

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.700 du 2 février 2016

G./A.217.931/VI-20.677

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée KEYSOURCE,**

ayant élu domicile chez
Me Augustin DAOUT, avocat,
avenue Emile de Mot, n° 19,
1000 Bruxelles,

contre :

- 1. l'Etat belge**, représenté par la Secrétaire d'Etat à la Lutte contre la pauvreté, à l'Egalité des chances, aux Personnes handicapées, et à la Politique scientifique, chargée des Grandes villes, adjointe au ministre des Finances,
- 2. l'Institut royal météorologique,**

ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER et
Danijela VULETIC, avocats,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

**la société anonyme HITACHI
DATA SYSTEMS BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Kathleen DE HORNOIS et
Marie-Astrid TIMMERMANS, avocats,
Berkenlaan, n° 8A,
1831 Diegem.

**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 24 décembre 2015, la société coopérative à responsabilité limitée KEYSOURCE sollicite l'annulation et la suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, de :

- " - la décision de l'IRM du 12 novembre 2015 de rejet de la candidature de la partie requérante, signée le 9 décembre et notifiée le 10 décembre 2015;

- la décision de l'IRM du 12 novembre 2015 attribuant le marché public de fournitures à la firme 5".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 décembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 26 janvier 2016 à 10 heures.

Par une requête introduite le 13 janvier 2016, la société anonyme HITACHI DATA SYSTEMS BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

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.

Les parties adverses ont fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Augustin DAOUT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Danijela VULETIC, *loco* Me Barteld SCHUTYSER, avocat, comparaissant pour les parties adverses, et Mes Kathleen DE HORNOIS et Marie-Astrid TIMMERMANS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 4 septembre 2015, la partie adverse a publié au Bulletin des adjudications un avis de pré-information pour un marché public de fournitures par appel d'offres ouvert pour la "fourniture d'une infrastructure de stockage de fichiers de grande capacité destinée au Pôle Espace". Le 9 septembre 2015, cet avis a été publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Il s'agit d'un marché de fournitures attribué par appel d'offres ouvert.

L'avis de marché a fixé la date ultime pour la remise des offres au 20 octobre 2015, à 10 heures. Celles-ci devaient être remises en trois exemplaires.

III. 2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° Storage-Space-2015. Il y est notamment précisé au point E "Liste des documents et actes à joindre à l'offre", qu'un inventaire des produits offerts détaillé devait être joint à l'offre, afin de permettre à la partie adverse de vérifier la conformité de l'offre aux spécifications techniques et d'évaluer les offres sur la base des critères d'attribution. Le cahier spécial des charges précise que les offres des soumissionnaires doivent offrir une capacité de stockage nette d'au moins 2PiB, extensible à au moins 4PiB.

III. 3. Le 20 octobre 2015, 13 sociétés ont remis une offre dont la partie requérante et la partie intervenante.

III. 4. Le 12 novembre 2015, la partie adverse a examiné les différentes offres et a décidé de déclarer l'offre de la partie requérante substantiellement irrégulière car celle-ci :

- n'avait pas fourni les explications requises pour les calculs des capacités offertes alors que cette information était cruciale pour déterminer si l'offre satisfaisait aux exigences techniques;
- ne contenait pas de description du matériel offert pour la partie 1, ce qui rendait impossible l'évaluation de l'offre.

Onze offres ou variantes ont par ailleurs été déclarées régulières.

La partie adverse décide également d'attribuer le marché à la partie intervenante dont l'offre était la plus avantageuse économiquement.

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 5. Le 10 décembre 2015, cette décision a été notifiée à la partie requérante.

III. 6. Le 18 décembre 2015, le rapport d'attribution anonymisé a été transmis à la partie requérante après que celle-ci l'ait demandé.

IV. INTERVENTION

Par une requête introduite le 13 janvier 2016, la société anonyme HITACHI DATA SYSTEMS BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYEN UNIQUE

V.1 Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un moyen unique de "la violation des articles 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, du principe d'égalité et de non-discrimination, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de la motivation interne, du principe de la comparaison des titres et mérites, du principe de bonne administration, du devoir de minutie, de l'erreur en fait, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Dans une première branche du moyen, elle reproche, en substance, à la décision attaquée d'être motivée de façon erronée. Elle soutient, à cet égard, que son offre contient les explications requises pour les calculs des capacités offertes ainsi qu'une description du matériel offert pour la partie 1, contrairement à ce qu'indique la décision attaquée. Elle considère que les éléments contenus dans son offre permettaient à la partie adverse de pouvoir l'évaluer raisonnablement.

La partie requérante fait valoir que son offre contenait, à plusieurs endroits différents, des explications permettant le calcul des capacités offertes. Elle fournit de longues explications techniques dont elle conclut que la partie adverse disposait de suffisamment d'informations pour calculer les capacités proposées et pouvait, en conséquence, parfaitement évaluer son offre sur la base des critères avancés.

Dans une seconde branche, la partie requérante soutient que la partie adverse a attribué le marché à un soumissionnaire qui a déposé une offre irrégulière.

Elle estime, en effet, que la variante de l'offre de la partie intervenante qui a remporté le marché propose une capacité totale de 4081 TiB alors qu'elle devait être d'au moins 4096 TiB pour satisfaire aux conditions du marché.

B. Note d'observations

La partie adverse observe, quant à la première branche, que les informations techniques fournies dans la requête ne ressortent pas de l'offre de la partie requérante. Elle estime qu'à la lecture de celle-ci et en l'absence de toute explication concernant les hypothèses et raisonnements utilisés par la partie requérante "pour choisir le paramètre critique du système («taille des blocs»)", la partie adverse ne pouvait vérifier si les capacités totales offertes répondaient aux prescriptions du CSC". Elle ajoute que "pour faire l'analyse du calcul de capacité dans l'offre de la partie requérante, la partie adverse devait donc faire les suppositions/extrapolations suivantes :

- trouver dans l'inventaire des produits détaillé (non fourni, voy. ci-dessous), la liste des composants matériels pour confirmer le nombre de disques offerts ;
- établir un lien, non trivial, entre le tableau [figurant dans l'offre de la partie requérante] et le calcul de capacité ;
- chercher une référence du terme «padding» utilisé dans l'entête du tableau pour essayer de comprendre exactement quels types de pertes sont pris ou ne sont pas pris en compte".

Elle considère donc qu'"avec autant d'incertitudes, il [lui] était tout à fait impossible [...] de vérifier la capacité offerte par la partie requérante et de comparer son offre avec les offres des autres soumissionnaires" et que "c'est donc à juste titre qu'[elle] a déclaré l'offre de la partie requérante substantiellement irrégulière".

La partie adverse ajoute que "l'offre de la partie requérante a également été déclarée substantiellement irrégulière car elle ne contenait pas la description du matériel offert pour la partie 1" et que "la description de ce matériel était nécessaire pour permettre de vérifier si l'offre de la partie requérante répondait aux spécifications techniques et d'évaluer cette offre sur base des critères d'attribution". Or, elle "constate que la partie requérante ne critique pas ce motif d'irrégularité dans sa requête et qu'elle n'apporte aucune explication démontrant que l'inventaire détaillé du matériel était bien présent dans son offre". Elle estime que "si par impossible [le] Conseil devait considérer que l'offre de la partie requérante contenait les informations nécessaires pour le calcul des capacités, *quod certe non*, ce motif à lui seul suffirait pour justifier la décision de la partie adverse de déclarer l'offre de la partie requérante comme substantiellement irrégulière".

Quant à la seconde branche du moyen, la partie adverse estime que la partie requérante n'a pas d'intérêt à celle-ci et qu'elle doit en conséquence être déclarée irrecevable. Citant un arrêt du Conseil d'Etat, elle fait valoir qu'"un moyen est recevable lorsque son bien-fondé serait de nature à offrir à la partie requérante une chance de se voir attribuer le marché". Elle ajoute qu'"un soumissionnaire dont l'offre a été déclarée irrégulière n'a intérêt à soulever que des moyens ayant trait au rejet de son offre pour irrégularité ou étant de nature à déclarer l'offre de tous les autres soumissionnaires irrégulière". En conséquence, dès lors qu'il "ressort de la réfutation de la première branche du moyen unique que l'offre de la partie requérante a à juste titre été déclarée substantiellement irrégulière, celle-ci n'aurait intérêt à la deuxième branche du moyen unique que si elle était de nature à démontrer que le marché ne pouvait de façon régulière être attribué à aucun des soumissionnaires". Or, elle relève que "la deuxième branche du moyen unique critique uniquement le deuxième acte attaqué en ce qu'il déclare l'offre de la requérante en intervention régulière et lui attribue le marché public litigieux". Elle conclut que "cette branche n'est donc pas de nature à démontrer que le marché ne pouvait pas de façon régulière être attribué à aucun des soumissionnaires".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Première branche

Il n'est pas contesté que l'acte attaqué repose sur deux motifs :

- l'offre de la requérante ne contient pas les explications requises pour les calculs des capacités offertes, information que la partie adverse estime cruciale pour déterminer si l'offre satisfaisait aux exigences techniques ;
- l'offre de la requérante ne contient pas de description du matériel offert pour la partie 1, ce qui rend, selon la partie adverse, l'évaluation de l'offre impossible.

Chacun de ces motifs suffit à fonder la décision et s'appuie sur le constat d'une irrégularité substantielle: l'absence d'une information jugée cruciale, d'une part, et l'impossibilité de comparer les offres, d'autre part.

Concernant le premier motif, le cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires de proposer des fournitures offrant une capacité de stockage d'au moins 2PiB [2048TiB], extensible à au moins 4PiB [4096TiB].

Il ne revient pas au Conseil d'Etat de procéder à une évaluation de la validité technique de l'offre, ce qui reviendrait à se substituer au pouvoir adjudicateur,

mais uniquement d'apprécier si celui-ci pouvait sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation parvenir à la conclusion que les informations fournies dans l'offre ne lui permettaient pas de vérifier si elle satisfaisait aux exigences techniques du marché.

Dans son offre, en ce qui concerne la capacité, la partie requérante précisait uniquement ce qui suit :

" B.6.1. Capacité de stockage

Du point de vue purement du niveau de stockage, un châssis d'extension de 90 disques avec 90x des disques de 8 TB, a une capacité brute de 5760 TB. Sur les 8 châssis de 90 disque nous configurons 90 Raidz2 de 8 disques chacun, d'une capacité brute de 64 TB chaque, donc en mode Raidz2 de 8 disques cela donne une capacité nette de 38,9 TiB. Donc 90x Zraid2 de 8x8TB brut chacun donne un total de 3,501 PiB net" (traduction donnée par la partie adverse).

Cette description indique que l'offre propose une capacité brute de 5760TB et une capacité nette de 3,501 PiB, mais ne contient aucune explication détaillée des modalités de calcul et, en particulier, des coefficients de réduction appliqués pour passer de la capacité brute de 5760 TB à 3,501 PiB. Elle ne renvoie pas davantage à d'autres explications ou documents de l'offre qui seraient susceptible d'éclairer ce calcul.

En comparaison, la partie requérante consacre quatre pages de sa requête à expliquer comment elle parvient à ce résultat. Sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la pertinence de ces explications, il suffit de constater qu'elles ne se retrouvent pas dans l'offre de la requérante, fût-ce de manière plus succincte. Dès lors que la partie requérante s'est limitée à une description lacunaire de la capacité de stockage offerte, la partie adverse n'était pas tenue de se livrer à des déductions ou à des supputations pour compléter elle-même les lacunes de l'explication fournie par la requérante.

Par ailleurs, la seule affirmation que les calculs auxquels se livre la requérante dans sa requête "sont à la base du calcul dans tout système informatique, et sont parfaitement maîtrisés par tout informaticien" ne suffit pas à démontrer que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que les informations lacunaires fournies dans l'offre étaient insuffisantes pour lui permettre de vérifier si l'offre satisfaisait aux exigences techniques du marché.

A première vue, la partie adverse a par conséquent pu, sans violer les dispositions et principes visés au moyen, conclure que l'offre de la partie requérante était entachée d'une irrégularité substantielle.

Le premier motif de la décision attaquée suffisant à fonder valablement celle-ci, il n'y a pas lieu d'examiner la critique adressée à l'égard du second motif de cette décision.

Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

B. Seconde branche

Dans le cadre d'une adjudication ou d'un appel d'offres, un soumissionnaire dont l'offre a été jugée à juste titre irrégulière est, en principe, sans intérêt à demander l'annulation de la désignation de l'attributaire du marché. En effet, une telle annulation n'est, en principe, pas de nature à lui permettre de retrouver une chance de se voir attribuer le marché litigieux, son offre étant irrégulière. Il n'en va autrement que si l'un ou plusieurs des moyens sont susceptibles d'établir que le marché ne pouvait de façon régulière être attribué à aucun des soumissionnaires, dont l'attributaire du marché, en sorte que le requérant retrouverait une possibilité de se voir attribuer le marché si le pouvoir adjudicateur décidait de lancer une nouvelle procédure d'attribution.

En l'espèce, il ressort de l'examen de la première branche du moyen que la partie adverse a valablement pu constater l'irrégularité de l'offre de la partie requérante. Par ailleurs, celle-ci critique l'acte attaqué en ce qu'il déclare l'offre de partie intervenante régulière et lui attribue le marché public litigieux, mais ne soutient nullement dans sa requête que les autres offres déclarées régulières ne pouvaient pas l'être. Il s'ensuit qu'en toute hypothèse, la partie requérante ne tirerait aucun avantage du constat éventuel de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire, le marché ne pouvant lui être attribué et la partie adverse ayant la possibilité de l'attribuer à un soumissionnaire dont la régularité de l'offre n'est pas contestée.

Le moyen est, par conséquent, irrecevable pour défaut d'intérêt en sa seconde branche.

VI. CONFIDENTIALITE

La partie adverse produit à titre confidentiel les offres de la requérante, celle de la partie intervenante le rapport d'attribution non "anonymisé" et un tableau extrait de l'offre de la requérante (pièces 1 à 4 du dossier administratif confidentiel). Elle demande que la confidentialité de ces pièces soit maintenue. La partie intervenante demande également que soit maintenue la confidentialité de certaines pièces de son offre (pièces 6 et 7 de son dossier de pièces).

La partie requérante ne s'oppose pas à ces demandes.

La communication de ces pièces n'étant, à ce stade, pas indispensable pour satisfaire aux exigences d'une protection juridique effective et au respect des droits de la défense des parties au litige, il y a lieu d'en maintenir la confidentialité.

Par ailleurs, il s'impose également de déclarer d'office comme confidentielle l'offre que la partie requérante dépose en pièce 4 de son dossier de pièces.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société HITACHI DATA SYSTEMS BELGIUM est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La pièce 4 du dossier de pièces de la partie requérante, les pièces 1 à 4 du dossier administratif confidentiel et les pièces 6 et 7 du dossier de pièces de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
deux février deux mille seize par :

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.