

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.086 du 30 novembre 2015

G./A.217.442/VI-20.639

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée SYGMA D,**
2. la société privée à responsabilité limitée PROSYSINFO,

ayant élu domicile chez
Me Philippe HERMAN, avocat,
rue T'Serclaes de Tilly, n° 49-51,
6061 Montignies-sur-Sambre,

contre :

la société anonyme HR RAIL,

ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER, Michèle BELMESSIERI
et Magali HEINE, avocats,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 30 octobre 2015, la société privée à responsabilité limitée SYGMA D et la société privée à responsabilité limitée PROSYSINFO sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise à une date indéterminée, par la SA HR RAIL, d'attribuer à leur offre un score de 74,64 /100, de ne pas la classer parmi les trois premiers soumissionnaires qui ont été invités à remettre une meilleure offre aux niveaux qualité, prix et délai et de conclure selon la procédure négociée avec publicité, avec BUSINESS TRAINING un accord-cadre de 3,5 ans pour les formations en bureautique pour les besoins des chemins de fer belges (référence D7609.23.F.SYGMA D)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 novembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 20 novembre 2015 à 10 heures 30.

Les droits visés 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'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

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

Me Philippe HERMAN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Magali HEINE et Michèle BELMESSIERI, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis contraire.

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

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit :

" [...]. Le 13 avril 2015, la partie adverse a publié un avis de marché en vue de la conclusion d'un accord-cadre portant sur des services de formations en bureautique (ci-après : le marché) au Bulletin des adjudications (...).

L'avis du marché décrit succinctement le marché comme il suit :

«Train@Rail, l'institut de formation au sein de HR Rail, souhaite continuer à offrir des formations en bureautique pour les membres du personnel des Chemins de Fer belges. Ces formations sont focalisées sur l'utilisation de logiciels administratifs comme Word, Excel, Access,...
Cet accord-cadre sera conclu pour une période de 3,5 ans» (p.3).

La valeur estimée du marché hors TVA est de 490.000 €.

Le marché atteint les seuils de publicité européenne. Il ne devait toutefois pas faire l'objet d'un avis de marché au niveau européen car, s'agissant d'un marché visé à l'annexe II, B, de la loi du 15 juin 2006, celui-ci n'est pas soumis aux articles 37 à

40 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux» qui prévoient une publicité européenne obligatoire.

Il s'agit d'un marché attribué selon la procédure négociée avec publicité.

Enfin, l'avis de marché a fixé la date ultime pour la remise des demandes de participation au 8 mai 2015, à 11 heures au plus tard.

[...]. Le 12 mai 2015, lors de la séance d'ouverture des demandes de participations, il est apparu que 8 candidats ont déposé une candidature, dont les requérantes (...).

Par une décision du 16 juin 2015, la partie adverse a sélectionné 7 candidats, parmi lesquels figurent les requérantes (...).

[...]. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° 70/05/15/00001 «Formations en bureautique pour les besoins des Chemins de fer belges» (...).

L'objet du marché y est encore défini comme il suit :

«Ce marché pluriannuel (2015-2018) a trait aux formations en bureautique pour les besoins des Chemins de fer belges et ce, conformément aux spécifications techniques en Ann. C. Ces formations sont focalisées sur l'utilisation de software(s) administratifs tels que Word, Excel, Access,... Ce marché est résiliable chaque année. (...)» (p. 3).

Il résulte également du cahier des charges (p. 3) que les spécifications techniques sont reprises à l'annexe C du cahier des charges.

La date de dépôt des offres était fixée au 9 juillet 2015, à 11 heures (p. 6).

[...].. Les critères d'attribution du marché fixés par le cahier spécial des charges (p.7) sont les suivants :

Critères	Poids
A. QUALITE	50%
a. Contenu des formations et catalogue	15%
b. Compensation et sanctions financières (si le résultat n'a pas été atteint)	10%
c. Formateurs	10%
d. Manuels de cours	15%
B. PRIX	40%
C. DELAI POUR L'ORGANISATION DE LA FORMATION	10%

A propos du critère «délai pour l'organisation de la formation», le cahier spécial des charges indique encore que :

«Les points seront attribués en comparant les offres.
Ce délai est destiné uniquement aux sessions privées Train@Rail (des groupes de maximum 10 personnes composées uniquement d'agents des Chemins de fer belges et ces formations ont lieu chez Train@Rail)» (p. 8).

Toujours à propos du troisième critère d'attribution, l'annexe C du cahier spécial des charges, relative aux spécifications techniques, précise encore que :

«[...].. Délai pour l'organisation de la formation (10%)

Il est important de savoir de combien de temps le soumissionnaire a besoin, afin d'organiser une formation. Les points seront attribués en comparant les offres. Ce

délai est destiné uniquement aux sessions privées Train@Rail (des groupes de maximum 10 personnes composés uniquement d'agents des Chemins de fer belges et ces formations ont lieu chez Train@Rail)) (...).

[...]. Le 9 juillet 2015, à la séance d'ouverture des offres, 7 soumissionnaires ont introduit une offre, à savoir :

- BUSINESS TRAINING;
- CRONOS Public services;
- NV GIVI;
- NV REALDOLMEN ;
- SYGMA D et PROSYSINFO;
- NV XYLOS;
- SA KEY JOB (...).

[...].. Après le dépôt des offres, plusieurs échanges entre la partie adverse et les divers soumissionnaires ont eu lieu.

La partie adverse a demandé à divers soumissionnaires, y compris aux requérantes, de clarifier leurs offres (...). Les requérantes ont d'ailleurs directement profité de ces demandes d'éclaircissement ; comme il résulte du rapport d'examen des offres du 2 octobre 2015 (...), le score de l'offre des requérantes pour le critère d'attribution relatif à qualité de l'offre est, en effet, passé de 39,5 à 41,5 points sur 50.

En ce qui concerne en particulier le troisième critère d'attribution du marché, relatif au délai pour l'organisation de la formation, la partie adverse a interrogé deux soumissionnaires, à savoir la société XYLOS et la société REALDOLMEN quant à la teneur de leur offre. Quant au premier soumissionnaire, la partie adverse lui a demandé, si possible, de réduire le délai initialement proposé par ce soumissionnaire. Quant au second soumissionnaire, la partie adverse lui a demandé de préciser si le délai était de 2 ou de 3 semaines.

A noter d'ores et déjà que, contrairement aux requérantes, ces soumissionnaires avaient donc proposé dans leurs offres initiales un délai concret pour l'organisation des formations. Ensuite, la partie adverse a offert à ces soumissionnaires, se trouvant dans une situation comparable, de préciser ce délai concret afin de rendre leur offre plus compétitive.

[...]. Au terme d'un examen technique des offres, fin août 2015, les sociétés BUSINESS TRAINING, XYLOS et REAL DOLMEN ont été invitées à des négociations avec la partie adverse. Leurs offres ont été, en effet, classées les trois meilleures à ce stade de la procédure.

[...]. Le 3 septembre 2015, la SA BUSINESS TRAINING a introduit une «Best and Final Offer» (ci-après : BAFO) (...).

Le même jour, une BAFO est également déposée par la société XYLOS (...).

Le 4 septembre 2015, la SA REAL DOLMEN a, elle aussi, introduit une BAFO (...).

[...]. Le 2 octobre 2015, la partie adverse a établi un rapport d'examen des offres détaillé qui démontre que la partie adverse a soigneusement comparé les offres des soumissionnaires, avant et après négociations (...).

Il résulte de ce rapport que les parties requérantes, qui n'ont pas été invitées aux négociations, ont reçu un score de «0/10» pour le critère d'attribution relatif au «délai pour l'organisation de la formation».

Par ailleurs, le rapport fait clairement apparaître que, avant les négociations, les éclaircissements demandés par la partie adverse aux soumissionnaires autres que les parties requérantes quant au «délai pour l'organisation de la formation» n'a permis qu'à la société REAL DOLMEN d'obtenir un seul point en plus. Le score de l'offre de ce soumissionnaire pour le troisième critère d'attribution est, en effet, passé de 7 à 8 points seulement.

Le rapport d'examen des offres se clôture par la proposition d'attribuer l'accord-cadre litigieux à la société BUSINESS TRAINING (p. 9).

[...]. Le 2 octobre 2015, le rapport d'attribution est approuvé et signé par Monsieur M. BOVY, Directeur général.

[...]. Par courrier recommandé du 15 octobre 2015, la partie adverse a informé les requérantes du fait que leur offre n'a pas été retenue. L'annexe de la lettre de notification comporte le rapport d'attribution des offres (...).

Il s'agit de la décision attaquée (...).

Les autres soumissionnaires se sont également vus notifier, le même jour, la décision d'attribution du marché ainsi que le rapport d'examen des offres (...).

[...]. Le 21 octobre 2015, les requérantes ont envoyé par courriel une «réaction à la décision motivée» à la partie adverse (...). Le courrier recommandé correspondant a été réceptionné par la partie adverse le 28 octobre 2015.

[...]. Par un courrier recommandé du 27 octobre 2015, la partie adverse a fourni des informations complémentaires quant à l'appréciation de la partie adverse d'accorder une cote de 0/10 à l'offre des requérantes pour le critère «délai pour l'organisation d'une formation» (...).

Les passages pertinents de ce courrier se lisent comme il suit :

«Dans votre courrier, vous nous indiquez ne pas comprendre votre cote pour l'aspect 'délai pour l'organisation d'une formation' à savoir 0/10. Dès lors, vous nous demandez pourquoi aucune question concernant ce critère ne vous a été posée alors que des éclaircissements concernant d'autres critères vous ont été demandés.

Notre principe d'analyse est le suivant. Nous avons demandé d'indiquer dans l'offre un délai pour l'organisation d'une formation. Toutes les firmes, sauf la vôtre, nous ont communiqué un délai sous forme de jours ou de semaines. Vous n'avez donné aucun chiffre. Vous avez indiqué 'quelques jours'. Cette réponse est pour nous non évaluable et ne répond pas à notre question ce qui explique notre cote. En ouvrant le débat sur ce point, nous aurions défavorisé les autres candidats qui ont répondu en fournissant dès le départ le type de données demandées.

Nous avons, pour toutes les firmes, ouvert la communication pour recevoir des éclaircissements concernant des données évaluable mais manquant de précision. Les questions d'éclaircissement qui vous ont été posées reposaient donc sur des données évaluable par nous dès votre offre originelle»."

IV. RECEVABILITE DE LA DEMANDE QUANT A L'INTERET DES REQUERANTES

IV.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

La partie adverse oppose à la demande une exception d'irrecevabilité liée au défaut d'intérêt des requérantes à leur demande. Elle la formule comme suit :

" [...]. Suivant une jurisprudence bien établie de Votre Conseil, une partie n'a d'intérêt au recours dans le cadre d'une procédure de marchés publics que si la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché le place dans une situation où il dispose d'une chance d'en obtenir l'attribution.

Par conséquent, la critique qu'une partie requérante invoque dans ses moyens doit être de telle sorte que, si jugée légitime, son offre sera considérée comme la plus avantageuse, ce qu'il appartient au requérant de prouver.

[...]. Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Les requérantes ne démontrent en effet pas qu'elles sont classées ou susceptibles d'être classées en ordre utile pour se voir attribuer le marché en conséquence de leur recours. Les documents du marché révèlent, au contraire, que celles-ci n'ont plus aucune chance de se voir attribuer le marché et, donc, qu'elles n'ont pas d'intérêt au recours.

[...]. D'une part, le critère d'attribution relatif au délai pour l'organisation de la formation est pondéré dans le cahier des charges à concurrence de 10% sur le total des points. Même si les requérantes obtenaient, dans le meilleur des cas, le maximum de points pour ce critère (10/10), cela n'aurait pas d'impact sur le classement.

Le rapport d'approbation des offres indique le score total de chaque soumissionnaire (p. 6). Il en découle le classement suivant :

1. Business Training : 88,50
2. Xylos : 85,48
3. RealDolmen : 84,92
4. Sygma-D § Prosys : 74,64
5. (...)

Ainsi, à imaginer que le présent recours permette aux requérantes d'obtenir 10 points supplémentaires dans le cadre d'une nouvelle appréciation de leur offre (ce qui est, en soi, déjà invraisemblable), le score de l'offre passerait de 74,64 à 84,64. Ce total de 84,64 reste toujours inférieur au score de REALDOLMEN, classé en troisième position avec 84,92. Il s'ensuit que les requérantes resteraient classées exactement à la même position, à savoir la quatrième position, et n'ont donc aucune chance de se voir attribuer le marché.

[...]. D'autre part, la partie adverse a effectivement procédé à la comparaison de l'offre des requérantes et leur a attribué un score de 0/10 pour le critère d'attribution relatif au délai. Ainsi, même s'il fallait considérer qu'il n'y a pas lieu d'octroyer un point supplémentaire à la société REAL DOLMEN en conséquence de ses réponses aux questions de la partie adverse relatives au critère du délai, cela n'aurait pas non plus d'influence sur le classement des offres.

Dans ce cas, le score final de la société REAL DOLMEN perdrait un point et passerait de 84,92 à 83,92. Il resterait donc supérieur au score de 74,64 des requérantes.

[...]. Il découle de ce qui précède que les requérantes n'ont aucune chance d'être classées premières et de se voir attribuer le présent marché. Il y a, dès lors, lieu de constater leur défaut d'intérêt au recours".

B. Plaidoiries

A l'audience du 20 novembre 2015, les requérantes ont fait valoir qu'il ressort des mentions du cahier spécial des charges que l'appréciation des délais proposés par les soumissionnaires devait être portée en fonction des différentes offres reçues, de sorte qu'il n'était pas exclu que, si une note très élevée leur avait été accordée, les notes de leurs concurrents soient dégradées. Elles en ont conclu qu'il n'était mathématiquement pas exclu qu'à la suite d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, elles se retrouvent classées parmi les trois premiers soumissionnaires et obtiennent ainsi une chance de remettre une «BAFO» (Best and final offer).

Toujours en termes de plaidoiries, la partie adverse a maintenu sa thèse selon laquelle le classement des soumissionnaires ne pouvait être bouleversé. A leur estime, la perspective d'un bouleversement total suggérée par les soumissionnaires relève d'un raisonnement purement hypothétique.

IV.2.Décision du Conseil d'Etat

Au terme d'un premier examen des offres déposées, et après que diverses demandes d'éclaircissements leur aient été adressées, les quatre premiers soumissionnaires ont été classés comme suit, sur la base des notes globales qui leur étaient attribuées :

1. Business Training : 88,50
2. Xylos : 85,48
3. RealDolmen : 84,92
4. Sygma-D &Prosyst : 74,64

C'est sur la base de ce classement que la partie adverse a choisi d'inviter trois soumissionnaires à négocier.

Pour dénier l'intérêt des requérantes à leur recours, la partie adverse soutient qu'elles n'auraient, en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, aucune chance de se voir obtenir le marché litigieux, dès lors que le classement des quatre premières offres ne pourrait être bouleversé en faveur des requérantes dans aucune des deux hypothèses qu'elle retient: si, sur la base d'éclaircissements fournis à

la demande de la partie adverse, les requérantes se voyaient accorder la note maximale de 10 points pour le critère du délai, la cote de la société REALDOLMEN ne diminuerait pas pour autant, de sorte que ce soumissionnaire ne se verrait pas ravir sa troisième place par les requérantes. Par ailleurs, si, pas plus que les requérantes, la société REALDOLMEN n'avait été invitée à fournir des éclaircissements à la demande de la partie adverse pour le critère du délai, elle aurait certes perdu le point gagné après demande de clarification, mais ceci n'affecterait pas davantage le classement des offres.

La première de ces deux hypothèses repose sur la conception défendue par la partie adverse, selon laquelle l'attribution d'une note, même maximale, aux requérantes ne pourrait, en toute hypothèse, influencer à la baisse les notes attribuées aux autres soumissionnaires.

Une telle conception ne peut, *prima facie*, être partagée, dès lors qu'elle n'est pas compatible avec l'indication du cahier spécial des charges selon laquelle, pour la notation des offres au regard du critère du délai d'organisation de la formation, "les points seront attribués en comparant les offres". Cette notation par comparaison des offres ne permet pas d'exclure *a priori* que l'attribution de la note maximale à l'un des soumissionnaires puisse influencer à la baisse les notes attribuées à ses concurrents.

Dès lors qu'il ne peut être préjugé de la manière dont, en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, la partie adverse procéderait à une nouvelle comparaison des délais, après avoir demandé des éclaircissements aux requérantes, il ne peut être admis, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que les requérantes seraient nécessairement privées de toute chance, sinon d'obtenir le marché, à tout le moins d'être invitées à négocier et déposer une offre améliorée. Cette conclusion pourrait s'imposer d'autant plus qu'il ne semble ressortir d'aucune des pièces du dossier administratif – et qu'il n'a d'ailleurs pas été soutenu – que la partie adverse devait nécessairement limiter à trois le nombre de soumissionnaires invités à négocier. Rien ne semble donc interdire d'imaginer qu'en présence de quatre offres bénéficiant de notes globales fort proches – ce qui pourrait être le cas si les requérantes se voyaient accorder une note très élevée, voir maximale, pour le critère du délai – la partie adverse choisisse d'inviter les quatre soumissionnaires concernés à négocier, ce qui redonnerait aux requérantes une chance d'obtenir le marché après cette phase de négociations.

Dans ces circonstances en lesquelles, toujours selon ce que révèle un examen effectué en extrême urgence, la partie adverse échoue à exclure, avec une

vraisemblance suffisante, toute chance qu'auraient les requérantes à obtenir le marché litigieux, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

V. MOYEN UNIQUE

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un moyen unique, pris "de la violation du principe d'égalité des soumissionnaires, de l'article 5 de loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation". Elles le formulent comme suit :

" L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dispose en ce sens que :

«Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

Les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV.»

En ne déclarant pas irrégulière l'offre de la requérante, la partie adverse a implicitement, mais nécessairement, considéré que cette offre pouvait être comparée avec celles des autres soumissionnaires, particulièrement au regard du critère du délai.

Il lui incombait donc de traiter cette offre dans des conditions telles qu'elles lui permettent de la comparer utilement avec les autres (CE, 14 mai 2014, n° 227.380, SA VENTURIS).

En ne demandant pas aux requérantes d'éclaircissement sur le délai prévu dans leur offre alors qu'elle a interrogé sur ce point au moins un autre soumissionnaire, la partie adverse a violé le principe d'égalité entre les soumissionnaires et l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En ne précisant pas, dans l'acte, les motifs pour lesquels elle n'avait pas interrogé les requérantes sur le délai d'exécution et le fait qu'elle estimait qu'un délai de «quelques jours» n'était pas évaluable, la partie adverse n'a pas motivé adéquatement sa position et a violé le prescrit des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

En décidant qu'un délai « de quelques jours » n'était pas une réponse «évaluable», la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, qui n'aurait pas commise une autre autorité administrative normalement prudente et diligente, un tel délai, certes approximatif, pouvant faire l'objet d'une appréciation et d'une évaluation.

Le moyen est sérieux et fondé".

B. Note d'observations

Pour réfuter le moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " [...]. A titre préliminaire, la partie adverse souhaite souligner qu'en ce qu'il est pris de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006, le moyen est irrecevable. L'article 25 de la loi du 15 juin 2006 n'est pas applicable aux marchés relevant des secteurs spéciaux, comme c'est le cas du présent marché passé en application de l'article 53, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006.

1. LE PRINCIPE D'EGALITÉ

[...]. Dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour mener les discussions avec les entreprises consultées et attribuer le marché.

C'est également ce qui ressort de la jurisprudence de Votre Conseil dans laquelle on peut lire que :

«Dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur est libre de choisir, parmi les entreprises qui auront manifesté leur intérêt, celles qu'il consultera et il jouit, dans cette consultation dépourvue de tout formalisme, de la même liberté que les particuliers, et notamment de celle de négocier avec tous ou certains, voire un seul des candidats».

Ce pouvoir d'appréciation est d'autant plus large lorsque le marché est passé dans les secteurs spéciaux, comme en l'espèce.

S'il est de l'essence de la procédure négociée que le pouvoir adjudicateur reste libre de négocier avec les soumissionnaires, il doit néanmoins assurer que les conditions de négociations sont égales envers tous les soumissionnaires comme le relève plusieurs arrêts du Conseil d'Etat.

[...]. Le principe d'égalité impose au pouvoir adjudicateur de traiter des sujets juridiques qui se trouvent dans une position comparable d'une manière égale, sauf s'il existe une différence de traitement qui poursuit un but légitime et repose sur un critère objectif, pertinent et nécessaire et qu'elle n'est pas disproportionnée.

Il en découle que seules les personnes se trouvant dans une situation identique doivent être traitées de la même manière. Le principe d'égalité n'interdit en revanche pas au pouvoir adjudicateur de traiter de manière différente des personnes placées dans une situation différente.

A noter que dans la procédure négociée, aucune disposition légale ou réglementaire ne règle ni la possibilité ou l'obligation d'interroger les soumissionnaires sur leurs offres. Il s'ensuit que, dans le cadre d'une procédure négociée, l'obligation de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité s'applique, certes, mais doit s'entendre de manière plus souple. Cette procédure a précisément pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur de négocier avec seulement l'un ou l'autre soumissionnaire.

[...]. En l'espèce, la partie adverse a respecté les principes de bonne administration et d'égalité de traitement.

[...]. En ce qui concerne la comparaison des offres, elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'interroger les requérantes sur le délai proposé dans leur offre après avoir

procédé à une comparaison utile de toutes les offres, conformément aux trois critères d'attribution (qualité, prix et délai pour l'organisation de formation).

[...]. Comme il ressort du rapport d'examen des offres (annexe A avant éclaircissements), la partie adverse a octroyé une note de 0/10 au requérantes pour le critère d'attribution relatif au délai au motif que le délai proposé «manquait de clarté».

Alors que le cahier spécial des charges (annexe C – Spécifications techniques) précise expressément concernant les exigences fixées par la partie adverse pour le critère d'attribution relatif au délai qu'«Il est important de savoir de combien de temps le soumissionnaire a besoin, afin d'organiser une formation», l'offre des requérantes se contente d'indiquer un délai de «quelques jours» pour répondre à ce critère.

Tous les autres soumissionnaires ont, en revanche, proposé dans leur offre des délais chiffrés sous forme de jours ou de semaine pour répondre à ce critère, comme le montre le rapport d'examen des offres (annexe A avant éclaircissements).

Le délai de «quelques jours» proposé par les requérantes est quant à lui approximatif. Il est clair qu'il ne permet pas de savoir de quel délai exactement elles auront besoin pour organiser une formation. Il n'est donc pas pertinent, sans pour autant être irrégulier. Simplement, il n'est pas susceptible d'augmenter les points attribués à l'offre.

[...]. En ce qui concerne le traitement des offres, la partie adverse n'a pas violé le principe d'égalité en n'interrogeant pas les requérantes sur le délai de leur offre alors qu'elle a interrogé deux autres soumissionnaires sur ce point.

[...]. Force est de constater que les requérantes, en proposant un délai indéfini, étaient dans une situation différente de celle des autres soumissionnaires qui ont proposé un délai concret et chiffré dans leur offre.

La partie adverse a demandé à deux soumissionnaires de réduire ou d'expliciter le délai déjà indiqué dans leur offre en nombre de jours ou de semaines, et donc préalablement identifié et connu de la partie adverse. Elle a demandé à ces soumissionnaires de rendre leur offre plus claire et non plus compétitive. Le principe d'égalité ne lui imposait en revanche pas d'interroger les requérantes sur ce point dès lors que le délai proposé initialement ne présentait aucun élément de nature à leur accorder des points.

Pour autant que de besoin, il y a lieu de noter que la partie adverse n'a en l'espèce pas offert aux soumissionnaires qu'elle a interrogés sur les délais de leur offre une possibilité d'amélioration qu'elle aurait dû offrir de manière identique à la requérante.

[...]. A l'inverse, c'est en interrogeant les requérantes sur leur offre que la partie adverse aurait défavorisé les autres soumissionnaires, en méconnaissance du principe d'égalité.

Tous les soumissionnaires étaient informés que leur offre devait déterminer avec précision le temps nécessaire à l'organisation d'une formation et qu'elle serait appréciée sur cette base par la partie adverse.

Toute demande de précision aux requérantes sur ce point aurait préalablement requis que la partie adverse demande aux requérantes de chiffrer le délai de «quelques jours » indiqué dans leur offre, ce qui aurait conduit les requérantes à indiquer un nouveau délai qui n'apparaissait pas dans leur offre initiale.

Or, en demandant aux requérantes de préciser leur offre sur un élément qui n'y figure en réalité pas, le pouvoir adjudicateur l'aurait favorisée et privé les autres soumissionnaires, dont l'offre comprend au contraire tous les éléments requis par le cahier spécial des charges, d'améliorer leur offre. Le pouvoir adjudicateur qui agirait de cette manière méconnaîtrait le principe d'égalité.

Au surplus, la partie adverse souhaite rappeler que des demandes de clarification ont également été formulées à l'égard des requérantes, à qui il a été demandé de préciser (i) le point de leur offre relative aux sanctions financières; (ii) la disponibilité des formateurs proposés et (iii) la connaissance linguistique desdits formateurs (pièce 11. a) du dossier administratif confidentiel). Des clarifications ont été demandées dans la mesure où ces éléments, à la différence du délai proposé pour l'organisation des formations, répondaient aux exigences de la partie adverse dès le dépôt de l'offre des requérantes.

[...]. En tout état de cause, les requérantes ne démontrent pas qu'elles auraient été l'objet d'une inégalité de traitement. Elles se contentent à cet égard de critiquer le traitement des offres par la partie adverse, sans relever, *in concreto*, en quoi une demande de précision de la partie adverse sur le délai prévu dans leur offre aurait permis que son offre soit mieux classée.

[...]. Le moyen n'est pas sérieux

2. L'OBLIGATION DE MOTIVATION FORMELLE

[...]. En ce qui concerne la motivation de l'acte attaqué, celle-ci doit permettre de comprendre les raisons qui ont déterminé le pouvoir adjudicateur à attribuer le marché à la société .i Cependant, dans le cadre de la procédure négociée, il suffit que la motivation fasse état des raisons qui ont déterminé le pouvoir adjudicateur mais «il n'est notamment pas exigé que la motivation révèle les raisons pour lesquelles chacune des offres des soumissionnaires finalement non retenus fut jugée moins intéressante» .

La motivation ne doit pas relater chaque question ou demande formulée au cours de la procédure négociée, d'autant lorsque le nombre de soumissionnaire est élevé.

[...]. En l'espèce, le rapport d'attribution des offres ainsi que le courrier du 27 octobre 2015 de la partie adverse montrent clairement que celle-ci a estimé que le délai de «quelques jours» proposé par les requérantes ne rencontrait pas le critère du délai requis dans le cahier spécial des charges. Ce critère était connu des requérantes dès le dépôt de l'offre.

Le rapport d'attribution indique que le délai de «quelques jours» manque de clarté, l'on y voit également que tous les autres soumissionnaires ont proposé un délai chiffré pour le même critère.

Le courrier du 27 octobre 2015 précité explique par ailleurs qu'aucune question n'ait été posée aux requérantes sur leur délai au motif que «Cette réponse est pour nous non évaluable et ne répond pas à notre question ce qui explique notre cote. En ouvrant le débat sur ce point, nous aurions défavorisé les autres candidats qui ont répondu en fournissant dès le départ le type de données demandées.

Une telle motivation est précise et concrète. Elle tient compte de la situation spécifique de l'adjudicataire et de l'offre qu'il a remise au pouvoir adjudicateur.

[...]. Les requérantes connaissaient donc non seulement les raisons qui ont déterminé la partie adverse à attribuer le marché à la société BUSINESS TRAINING que celles qui l'ont conduit à ne pas interroger les requérantes sur le délai proposé dans leur offre.

Au surplus, cette motivation n'a pas empêché les requérantes de formuler utilement des griefs à l'encontre de l'acte attaqué.

[...]. Le moyen n'est pas sérieux".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'est pas contesté que les requérants avaient annoncé un délai d'organisation de la formation de "quelques jours".

Il ressort, par ailleurs, de la note d'observations, confirmée sur ce point en termes de plaidoiries, que la société REALDOLMEN avait, quant à elle, annoncé un délai d'organisation de deux à trois semaines.

Si, à la suite de la partie adverse, on peut admettre que le délai ainsi annoncé par les requérantes n'était pas évaluable, force est de reconnaître que celui qui avait été proposé par la société REALDOLMEN ne se prêtait pas davantage à une évaluation utile à la comparaison et à la notation des offres au regard du critère "délai d'organisation de la formation". La partie adverse ne peut donc être raisonnablement suivie lorsque, pour justifier qu'elle ait réservé des traitements différents aux requérantes, d'une part, et à la société REALDOLMEN, d'autre part, elle soutient que celles-là étaient dans une situation différente de celle des autres soumissionnaires. Cette approche ne peut, à tout le moins, être admise à l'égard de la situation de la société REALDOLMEN.

Dans ces circonstances, on n'aperçoit, *prima facie*, pas comment la partie adverse a pu, sans méconnaître le principe d'égalité des soumissionnaires consacré notamment par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, inviter la société REALDOLMEN à clarifier son offre à propos du délai d'organisation de la formation, sans offrir la même possibilité aux requérantes.

Dans la mesure où il invoque la méconnaissance de ce principe, consacré notamment par la disposition précitée qu'il vise également, le moyen doit être déclaré sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

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

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite garder la confidentialité de certaines pièces qu'elle verse au dossier administratif. Il s'agit des sept offres initiales, des trois offres améliorées, ainsi que des deux demandes de clarification des offres respectivement adressées aux requérantes et à la société REAL DOLMEN.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 2 octobre 2015 par la société anonyme HR RAIL, dans le cadre du marché "Formations en bureautique pour les besoins des Chemins de fer belges", régi par le cahier spécial des charges n° 70/05/15/00001, de conclure, selon la procédure négociée avec publicité, avec la société anonyme BUSINESS TRAINING un accord-cadre de trois ans et demi.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 1 à 11 du dossier administratif qualifié de confidentiel, contenant les sept offres des soumissionnaires, les trois offres améliorées et les deux demandes de clarification des offres adressées aux requérantes et à la société REALDOLMEN, sont 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'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
trente novembre deux mille quinze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.