

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

**LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS
SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

A R R Ê T

n° 242.234 du 30 août 2018

A. 225.883/VI-21.296

En cause :

- 1. la société privée à responsabilité limitée
AFINIT CONSULTING,**
- 2. la société anonyme ANAIS SOFTWARE SERVICES,**

ayant élu domicile chez
M^e Thomas CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles,

contre :

le Centre d'Informatique pour la Région Bruxelloise,
en abrégé CIRB,

ayant élu domicile chez
M^{es} Frank JUDO et Aurélien VANDEBURIE, avocats,
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles,

Parties requérantes en intervention :

- 1. la société privée à responsabilité limitée BUSINESS &
SYSTEMS INTEGRATION,**
 - 2. la société anonyme DEVOTEAM,**
 - 3. la société anonyme FUJITSU TECHNOLOGY
SOLUTIONS**
- formant ensemble le Consortium "BDF"

ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 août 2018, la société privée à responsabilité limitée AFINIT CONSULTING et la société anonyme ANAIS SOFTWARE SERVICES demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution des décisions qui:

" - Déclare leur offre irrégulière pour les lots 1, 2, 3, 4 et 22 du marché public

- relatif à l'assistance informatique pour le Centre d'informatique pour la Région bruxellois «conclusion d'un accord cadre pour les besoins» du CIRB et de sa centrale d'achat;
- attribue ces lots à d'autres soumissionnaires; dont les requérantes ne connaissent pas l'identité".

II. Procédure

Par une ordonnance du 13 août 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 août 2018.

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

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

Par une requête introduite le 24 août 2018, la société privée à responsabilité limitée BUSINESS & SYSTEMS INTEGRATION, la société anonyme DEVOTEAM et la société anonyme FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS (formant ensemble le consortium "BDF") demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Thomas CAMBIER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^e Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour les parties requérantes en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

Le 12 décembre 2017 est paru au Bulletin des Adjudications un avis de marché en vue de la conclusion d'un accord-cadre pour les besoins du Centre d'Informatique pour la Région Bruxelloise et de sa centrale d'achat.

Cet avis précise que le marché comporte 22 lots et qu'il est attribué par une centrale d'achat.

L'avis de marché a également été publié au Journal Officiel de l'Union Européenne en date du 15 décembre 2017.

Deux avis rectificatifs ont été publiés au Bulletin des Adjudications les 20 décembre 2017 et 12 janvier 2018 et au Journal Officiel de l'Union Européenne les 23 décembre 2017 et 16 janvier 2018.

Le 14 février 2018, le "Consortium 5thAAC" - aussi présenté sous la dénomination "Consortium 5thAA" - a déposé une offre pour les lots 1, 2, 3, 4 et 22.

Le 16 juillet 2018, la partie adverse a déclaré cette offre irrégulière au terme du raisonnement suivant:

- " 8.1. L'offre du groupement d'opérateurs économiques formé par AfinIT Consulting avec 5Th Floor Software, Cream Consulting, Anaïs Digital :
- L'article 38 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après, «AR Passation»), stipule que, conformément à l'article 73 de la loi du 17 Juin 2016 relative aux marchés publics, lors du dépôt des demandes de participation et/ou des offres, les candidats ou les soumissionnaires produisent le DUME.
- L'article 75 de l'AR Passation prévoit que le pouvoir adjudicateur peut, lorsqu'il est fait usage de la procédure ouverte pour un marché dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, procéder au contrôle des offres après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du DUME.
- L'article 76 de l'AR Passation prévoit, par ailleurs, que le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres et que celle-ci peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Le non-respect de l'exigence visée à l'article 38 de l'AR Passation constitue, en vertu de ce même texte, une irrégularité réputée substantielle (article 76 § 1, alinéa 4, 2^o AR Passation).
- Conformément à l'article 76 § 3 AR Passation, lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.
- En outre, lorsque plusieurs opérateurs économiques participent ensemble à une procédure ouverte pour laquelle, en application de l'article 38 et 40 de l'AR Passation, un DUME doit être produit, chacun d'entre eux est soumis à l'obligation de produire un DUME distinct. En effet, l'article 40 du Rapport fait au Roi sur l'AR

Passation, stipule que « lorsqu'un groupement d'opérateurs économiques participe conjointement à la procédure de passation d'un marché, un DUME distinct indiquant les informations requises dans les parties II à V du DUME doit être remis pour chacun des opérateurs économiques participants».

Lors du dépôt électronique de l'offre, la société Cream Consulting, un des participants au groupement d'opérateurs économiques, n'a pas fourni de DUME conformément à l'article 38 AR Passation et à l'article 40 AR Passation.

Conformément à l'article 76 § 1, alinéa 4, 2° AR Passation, le non-respect de l'exigence visée à l'article 38 AR Passation constitue une irrégularité réputée substantielle. En l'espèce, le groupement d'opérateurs économiques remet une offre irrégulière. Elle est donc nulle et dès lors, écartée sur base de l'article 76 § 1 et § 3 AR Passation.".

Cette décision a été notifiée par extrait par un courrier daté du 26 juillet 2018. Il s'agit du premier acte attaqué.

La partie adverse a attribué les lots 1, 2, 3, 4 et 22 aux soumissionnaires suivants :

- lot 1:
 - 1. Cronos Public Services
 - 2. BuSi
 - 3. CGI Belgium NV
 - 4. NSI IT Software Services SA
- lot 2:
 - 1. BuSi
 - 2. Centran
 - 3. Cronos Public Services
 - 4. CSC Computer Sciences
- lot 3:
 - 1. TIPIK Communication Agency
 - 2. Centran
 - 3. NSI IT Software Services SA
 - 4. BuSi
- lot 4:
 - 1. TIPIK Communication Agency
 - 2. Contraste Europe
 - 3. Business Decision Benelux
 - 4. Ordina Belgium
- lot 22:
 - 1. BuSi
 - 2. Cronos Public Services
 - 3. CSC Computer Sciences
 - 4. Ordina Belgium

Il s'agit du second acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 août 2018, la société privée à responsabilité limitée BUSINESS & SYSTEMS INTEGRATION, la société anonyme DEVOTEAM et la société anonyme FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS, formant ensemble le consortium "BDF", demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaires des lots 1, 2, 3 et 22 du marché public litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse des parties

La partie adverse soutient que le recours n'a pas été introduit par tous les membres de l'association momentanée ayant déposé l'offre litigieuse. Elle explique que celle-ci a été remise par le "Consortium 5TH AAC", qui n'est pas formé que des requérantes puisque l'offre précise "le Consortium 5TH AAC formé par les sociétés Anaïs Digital, AfinIT Consulting et 5thFloor Software pose sa candidature pour les lots 1, 2, 3, 4, et 22". Elle constate que le DUME remis par la société 5thFloor Software indique que cette société agit conjointement aux requérantes et à la société Cream Consulting dans la participation à ce marché et qu'il en va de même dans le DUME de la société Anaïs Digital. Elle observe également que l'annexe 1 à l'offre établit également que tant les requérantes que la société 5th Floor Software et la société Cream Consulting sont membres du consortium ayant déposée l'offre.

La partie adverse relève que la demande de suspension n'a été introduite que par les deux sociétés requérantes lesquelles indiquent, dans leur requête, agir en société momentanée, mais que ces deux sociétés n'établissent pas qu'elles disposent du droit de représenter en justice, seules, le consortium qui a déposé l'offre litigieuse. Elle note également que les requérantes n'indiquent même pas en quelle qualité elles interviennent (personnellement ou au nom du consortium ayant déposé l'offre).

Elle rappelle que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, les associations momentanées ne peuvent agir que lorsque la procédure est intentée par tous les membres de l'association, et non uniquement par certains de ces membres. Elle en déduit que la demande de suspension est irrecevable en raison de la seule présence des deux sociétés AfinIT et Anaïs Digital.

La partie intervenante indique ne pas être en mesure de vérifier les informations mentionnées par la partie adverse dès lors qu'elle n'a pas accès à l'offre et invite le Conseil d'État à procéder aux vérifications nécessaires.

Lors de l'audience du 27 août 2018, les requérantes ont exposé que l'offre n'était signée ni par la société anonyme Cream Consulting, ni par la société privée à responsabilité limitée 5thFloor Software et ont souligné que l'offre mentionne en pages 10 la présence de deux participants qui signent l'offre et la présence de deux sous-traitants qui n'ont donc pas la qualité de soumissionnaire. Elles expliquent qu'elles ont seules déposé un modèle de soumission et signé l'offre et qu'elles ne sont, dès lors, que deux à avoir déposé offre en association momentanée.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'offre litigieuse est présentée en page 117 comme signée par la gérante de la société AfinIT Consulting et par le gérant de la société Anaïs Digital et contient des modèles de soumission de la société privée à responsabilité limitée AfinIT Consulting et de la société privée à responsabilité limitée Anaïs Digital s'engageant sur leurs biens meubles et immeubles. Si ces documents tout comme la présentation figurant en page 9 de l'offre mentionnent que la société Anaïs Digital revêt la forme d'une société privée à responsabilité limitée, d'autres documents joints à celle-ci (statuts, comptes annuels, attestation d'assurance responsabilité civile) semblent identifier Anaïs Digital à la société anonyme Anaïs Software Services. L'offre présente ici une certaine ambiguïté puisqu'à de multiples autres endroits, elle se réfère à l'expérience de la société Anaïs Digital qu'elle présente comme une société privée à responsabilité limitée. Dès lors que le même numéro d'entreprise est utilisé tant pour Anaïs Digital que pour Anaïs Software Services, il peut être admis *prima facie* que l'offre est ici notamment déposée par la société anonyme Anaïs Software Services dont "Anaïs Digital" est la dénomination commerciale et que la référence à une société privée à responsabilité limitée relève d'une erreur matérielle.

Si l'offre est présentée en page 117 comme signée par les sociétés AfinIT Consulting et Anaïs Digital, elle est clairement déposée au nom d'un "Consortium" qui est présenté parfois sous la dénomination "Consortium 5THAAC" ou sous celle de "Consortium 5THAA".

L'offre titrée "OFFRE du Consortium 5th AAC" indique "le consortium 5TH AA formé par les sociétés Anaïs Digital, AfinIT Consulting et 5thFloor Software pose sa candidature pour les lots 1, 2, 3, 4, et 22 " et précise "le consortium sera géré par AfinIT Consulting d'un point de vue administratif et financier (...), interlocuteur

unique du CIRB" (p. 7). La page 9 de l'offre identifie clairement le soumissionnaire comme étant le "Consortium 5Th AA". De même, l'offre comporte le passage suivant:

" Engagement du consortium

Le soumissionnaire s'engage à exécuter le présent marché conformément aux dispositions et aux modalités du présent cahier spécial des charges.

Mandat de gestion des partenaires du consortium, voir annexe N°5 (Cf. Extrait du Moniteur belge).

Les membres du consortium seront solidairement responsables afin de garantir la bonne fin d'exécution des missions et du marché."

Les fiches de prix contenues dans l'offre identifient également le soumissionnaire comme "5th AAC" et font état de l'expertise du "Consortium 5th AA" (pages 18, 41, 55, 74 et 103 de l'offre). De même, l'annexe 2.1 intitulée "méthodologies de développement logiciel supportées par nos équipes" fait clairement état des méthodes, conditions et modalités dans lesquelles le consortium s'engage à réaliser les prestations.

Malgré cette dénomination de "Consortium 5th AA" ou de "Consortium 5th AAC", il ne s'agit pas d'un consortium au sens de l'article 10 du Code des sociétés. Les requérantes exposent d'ailleurs dans leur demande de suspension qu'elles ont déposé leur offre en société momentanée.

Il convient, dès lors, de déterminer quelles sont les sociétés qui composent ce "consortium" et qui ont donc déposé l'offre.

La thèse de la requérante selon laquelle il convient d'avoir égard pour ce faire uniquement aux modèles de soumission et à la signature de l'offre ne peut être suivie.

Il est exact que l'offre ne contient que deux modèles de soumission et qu'elle n'est présentée en page 117 que signée par les seules requérantes. Le rapport d'ouverture des offres indique, toutefois, que l'offre a été déposée par AfinIT Consulting et signée par l'administrateur délégué de la société anonyme Anaïs Software Services. Or, si le dossier administratif contient un mandat autorisant la gérante de la société privée à responsabilité AfinIT Consulting à signer l'offre pour la société anonyme Anaïs Software Services, il ne contient aucun mandat en sens inverse autorisant l'administrateur de la seconde requérante à signer l'offre pour la première requérante et les requérantes n'en ont produit aucun à l'audience. À s'en tenir, dès lors, à la signature de l'offre telle qu'elle ressort du rapport d'ouverture, l'offre n'a été signée que par la seconde requérante qui serait seule soumissionnaire ce qui n'est

nullement ce qui est soutenu par les requérantes. La signature de l'offre présente, dès lors, une ambiguïté et entre, en outre, en contradiction avec des passages explicites de l'offre concernant les sociétés qui déposent l'offre litigieuse.

L'offre mentionne, en effet, que le "consortium" soumissionnaire est "formé par les sociétés Anaïs Digital, AfinIT Consulting et 5thFloor Software" et que la société Cream consulting sera sous-traitant (p. 7). Même si un passage présente la société privée à responsabilité limitée 5ThFloor Software comme sous-traitant (p. 10), cette société est bien présentée dans l'offre, de manière assez constante, comme un membre du "consortium" soumissionnaire. Outre le passage précité, elle est, en effet, présentée comme membre du "consortium" en page 119 et son chiffre d'affaires est pris en compte dans le chiffre d'affaires global (p. 13). De même, le document unique de marché européen (DUME) déposé par la société 5thFloor Software comporte le passage suivant :

- " L'opérateur économique participe-t-il à la procédure de passation de marché avec d'autres?
●Oui
○Non
- Veuillez à ce que les autres parties concernées fournissent un formulaire DUME distinct.
- a) Veuillez préciser le rôle de l'opérateur économique au sein du groupement d'opérateurs économiques (chef de groupe, responsable de l'exécution de tâches spécifiques, etc.):
Responsable de l'exécution des tâches dans le lot 2 et 22 et de certaines tâches dans les autres lots. Partenaire du consortium 5THAAC.
- b) Veuillez désigner les autres opérateurs économiques participant conjointement à la procédure de passation de marché:
AfinIT Consulting SPRL, Cream Consulting SA, ANAIS Software Services SA (AnAIS DIGITAL)
- c) Le cas échéant, nom du groupement participant:
5THAAC".

Un passage comparable se retrouve dans le DUME déposé par la seconde requérante qui s'y présente aussi comme un "partenaire du consortium 5THAAC" et qui y mentionne notamment "5th Floor Software SPRL" comme autre opérateur économique participant conjointement à la procédure de passation de marché. La société privée à responsabilité limitée 5th Floor Software est donc présentée dans ces deux documents comme participant à l'offre de la même manière que la seconde requérante. Le DUME de la seconde requérante mentionne également que l'opérateur économique n'a pas l'intention de sous-traiter une partie du contrat à des tiers, ce qui implique que, selon la seconde requérante elle-même, la société privée à responsabilité limitée 5th Floor Software n'est pas un sous-traitant.

Au regard de ces éléments et indépendamment de la nature de la

participation de la société anonyme Cream Consulting à l'offre, il est permis de considérer *prima facie* que l'offre litigieuse a été déposée au moins au nom de trois sociétés.

Dans une telle hypothèse, ce n'est qu'en agissant ensemble que les sociétés qui ont déposé offre ont la qualité de soumissionnaire, ce qui implique qu'un recours au Conseil d'État ne peut être valablement introduit que par toutes les sociétés qui forment ce soumissionnaire et non par une ou plusieurs de celles-ci, sauf pacte de représentation dans une convention de société momentanée, non invoqué en l'espèce.

N'étant pas introduite par la société privée à responsabilité limitée 5thFloor Software, la demande de suspension est irrecevable.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande la confidentialité pour l'offre des requérantes, pour les DUME des soumissionnaires des lots 1, 2, 3, 4 et 22 ainsi que pour la décision d'attribution dans son intégralité de manière à assurer une saine concurrence. La requérante formule la même demande pour son offre telle qu'elle est déposée par la partie adverse de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises.

Dès lors que ces demandes de maintien de confidentialité n'ont pas été contestées et que la divulgation de ces pièces sur lesquelles elles portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

VII. Dépens

La partie adverse demande que les parties requérantes soient condamnées aux dépens ainsi qu'aux frais de la procédure. Elle ne demande, par contre, pas d'indemnité de procédure.

Il y a lieu de faire droit à cette demande relative aux dépens et frais de la procédure.

Par une lettre recommandée du 14 août 2018, le greffe du Conseil d'État a invité la société anonyme NSI IT Software Services à intervenir dans la procédure et à payer les droits de rôle. La société anonyme NSI IT Software Services a payé, le 17 août 2018, la somme de 150 euros. L'article 70, § 2, alinéa 1^{er} du Règlement général de procédure précise que "donnent lieu au paiement d'un droit de 150 euros,

les requêtes en intervention introduites dans les litiges visés au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o". Aucune requête en intervention n'a, toutefois, été introduite. Il y a dès lors lieu d'ordonner le remboursement de la somme de 150 euros à la société anonyme NSI IT Software Services.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée BUSINESS & SYSTEMS INTEGRATION, la société anonyme DEVOTEAM et la société anonyme FUJITSU TECHNOLOGY SOLUTIONS, formant ensemble le consortium "BDF" est accueillie.

Article 2.

Les pièces portant les numéros 1 à 3 de la partie confidentielle du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

La somme de 150 euros versée par la société anonyme NSI IT Software Services sera remboursée à celle-ci par le service désigné au sein du Service public fédéral des Finances compétent pour encaisser les droits au Conseil d'État.

Article 7.

La contribution prévue à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, liquidée à la somme de 40 euros est mise à charge des parties requérantes.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 850 euros, sont également mis à charge des parties requérantes à concurrence de 400 euros et à charge des parties intervenantes à concurrence de 450 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le trente août deux mille dix-huit par :

M ^{mes} Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie ROBA.

Nathalie VAN LAER.