État a, de manière constante et tautologique, rappelé les deux régimes

(28) Rapport au Roi de l'A.R. du 15 juillet 2011, M.B., 9 août 2011, p. 44908.

(29) Article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996 – dont le libellé est repris à l'article 98, § 2 de l'A.R. du 10 janvier 1996.

(30) Article 89, alinéa 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996 ; article 77, alinéa 3 de l'A.R. du 10 janvier 1996.

(31) Cfr C.E., n° 156.427 du 15 mars 2006, S.A. *Bouygues Belgium*. Formule reprise, en tout ou en partie, dans les arrêts suivants : C.E., n° 183.174 du 21 mai 2008, *Aqualège* ; C.E., n° 192.127 du 1^{er} avril 2009, S.P.R.L. *F.H.W. Architectes* ; C.E., n° 194.625 du 24 juin 2009, *Genetec* ; C.E., n° 201.744 du 9 mars 2010, S.A. *Constructions Electriques Schreder* ; C.E., n° 210.422 du 14 janvier 2011, S.A. *Coretec Engineering* ; C.E., n° 215.805 du 18 octobre 2011, *Van Glabeke*.

d'irrégularités prévus par les textes en les distinguant par la sanction – nullité absolue ou relative – qui frappait les offres. L'offre dérogeant aux prescriptions essentielles définies par le cahier spécial des charges et reconnues comme telles par ce dernier, est frappée d'une nullité absolue. Par contre, le pouvoir adjudicateur est libre d'écarter ou de retenir l'offre qui déroge à une prescription non essentielle. Deux limites classiques en droit administratif encadrent encore le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur : il doit respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et ne peut commettre d'erreur manifeste d'appréciation dans les qualifications qu'il opère. Le Conseil d'État rappelle enfin, qu'il ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

VI. – La définition indiciare de l'irrégularité substantielle

8. – En l'absence de définition doctrinale ou normative, la notion d'irrégularité substantielle a été précisée par le Conseil d'État au gré des affaires portées devant lui. Dans ce contexte, aucune définition n'émerge de manière précise, les acteurs et les praticiens devant se contenter d'une qualification indiciare, par définition, incertaine.

9. – Le premier indice est constitué par les termes utilisés dans le cahier spécial des charges :

une exigence prévue « à peine de nullité » est censée être essentielle⁽³²⁾, sous réserve du contrôle opéré a posteriori par le Conseil d'État⁽³³⁾. Ce contrôle peut aboutir à écarter une application littérale du cahier spécial des charges. Ainsi, le Conseil d'État a censuré une décision frappant une offre de nullité absolue conformément au prescrit du cahier spécial des charges. Ce dernier exigeait à peine de nullité que soit jointe à l'offre une déclaration sur l'honneur dans laquelle le soumissionnaire confirmait avoir bien tenu compte dans son offre des éventuels avis rectificatifs. En l'espèce, la déclaration n'avait pas été jointe et l'offre avait donc été déclarée irrégulière. Cependant, le Conseil d'État considéra au vu des circonstances de la cause que la sanction de nullité était une décision déraisonnable : il n'y avait eu qu'un seul avis rectificatif et il était aisé pour le pouvoir adjudicateur de vérifier que l'offre concernée en avait tenu compte⁽³⁴⁾.

Sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation, en application des principes *Patere legem quam ipse fecisti*⁽³⁵⁾ ou de confiance légitime, il semble logique de conclure qu'un pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer la règle qu'il a lui-même inscrite dans le cahier spécial des charges. Il ne peut renoncer à sanctionner une exigence prévue à peine de nullité par le cahier spécial des charges⁽³⁶⁾, pour autant qu'elle ne dépasse pas les limites du raisonnable⁽³⁷⁾. Les cahiers des charges ne sont cependant pas toujours libellés de manière

(32) B. SCHUYSER, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten: een overzicht », *T. Gem.*, 2005, n° 57, p. 111 ; C.E., n° 83.122 du 26 octobre 1999, *S.A. Kumpen* (le cahier des charges précisait que le mètre récapitulatif à joindre à l'offre était requis « à peine de nullité absolue ») ; C.E., n° 108.956 du 8 juillet 2002, *S.A. Varec* (le cahier des charges précisait : « les soumissionnaires sont tenus de fournir dans leur offre les documents énumérés ci-dessus sous peine de ne pas être sélectionnés ») ; C.E., n° 160.908 du 4 juillet 2006, *N.V. Robert Wyckaert* (le cahier des charges exigeait qu'un document soit joint à l'offre « à peine de nullité ») ; C.E., n° 199.283 du 30 décembre 2009, *N.V. Wycor* (le cahier des charges énonçait que l'offre devait être « déclarée automatiquement irrégulière » si le document requis n'y était pas joint) ; C.E., n° 210.422 du 14 janvier 2011, *S.A. Coretec Engineering* (le cahier des charges exigeait que des coûts soient détaillés par les soumissionnaires dans une fiche technique « sous peine d'irrégularité de l'offre »).

(33) N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, n° 1410, p. 780 ; C.E., n° 160.908 du 4 juillet 2006, *N.V. Robert Wyckaert* ; C.E., n° 211.064 du 7 février 2011, *S.A. Xerox*.

(34) C.E., n° 206.644 du 15 juillet 2010, *N.V. Quintelier Gebr.* Déjà en ce sens : D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, n° 1337, p. 509 et les références.

(35) Dans ce sens : B. SCHUYSER, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten: een overzicht », *T. Gem.*, 2005, n° 55, p. 111, note 96.

(36) C.E., n° 86.906 du 25 avril 2000, *Wiking Helikopter Service GmbH* ; C.E., n° 97.250 du 29 juin 2001, *Wiking Helikopter Service GmbH* ; C.E., n° 107.952 du 18 juin 2002, *B.V.B.A. Centrale Verwarming Jaspers* ; C.E., n° 160.908 du 4 juillet 2006, *N.V. Robert Wyckaert* ; C.E., n° 199.283 du 29 décembre 2009, *N.V. Wycor* (où le principe *Patere legem* est expressément invoqué par le Conseil d'État). Dans ces affaires, le pouvoir adjudicateur avait renoncé à exiger le respect de dispositions essentielles dans le chef de l'attributaire et la requérante invoquait généralement le principe *Patere legem*. Cfr également C.E., n° 190.928 du 26 février 2009, *N.V. Hye Waterbouw*.

(37) C.E., n° 160.908 du 4 juillet 2006, *N.V. Robert Wyckaert* ; C.E., n° 197.214 du 23 octobre 2009, *N.V. Bouwbedrijf VMG-De Cock* (« Indien het bestuur aan sommige bepalingen van het bestek uitdrukkelijk de sanctie van de nietigheid verbindt, laat het begrijpen dat die besteks-bepalingen van essentieel belang worden geacht. Het niet nakomen van de in die bepalingen voorgeschreven verplichtingen leidt in principe tot een substantiële onregelmatigheid. Het is mogelijk anders indien de keuze voor die nietigheids-sanctie niet op deugdelijke motieven steunt, hetgeen door een verzoekende partij eventueel kan worden aangetoond ») ; C.E., n° 206.644 du 15 juillet 2010, *N.V. Quintelier Gebr.* ; C.E., n° 211.064 du 7 février 2011, *S.A. Xerox*.

explicite et multiplient des expressions ambivalentes, comme des exigences impératives, la production obligatoire de renseignements multiples, ou encore une exigence minimale à remplir. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'État vérifie si la sanction de nullité appliquée n'était pas déraisonnable⁽³⁸⁾.

Au demeurant, la seule question qui importe pour les acteurs de la commande publique est de savoir si l'exigence est formulée à peine de nullité absolue ou à peine de nullité relative, et non de savoir si elle est prescrite à peine de nullité. Du point de vue du soumissionnaire, cette jurisprudence n'est pas suffisamment précise. L'imprécision des cahiers des charges en terme de sanction devrait, d'une manière ou d'une autre, être sanctionnée de manière plus systématique en tant que telle.

10. – Un *second indice* du caractère essentiel de la disposition méconnue réside dans l'impact de l'irrégularité sur la *comparabilité des offres*⁽³⁹⁾. Tel serait par exemple le cas d'une dérogation contenue dans une offre qui aurait pour effet de modifier l'objet du marché⁽⁴⁰⁾ ou d'une accumulation de non-conformités non substantielles considérées comme globalement substantielles⁽⁴¹⁾. Le Conseil d'État est amené par ce biais à sanctionner l'interprétation faite du cahier spécial des charges par le

pouvoir adjudicateur⁽⁴²⁾. Le pouvoir adjudicateur (et son autorité de tutelle) doit apporter concrètement la preuve que la comparaison des offres est impossible⁽⁴³⁾.

11. – Un *troisième indice* réside dans la transgression du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires⁽⁴⁴⁾. À notre sens, ce troisième indice n'est guère opérationnel compte tenu de son caractère trop vague.

V. – Les nuances et équivoques : des irrégularités substantielles « à relativiser » aux irrégularités relatives « impardonnables »

12. – Des « irrégularités substantielles relativisables » ont été mises en évidence par la doctrine à propos d'arrêts dans lesquels le Conseil d'État avait écarté la nullité absolue lorsque l'irrégularité, bien que constituant une dérogation aux prix ou aux spécifications techniques et devant donc être à strictement parler qualifiée d'irrégularité « substantielle » en vertu de la réglementation⁽⁴⁵⁾, n'affecte en réalité qu'une partie négligeable du marché⁽⁴⁶⁾, une norme technique mineure ou encore un matériau peu important⁽⁴⁷⁾. La haute juridiction administrative semble avoir admis que le pouvoir adjudicateur couvre la cause de nullité dans de tels cas. Le

(38) Cfr p. ex. C.E., n° 134.987 du 16 septembre 2004, *N.V. Zit-Idee* ; C.E., n° 206.644 du 15 juillet 2010, *N.V. Quintelier Gebr.*

(39) P. FLAMEY et K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten – Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997 – 2005*, Vanden Broele, Bruges, 2005, n° 98, p. 60 ; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1401, p. 775 ; B. SCHUYSSER, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten: een overzicht », *T. Gem.*, 2005, n° 54, pp. 110-11 ; C.E., n° 81.861 du 15 juillet 1999, *N.V. J.C. Decaux Belgium Publicité*.

(40) B. SCHUYSSER, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten: een overzicht », *T. Gem.*, 2005, n° 77, p. 115.

(41) C.E., n° 156.427 du 15 mars 2006, *S.A. Bouygues Belgium*. Cfr également : C.E., n° 44.420 du 12 octobre 1993, *N.V. Energy D* ; C.E., n° 116.294 du 21 février 2003, *S.A. Fujitsu Siemens Computers*. Arrêts respectivement cités et approuvés par D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1211, p. 461 et par N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1404, p. 776.

(42) C.E., n° 190.928 du 26 février 2009, *N.V. Hye Waterbouw* ; C.E., n° 209.796 du 16 décembre 2010, *S.A. Mediatone*.

(43) C.E., n° 217.662 du 1^{er} février 2012, *S.A. Socatra*.

(44) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1212, p. 461 ; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1401, p. 775. Kiekens évoque la violation des principes fondamentaux du droit des marchés publics, pas de la législation en tant que telle. D'Hooghe quant à lui indique simplement que si une irrégularité viole une condition de forme garantissant l'égalité de traitement, le secret des affaires, le déroulement impartial de la procédure, elle est substantielle.

(45) Cfr article 110, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996, article 98, § 2 de l'A.R. du 10 janvier 1996 et article 95, alinéa 3 de l'A.R. du 15 juillet 2011.

(46) C.E., n° 42.892 du 11 mai 1993, *N.V. Algemeen Bouwbedrijf Cosimco* ; C.E., n° 38.024 du 5 novembre 1991, *N.V. De Decker* ; C.E., n° 25.850 du 13 novembre 1985, *N.V. Koeckelberg* ; C.E., n° 23.715 du 24 novembre 1983, *Saterco* cités par D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1205, p. 459. Dans le même sens : C.E., n° 152.552 du 12 décembre 2005, *S.A. De Smedt et Ramon* ; C.E., n° 209.197 du 24 novembre 2010, *N.V. Building & Partners*.

(47) C.E., n° 29.573 du 18 mars 1988, *N.V. G.D.A.* ; C.E., n° 25.470 du 14 juin 1985, *N.V. Orbeta*, cités par D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1205, p. 459.

Conseil d'État a reconnu de manière explicite la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de s'écarter de l'exigence d'une condition essentielle des documents du marché moyennant motivation⁽⁴⁸⁾, transformant a posteriori une irrégularité substantielle en irrégularité relative, en quelque sorte.

13. – Le pouvoir adjudicateur, confronté à une irrégularité relative, peut décider de ne pas écarter l'offre, moyennant une motivation matérielle et formelle à la lumière des données concrètes du dossier⁽⁴⁹⁾, parfois sommaire⁽⁵⁰⁾.

La multiplication d'irrégularités non substantielles peut cependant déboucher sur une irrégularité substantielle de l'offre. Le Conseil d'État a en effet jugé à plusieurs reprises qu'« une accumulation de non-conformités non substantielles peut... être considérée globalement comme substantielle par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et conduire à l'élimination de l'offre »⁽⁵¹⁾.

La doctrine a parfois souligné que le Conseil d'État avait même admis que le soumissionnaire remédie à l'irrégularité relative postérieurement à l'ouverture des offres, mais avant la comparaison des offres et la décision d'attribuer le marché⁽⁵²⁾, pour autant qu'elle ne porte pas atteinte à l'égalité des soumissionnaires⁽⁵³⁾. Dans cette hypothèse, selon la même doctrine, le pouvoir adjudicateur doit rédiger une motivation formelle circonstanciée. À notre sens, il ne s'agit pas à proprement parler d'une régularisation a posteriori mais simplement de l'application de l'article 115, alinéa 5 de

l'arrêté du 8 janvier 1996 qui autorise le pouvoir adjudicateur, sans l'obliger, à prendre contact avec les soumissionnaires pour faire « préciser ou compléter » leur offre. À partir du moment où cette demande de précision doit intervenir avant la comparaison des offres et la décision d'attribution du marché, il n'y a pas, à proprement parler, une régularisation puisqu'il n'y a eu aucune décision de considérer l'offre comme irrégulière (ou régulière) à ce stade.

14. – Les principes généraux de droit généralement évoqués pour critiquer la comparaison des offres sont communs à toutes les thématiques de droit administratif. Le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires (et le principe de proportionnalité), l'obligation de motivation matérielle et formelle, le principe *Patere legem quam ipse fecisti*, le principe de confiance légitime, le principe *audi alteram partem*, le principe du raisonnable sont, la plupart du temps, invoqués par les requérants.

Dans cette matière comme dans d'autres, ces principes finissent par constituer des antiphrases lorsque l'on considère leur application concrète. Si le contrôle strict de l'administration est à ce prix, il peut cependant présenter certains effets pervers en termes de sécurité et de prévisibilité de la solution finalement retenue par le juge.

La plasticité de ces concepts permet de requalifier les irrégularités prévues par le cahier spécial des charges, de censurer l'appréciation de celles-ci

(48) C.E., n° 89.076 du 24 juillet 2000, *N.V. Herbosch Kiere*.

(49) C.E., n° 160.908 du 4 juillet 2006, *N.V. Robert Wyckaert* (« dat, indien de offerte enkel relatieve onregelmatigheden bevat, de aanbestedende overheid vrij is om de offerte om die reden al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend; dat in het ene en het andere geval de materiële motiveringsplicht daarbij oplegt dat bij die beoordeling is uitgegaan van aanvaardbare motieven die op zijn minst uit het administratief dossier moeten blijken en de genomen optie ook formeel moet worden gemotiveerd »). Pour une formulation quasiment identique : C.E., n° 209.616 du 9 décembre 2010, *N.V. Bouwbedrijf VMG-De Cock* ; C.E., n° 209.616 du 9 décembre 2010, *N.V. Bouwbedrijf VMG-De Cock* ; C.E., n° 190.928 du 26 février 2009, *N.V. Hye Waterbouw* ; C.E., n° 178.804 du 22 janvier 2008, *N.V. Cleaning Masters* ; C.E., n° 139.298 du 13 janvier 2005, *Finsam Container Systems* ; C.E., n° 139.885 du 27 janvier 2005, *B.V.B.A. Algemene ondernemingen Verheye* ; C.E., n° 157.418 du 6 avril 2006, *N.V. CH Cleaning Services* ; C.E., n° 167.268 du 30 janvier 2007, *N.V. Cleaning Masters*. Cfr déjà : C.E., n° 83.784 du 2 décembre 1999, *Tramo* ; C.E., n° 56.495 du 29 novembre 1995, *S.A. Verachtert*.

(50) C.E., n° 214.385 du 1^{er} juillet 2011, *Commune de Schaerbeek*.

(51) C.E., n° 156.427 du 15 mars 2006, *S.A. Bouygues Belgium*. Cfr également C.E., n° 116.294 du 21 février 2003, *S.A. Fujitsu Siemens Computers* ; C.E., n° 44.420 du 12 octobre 1993, *N.V. Energy D*. Arrêts cités et approuvés par D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1211, p. 461 et par N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1404, p. 776.

(52) C.E., n° 181.352 du 19 mars 2008, *S.A. Établissements Deltenre*. Formule reprise dans : C.E., n° 199.335 du 5 janvier 2010, *S.A. Entreprise générale de construction Chauvaux*. Cfr également : C.E., n° 156.427 du 15 mars 2006, *S.A. Bouygues Belgium* ; C.E., n° 209.381 du 1^{er} décembre 2010, *Borchers Kreislaufwirtschaft GmbH*.

(53) N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, n° 1420, p. 786 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, n° 1235, p. 469. Cfr également : C.E., n° 107.952 du 18 juin 2002, *B.V.B.A. Centrale Verwarming Jaspers* (où le pouvoir adjudicateur avait permis à l'attributaire de compléter son offre en y joignant les documents manquants, mais l'avait refusé à la requérante. Cette différence de traitement entraîna en l'espèce l'annulation de la décision d'attribution par le Conseil d'État).

dans la décision d'attribution, de valider ou pas la fermeté ou le pragmatisme adopté par les pouvoirs adjudicateurs en fonction des circonstances relatives dans le cadre des procédures.

VI. – Critiques du droit belge au regard du droit européen

15. – Si le droit européen ne connaît pas les notions d'irrégularité substantielle ou relative, il contient de nombreux principes généraux qui constituent à la fois une partie des fondements des directives relatives aux marchés publics et une source de droit autonome pour les marchés et contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application de ces dernières. Parmi ces principes, le principe de proportionnalité et le principe de concurrence sont très souvent retenus par la Cour de justice pour censurer des décisions d'écartement des offres prises par les pouvoirs adjudicateurs. Ils sont susceptibles de venir énerver des dispositifs de droit interne et les solutions jurisprudentielles existantes. Deux illustrations suffisent à la démonstration.

16. – La première illustration concerne le principe d'unicité de l'offre, inscrit dans la réglementation de 1996⁽⁵⁴⁾ et confirmé par l'arrêté royal du 15 juillet 2011⁽⁵⁵⁾ (qui le renforce en quelques sortes en ouvrant la possibilité de limiter la possibilité de remettre une offre pour certains lots lorsque le marché prévoit cette technique⁽⁵⁶⁾). S'agissant de ce renforcement, le rapport au Roi précise qu'il s'agit d'une « exception au principe général que constitue le droit pour un soumissionnaire de déposer une offre pour l'ensemble des lots d'un marché. Cette exception pourrait, par exemple, s'avérer utile pour assurer la sécurité d'approvisionnement de certains produits stratégiques, éviter des abus de position dominante sur un marché restreint, permettre l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, éviter qu'une entreprise soit dans l'incapacité matérielle d'exécuter convenablement un plus grand nombre de lots, etc. Le but

de cette disposition n'est donc certainement pas de généraliser ces limitations. C'est pourquoi un arrêté distinct, délibéré en Conseil des ministres, verra le jour ultérieurement afin de préciser et de détailler les conditions strictes dans lesquelles il pourrait être recouru à cette hypothèse exceptionnelle »⁽⁵⁷⁾.

Il semble curieux de prévoir pareille possibilité dans la mesure où, par la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur peut, en principe, déterminer les capacités des entreprises à exécuter le marché. Aussi, la possibilité d'interdire – sans autre forme de précaution – la remise d'une offre pour différents lots pourrait être considérée comme contraire au principe de proportionnalité tel qu'interprété par la Cour de justice.

En ce qui concerne le principe de l'unicité de l'offre, la doctrine a souligné qu'il s'agissait de prévenir les manipulations et d'assurer la comparaison objective des offres, le choix de sa meilleure offre incombant au soumissionnaire et non au pouvoir adjudicateur⁽⁵⁸⁾. Le Conseil d'État a considéré, compte tenu de son impact sur l'égalité des soumissionnaires, que le non-respect de cette règle devait être sanctionné par une irrégularité substantielle : « Considérant que l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 énonce que, sans préjudice des variantes éventuelles – faculté expressément exclue en l'espèce par le cahier spécial des charges –, chacun des soumissionnaires ne peut remettre qu'une offre par marché ; que cette disposition a été introduite pour formaliser la jurisprudence développée par le Conseil d'État (arrêt n° 9.302 du 10 avril 1962, *Vandekerckhove* et arrêt n° 59.019 du 13 décembre 1995, *Drager Ballings*) dans laquelle, aux fins d'assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires et de permettre un choix objectif, celui-ci avait jugé que l'introduction de plusieurs exemplaires non identiques d'une soumission était de nature à permettre des irrégularités ou faisait naître une possibilité d'irrégularité ; que la doctrine interprète dès lors l'article 103 en ce sens qu'il revient à chaque soumissionnaire de déterminer ce qui est pour lui sa meilleure offre, de sorte qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudica-

(54) Article 103 de l'A.R. du 8 janvier 1996 ; article 91 de l'A.R. du 10 janvier 1996.

(55) Article 54.

(56) Article 54, § 2 alinéa 2 : « En cas de lots, le soumissionnaire peut remettre offre pour un, pour plusieurs ou pour la totalité d'entre eux. Lorsque la nature d'un marché déterminé le rend nécessaire, et dans les conditions fixées par le Roi, les documents du marché peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels le soumissionnaire peut faire offre. Il dépose une offre distincte pour chacun des lots choisis, à moins que les documents du marché n'autorisent la consignation de plusieurs offres dans un document unique ».

(57) Rapport au Roi de l'A.R. du 15 juillet 2011, *M.B.*, 9 août 2011, p. 44891.

(58) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, n° 1338, p. 509 ; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, n° 1426, p. 788.

teur de faire un choix entre les différentes offres possibles du même soumissionnaire (D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 1997, n° 1.338) et que le dépôt de deux offres pour le même marché conduit à l'irrégularité substantielle des deux offres (J. VERMANDER, "Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren – Een beknopte leidraad", 1997, p. 125); qu'en l'espèce, cette interprétation de l'article 103 doit être approuvée; Considérant que la partie requérante n'a formellement introduit qu'une seule offre; ... qu'il faut constater qu'elle a introduit "une offre-catalogue" et s'est ainsi créé autant de chances de se voir attribuer le marché que la partie défenderesse pouvait trouver de combinaisons utiles dans sa soumission, alors qu'il lui revenait de proposer à la partie adverse des équipements correspondant à un concept unique; que, quoi qu'il en soit, compte tenu du risque pour l'égalité des soumissionnaires et la comparabilité des offres et donc compte tenu de la violation de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il s'imposait de considérer que l'offre de la requérante était affectée d'une irrégularité substantielle »⁽⁵⁹⁾.

La règle de l'unicité de l'offre, simple en apparence, a posé de nombreux problèmes pratiques,

notamment lorsqu'elle a été mise en relation avec le concept de variante libre⁽⁶⁰⁾. En effet, la rédaction d'une offre est un exercice compliqué: certaines expressions peuvent laisser penser que le soumissionnaire propose deux ou trois solutions et glisse, imperceptiblement, vers l'idée de variante et donc de la remise de plusieurs offres⁽⁶¹⁾.

Dans la mesure où la règle de l'unicité de l'offre aboutit automatiquement à l'exclusion de l'ensemble d'une soumission composée de plusieurs offres, elle nous semble contraire au droit européen⁽⁶²⁾: le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par la Cour de justice, pourrait en effet impliquer dans l'hypothèse de la remise d'une pluralité d'offres par un même soumissionnaire que ses offres ne puissent être écartées que pour autant qu'il soit concrètement établi que la concurrence a été faussée⁽⁶³⁾. Le président du tribunal de Liège a suivi ce raisonnement dans une ordonnance inédite relative à une hypothèse de pluralité d'offres⁽⁶⁴⁾, en s'écartant du prescrit de la réglementation belge au motif qu'elle est contraire au droit européen.

17. – La seconde illustration réside dans l'exigence qui requiert que le soumissionnaire signe impérativement l'offre⁽⁶⁵⁾, le métré récapitulatif ou inventaire éventuels⁽⁶⁶⁾. L'arrêté royal du 15 juillet

(59) C.E., n° 81.861 du 15 juillet 1999, *N.V. J.C. Decaux Belgium Publicité*. Traduction libre de: « *Overwegende dat artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat, onafgezien van eventuele varianten -mogelijkheid die te dezen formeel uitgesloten is door het bestek- ieder inschrijver slechts één offerte per opdracht mag indienen; dat die bepaling ingevoerd is als de formalisering van de door de Raad van State ontwikkelde rechtspraak (arrest nr. 9.302 van 10 april 1962 inzake Vandekerckhove en arrest nr. 57.019 van 13 december 1995 inzake Drager Ballings) waarin, vanuit de bekommernis om de inschrijvers gelijk te behandelen en een objectieve keuze mogelijk te maken, gewezen was op onregelmatigheden die een meer-voudige offerte kon doen ontstaan of kon doen vermoeden; dat in de rechtsleer artikel 103 dan ook in die zin is uitgelegd dat elke inschrijver zelf moet uitmaken wat hem zijn 'beste offer' lijkt, dat het aan de overheid niet overgelaten mag worden een keuze te maken onder verschillende mogelijke offertes van dezelfde inschrijver (D. D'HOOGHE: *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 1997, nr. 1.338) en dat het indienen van twee offertes voor dezelfde opdracht leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de beide offertes (J. VERMANDER: "Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren - Een beknopte leidraad", 1997, p. 125); dat voor de toepassing op de onderhavige zaak die interpretatie van artikel 103 bijgevalen wordt; Overwegende dat de verzoekende partij formeel slechts één offerte ingediend heeft; dat zij evenwel in die offerte voor de verschillende onderdelen van het door de stad gevraagde meubilair verschillende gelijkwaardige types voorstelt en zulks op gelijke voet, waarbij het dan aan de verwerende partij overgelaten wordt om een keuze te maken onder een aantal bestek-conforme voorstellen; dat dienvolgens, in de huidige stand van het geding, vastgesteld wordt dat de verzoekende partij een catalogusofferte heeft ingediend, dat zij zich zoveel kansen heeft geschapen om de opdracht toegewezen te krijgen als de verwerende partij in haar offerte nuttige combinaties zou kunnen vinden terwijl het nochtans haar opdracht was aan de verwerende partij materiaal aan te bieden dat als één concept aanvaard kon worden; dat zich dan ook het besluit opdringt dat, wegens het in het gedrang brengen van de gelijkheid van de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes en dus wegens schending van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de inschrijving van de verzoekende partij door een substantiële onregelmatigheid was aangetast ». Cet arrêt a été rendu sur un recours en suspension et a été confirmé dans le cadre d'un recours en annulation: C.E., n° 195.256 du 14 juillet 2009, *N.V. J.C. Decaux Belgium Publicité*.*

(60) La jurisprudence et la doctrine semblent parfois divisées sur ces questions.

(61) Voy. par exemple, C.E., n° 182.224 du 22 avril 2008, *N.V. CCV-Cardfon*.

(62) A. L. DURVAUX, « Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés », *M.C.P./O.O.O.*, 2011, p. 369.

(63) Cf. en ce sens: C.J.U.E., 19 mai 2009, *Assitur*, C-538/07, *Rec.*, p. I-04219; C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, *Rec.*, p. I-09999; C.J.U.E., 15 mai 2008, *Secap*, C-147/06 et 148/06, *Rec.*, p. I-03565; C.J.U.E., 3 mars 2005, *Fabrilcom*, C-21/03 et 34/03, *Rec.*, p. I-01559.

(64) Réf. Liège, 1^{er} décembre 2009, R.G. 09/913/C, *Altiplan et autre c/ Centre Hospitalier Chrétien*.

(65) Article 89, alinéa 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996; article 77, alinéa 2 de l'A.R. du 10 janvier 1996; article 82, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de l'A.R. du 15 juillet 2011.

(66) Articles 96, § 3 et 97, § 1^{er}, alinéa 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996; articles 84, § 3 et 85, § 1^{er}, alinéa 2 de l'A.R. du 10 janvier 1996; article 82, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

DOCTRINE • RECHTSLEER
ANN LAWRENCE DURVIAUX ET TH. DELVAUX

2011 y ajoute les autres annexes devant être jointes à l'offre⁽⁶⁷⁾. À moins que l'offre et ses annexes ne soient signées électroniquement, il en va de même pour les éventuelles « ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché »⁽⁶⁸⁾. L'arrêté royal du 15 juillet 2011 y ajoute les « éventuels suppléments de prix, rabais ou améliorations proposés »⁽⁶⁹⁾.

L'examen de la jurisprudence du Conseil d'État révèle que la validité de l'engagement juridique du soumissionnaire et le caractère certain de cet engagement sont des éléments prescrits à peine de nullité absolue. À cet égard, et toujours selon cette jurisprudence, la signature d'un document par le soumissionnaire n'est qu'un moyen parmi d'autres de vérifier ce double aspect des choses. C'est pour cette raison que l'absence de signature d'un document annexé à l'offre n'emporte pas nécessairement la nullité absolue de cette offre⁽⁷⁰⁾.

N'est-ce pas une jurisprudence trop formaliste au regard du droit européen qui privilégie l'accès du plus grand nombre des entreprises aux marchés publics en vue d'assurer une libre concurrence de celle-ci ? En quoi l'absence de signature empêche-t-elle la comparaison des offres ? Ne pourrait-on se contenter d'une apparence à ce stade, compte tenu de la circonstance que l'absence de signature valable peut être facilement couverte par une ratification qui ne change rien au contenu de l'offre ?

VII. – Conclusion sous forme de proposition

Du point de vue du soumissionnaire, la manière dont le contrôle de la régularité des offres est conçue en droit belge présente trop d'incertitudes et semble trop formaliste, trop détachée de la réalité économique des prestataires et des contraintes

liées aux procédures de passation dans ce qu'elles ont de fondamental.

Aussi, nous aimerions tenter de dégager les pistes d'une rationalisation et d'une simplification de cette question centrale du droit de la passation des marchés publics. Notre pari est de proposer l'abandon des notions d'irrégularités substantielles et relatives.

Il s'agirait d'organiser le contrôle de la régularité autour de nouvelles catégories plus aisément compréhensibles. L'on pourrait ainsi distinguer, dans le cadre de la passation des marchés publics, les exigences posées par la réglementation de celles posées par le pouvoir adjudicateur, soit dans le cadre des clauses administratives, soit dans le cadre des clauses techniques.

Le non-respect des exigences posées par la réglementation – toilettée dans ses dispositions peu claires sur le degré d'impérativité de la règle posée – pourrait être sanctionné par l'illégalité de l'offre (non-respect de la réglementation), soit un écartement pur et simple.

Le non-respect des exigences posées par le pouvoir adjudicateur dans ses clauses administratives – soit la partie du cahier spécial des charges qui concrétise, pour le marché considéré, les dispositions de la réglementation relative à la passation / et à l'exécution (dans le respect du cahier général des charges) pourrait être également sanctionné par l'illégalité de l'offre, soit un écartement pur et simple.

Cette sanction n'a de sens que si la réglementation opère plus clairement, c'est-à-dire de manière explicite, une distinction entre les exigences de forme et les exigences de fond posées, en introduisant la règle qu'une exigence de forme peut être, régularisée par les prestataires, après le dépôt de l'offre mais avant la décision d'attribution..

Restent les exigences posées par le pouvoir adjudicateur dans ses clauses techniques, c'est-à-dire la partie du cahier spécial des charges qui décrit la prestation achetée. Avec d'autres⁽⁷¹⁾, une distinc-

(67) Article 82, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de l'A.R. du 15 juillet 2011.

(68) Article 89, alinéa 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996 ; article 77, alinéa 3 de l'A.R. du 10 janvier 1996 ; article 82, § 1^{er}, alinéa 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

(69) Article 82, § 1^{er}, alinéa 2, de l'A.R. du 15 juillet 2011. Cfr déjà en ce sens pour les rabais eu égard à leur impact sur le prix, condition essentielle de tout marché : D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, n° 1255, p. 477 et la jurisprudence citée ; M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1A, 6^e éd., 1996-1997, C.N.C., Bruxelles, n° 8, pp. 967-968 et la jurisprudence citée. Cfr également dans ce sens : C.E., n° 56.495 du 29 novembre 1995, *S.A. Verachter*.

(70) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, n° 1256, p. 477 ; M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1A, 6^e éd., 1996-1997, C.N.C., Bruxelles, n° 3, p. 879, qui renvoient à un avis de la Commission permanente des marchés publics en ce sens.

(71) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, n° 1226, pp. 465-466, souligne également qu'un traitement différentiel est possible en matière de contrôle de régularité dans le domaine

tion doit être opérée entre l'adjudication et les autres modes de passation. En effet, l'adjudication, qui suppose l'attribution du marché au soumissionnaire régulier le plus bas, implique nécessairement et obligatoirement que les prestations achetées soient entièrement définies par le cahier spécial des charges. Ce n'est qu'à cette condition que le critère du prix peut déterminer, parmi les offres remises par les soumissionnaires et dans le respect de l'égalité de traitement, celle qui doit être retenue. En adjudication, il s'imposerait donc de conserver la présomption selon laquelle tout non-respect des clauses techniques doit être sanctionné par une nullité (illégalité) de l'offre.

Par contre, dans les autres procédures de passation (appel d'offres, procédure négociée avec

publicité, dialogue compétitif, etc.), la présomption devrait être inversée : le non-respect des exigences techniques ne peut être sanctionné par l'illégalité de l'offre, puisque ce non-respect doit se traduire dans la notation des critères d'attribution, ceux-ci devant impérativement être liés à l'objet du marché et donc être en relation avec les spécifications techniques qui le caractérisent.

« Au lecteur de juger si la proposition qui vient d'être formulée tient de la chimère, de l'iconoclasme... ou du bon sens. Nous espérons en tout cas qu'il nous pardonnera l'optimisme qui nous conduit à vouloir améliorer un système dont on ne peut nier les côtés insatisfaisants à l'heure actuelle. Faute avouée étant à moitié pardonnée... ».

de l'adjudication d'une part et dans le domaine de l'appel d'offres d'autre part. Sous le titre « Appréciation différente en cas d'adjudication et en cas d'appel d'offre ? », il souligne que, dans plusieurs arrêts du Conseil d'État, ce point a été mis en évidence : le Conseil d'État a ainsi jugé que « si, dans une adjudication publique, toute discordance technique par rapport au projet imposé peut entraîner la nullité de la soumission, en revanche, dans un appel d'offres, les discordances par rapport au projet ne constituent, sauf dispositions contraires du cahier spécial des charges, que des contre-propositions pertinentes pour le classement des offres d'après l'intérêt qu'elles présentent » (en français dans le texte – C.E., n° 30.913 du 5 octobre 1988, *Van Hopplynus* – D'Hooghe, cite trois autres arrêts de 1993 dans le même sens à la note 1601).