

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

A R R Ê T

n° 243.687 du 14 février 2019

A. 227.176/VI-21.400

En cause : **la société anonyme NETWORK RESEARCH BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
M^e Laura MERODIO, avocat,
boulevard Emile de Laveleye 64
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^{es} François VISEUR, Louise LAPERCHÉ et Véronique
VANDEN ACKER, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 janvier 2019, la société anonyme NETWORK RESEARCH BELGIUM demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision motivée d'attribution pour le contrat d'exécution M024/15-2017-11-DGO1 (OMEGA) adoptée par la partie adverse le 7 décembre 2018, notifiée à la requérante par plis des 27 décembre 2018 et 8 janvier 2019".

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 janvier 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} février 2019 à 10 heures.

Par des courriers du 22 janvier 2019, l'affaire a été remise à l'audience du 7 février 2019 à 10 heures 45.

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

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

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

M^e Laura MERODIO, avocat, et M. Laurent WARICHET, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} François VISEUR, Louise LAPERCHE, avocats, et M^{me} Laura DESSALES, attaché, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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

Au cours de l'année 2015, la partie adverse a lancé un marché de services visant à la conclusion d'un accord-cadre avec un maximum de 5 soumissionnaires et relatif à l'analyse et à la mise en place de nouvelles solutions logicielles pour le service public de Wallonie. Le 3 juin 2016, la partie adverse a attribué le lot 2 de cet accord cadre portant sur "le développement de nouvelles solutions logicielles nécessaires au SPW et le développement d'évolutions significatives sur des solutions logicielles existantes au SPW, sur la maintenance évolutive relative à ces développements ainsi que sur le support et la petite maintenance relatifs à ces développements" à cinq sociétés.

Par des courriers électroniques du 2 octobre 2017, la partie adverse a, en exécution de cet accord-cadre, communiqué à ces cinq sociétés le cahier spécial des charges relatif au marché pour le développement d'une nouvelle application pour prendre en charge les flux de données générés par la partie "exécution" des marchés publics. Ce cahier spécial des charges précise que les offres doivent être déposées pour le vendredi 27 octobre 2017 à 14 heures.

Le délai pour déposer offre a été repoussé au 6 novembre 2017 à 14 heures, puis au 30 novembre 2017 à 14 heures avant d'être définitivement fixé au 4 décembre 2017 à 14 heures.

Les sociétés DXC Technology Belgium (ci-après DXC), Network Research Belgium s.a. (ci-après NRB) et NSI IT Software & Service (ci-après NSI) ont déposé offre.

Le 7 décembre 2018, la Ministre de l'Action sociale, de la Santé, de l'Egalité des chances, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne a décidé de déclarer les offres des sociétés NSI et NRB matériellement irrégulières et d'attribuer le marché à la société DXC. Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision a été notifiée aux trois soumissionnaires par des courriers datés du 27 décembre 2018. Toutes les pages de la décision attaquée n'ayant pas été ainsi communiquées, une nouvelle notification a été effectuée par des courriers datés du 11 janvier 2019.

IV. Troisième moyen

IV.1. Thèses des parties

La requérante prend un troisième moyen de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et de services, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des exigences du cahier spécial des charges de l'accord-cadre, des exigences du cahier spécial des charges du contrat d'exécution OMEGA, des principes de bonne administration, du principe de transparence, du principe d'égalité de traitement, des droits de la défense, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle développe ce moyen de la manière suivante :

" EN CE QUE l'acte attaqué est motivé laconiquement en ce qui concerne la régularité de l'offre de la société DXC, ainsi que concernant le fait qu'elle rencontre bien les exigences de la partie adverse.

L'acte attaqué est motivé comme suit :

« Considérant que le pouvoir adjudicateur n'a décelé dans l'offre remise par la société DXC aucune non-conformité à une exigence essentielle des documents du marché ;

Considérant que cette offre rencontre les attentes du pouvoir adjudicateur tant en termes de prix et de délai que de couverture des exigences fonctionnelles et des exigences d'architecture, de sécurité et d'exploitation».

Cette motivation est insuffisante puisqu'elle ne permet pas d'apprécier la régularité notamment matérielle de l'offre de la société DXC.

En particulier, l'offre de la société NSI a été écartée au motif qu'elle ne rencontrait pas certaines exigences indispensables, puisque l'offre remise était laconique et ne fournissait pas les éléments concrets permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier que la solution proposée rencontrait bien lesdites exigences indispensables.

Cette décision relevant d'un large pouvoir d'appréciation de la partie adverse, le corolaire est une exigence élevée au regard de la motivation formelle et adéquate.

Cette exigence de motivation inclut, parallèlement, le fait de justifier que la seule offre considérée comme matériellement régulière répond aux exigences indispensables et que les solutions proposées par DXC sont compatibles avec lesdites exigences.

Pour vérifier la régularité de l'offre de DXC, il convient qu'elle soit produite dans le cadre de la présente procédure en vue d'assurer le respect du droit à un procès équitable et des droits de la défense, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013.

Le moyen est sérieux".

La partie adverse répond ce qui suit :

" [...] Comme déjà exposé, l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'est pas applicable, en tant que tel, aux procédures négociées.

Votre Conseil a cependant rappelé que :

« Il n'en reste pas moins que, même dans une procédure négociée, les candidatures doivent être conformes au cahier spécial des charges et aux prescriptions qui y sont contenues et que le fait de maintenir une candidature irrégulière dans la procédure négociée, de même que le fait d'écarter à tort une candidature alors que celle-ci est régulière, sont contraires au principe d'égalité entre candidats soumissionnaires, au principe de transparence et au principe *patere legem quam ipse fecisti*, principes également invoqués à l'appui du moyen unique de la requête. En conséquence, la question de savoir si la candidature des requérantes devait ou non être écartée pour irrégularité substantielle doit être examinée à l'aune du cahier spécial des charges et des principes qui viennent d'être invoqués» (C.E., arrêt n° 237.283 du 3 février 2017 C.F.E. c./ SLRB).

En ce qui concerne l'obligation de motivation formelle de la décision d'attribution, Votre Conseil a rappelé que :

« L'obligation de motivation formelle à laquelle est tenu le pouvoir adjudicateur répond à une double exigence: elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un

acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce» (C.E., arrêt n° 236.383 du 9 octobre 2016 [...]).

Il est de jurisprudence constante que la motivation peut être plus succincte lorsque l'examen de régularité d'une offre n'a pas posé de difficulté particulière. Votre Conseil l'a notamment affirmé dans un arrêt n° 227.960 du 2 juillet 2014 :

« La décision par laquelle la partie adverse considère comme régulières les offres des sociétés LAURENTY et CARO-MAINTENANCE, sans que les prix qui y étaient proposés lui soient parus anormaux, ne devait pas faire l'objet d'une motivation spéciale. En tant qu'il invoque la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le moyen ne peut être tenu pour sérieux».

[...] En l'espèce, la décision d'attribution attaquée mentionne ce qui suit :

« Considérant que le pouvoir adjudicateur n'a décelé dans l'offre remise par la société DXC aucune non-conformité à une exigence essentielle des documents du marché ;

Considérant que cette offre rencontre les attentes du pouvoir adjudicateur tant en termes de prix et de délai que de couverture des exigences fonctionnelles et des exigences d'architecture, de sécurité et d'exploitation» (pièce 7).

Ces motifs suffisent à démontrer que le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification de la régularité de l'offre de DXC et que cet examen n'a révélé aucune difficulté particulière.

Il n'appartenait pas au pouvoir adjudicateur de motiver d'avantage dans quelle mesure cette offre était effectivement régulière (voy. C.E., arrêt n° 241.347 du 27 avril 2018).

En tout état de cause, la partie adverse joint au dossier administratif, en tant que pièce confidentielle, ladite offre, permettant à Votre Conseil de constater qu'elle ne présente aucune non-conformité au cahier spécial des charges, que ce soit en ce qui concerne les exigences qualifiées d'«indispensables» ou que ce soit en matière d'option obligatoire.

[...] La partie adverse ne peut, cependant, soumettre à la contradiction l'offre de DXC, étant tenu d'en préserver la confidentialité. En effet, l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dispose :

« Le pouvoir adjudicateur et toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de renseignements confidentiels relatifs à un marché ou qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché, communiqués par les candidats, soumissionnaires, entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, ne divulguent aucun de ces renseignements. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres».

Il n'est pas contestable que toutes les offres sont protégées par le secret des affaires et doivent rester confidentielles, y compris celle de l'adjudicataire.

Particulièrement, si la procédure en cause venait à être invalidée par le présent recours et que le pouvoir adjudicateur devait relancer un nouveau marché ayant le même objet, il faut absolument éviter que les différents soumissionnaires puissent avoir accès aux offres concurrentes et puissent, dès lors, adapter leurs offres compte tenu des informations confidentielles dont elles auraient eu connaissance dans le cadre de la présente procédure.

Cela fausserait la concurrence entre les différents candidats, raison pour laquelle la confidentialité des offres et des éléments concurrentiels qu'elles contiennent doit, à tout prix, être maintenue".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'acte attaqué examine l'offre de la société DXC de la manière suivante :

- " Considérant que le pouvoir adjudicateur n'a décelé dans l'offre remise par la société DXC aucune non-conformité à une exigence essentielle des documents du marché;

Considérant que cette offre rencontre les attentes du pouvoir adjudicateur tant en termes de prix et de délai que de couverture des exigences fonctionnelles et des exigences d'architecture, de sécurité et d'exploitation".

Une décision positive qui constate la régularité d'une offre, sans que l'examen de sa régularité ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre. Pour admettre une telle motivation plus succincte, encore faut-il que le pouvoir adjudicateur n'ait précisément pas été confronté à une difficulté, qui le contraindrait alors à expliciter davantage les raisons pour lesquelles il a estimé que l'offre était régulière au regard cette difficulté.

En l'espèce, le cahier spécial des charges prévoit, en ce qui concerne les options, ce qui suit :

" 1.8 Options

Certaines exigences décrites dans le cahier des exigences sont à formuler sous forme d'option obligatoire. Pour chacune de ces exigences optionnelles, le prestataire mentionnera le plan de charge, le prix et le timing de réalisation.

Les exigences suivantes sont des options obligatoires :

EV001 Migration des données".

L'offre de la société DXC contient un plan de charge sous forme de tableau dont une ligne est consacrée aux services EV. Ce tableau ne comporte, toutefois, aucune ligne spécifique au poste EV001 "Migration des données". Invitée à l'audience à s'expliquer sur cette question, la partie adverse a indiqué que cette offre ne contenait effectivement pas de plan de charge spécifique à l'option obligatoire mais qu'il était difficile pour ce soumissionnaire de donner un tel plan de charge compte

tenu "du choix d'action posé par ce soumissionnaire". Une telle explication ne ressort pas du dossier administratif et ne figure pas davantage dans l'acte attaqué.

Lors de l'audience du 7 février 2019, la partie adverse n'a pu, par ailleurs, indiquer les pages de l'offre de la société DXC qui contiendraient le timing de réalisation prévu au point 1.8 du cahier spécial des charges.

Rien, à la lecture de l'acte attaqué, ne permet de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a, malgré l'absence d'un timing de réalisation et d'un plan de charge spécifique à la migration des données, pu conclure à la régularité de l'offre de la société DXC. Cette indigence dans la motivation formelle sur ce point précis de l'acte attaqué interpelle d'autant plus qu'il ne peut être soutenu – au vu des circonstances de la cause – que la régularité de cette offre ne présentait aucune difficulté.

Les considérations qui précèdent imposent, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, de décider que dans la mesure où il dénonce le défaut de motivation de l'acte attaqué en tant que la partie adverse décide de déclarer régulière l'offre de la société DXC, le troisième moyen est sérieux.

V. Confidentialité

La partie adverse sollicite la confidentialité des offres déposées par les soumissionnaires afin de préserver le secret des affaires. Il s'agit des pièces A à C de la partie confidentielle du dossier administratif. La requérante a également déposé son offre sans, toutefois, demander le bénéfice de la confidentialité. Il s'agit de la pièce 6 du dossier déposé par la requérante.

A la suite d'une mesure d'instruction menée par Monsieur le Premier auditeur DELVAX, la partie adverse a déposé un tableau d'analyse de la régularité des offres. Elle demande la confidentialité de cette pièce qu'elle qualifie de "documents de travail". Au cours de l'audience du 7 février 2019, la partie adverse a expliqué qu'elle avait demandé la confidentialité de cette pièce, car elle pouvait contenir des éléments des offres susceptibles de relever du secret des affaires. Elle a, toutefois, indiqué que le passage de l'analyse de l'offre de DXC Technology Belgium concernant le point EV001 n'était pas confidentiel.

Dès lors que la divulgation des pièces pour lesquelles la confidentialité a été demandée n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité. Il y a lieu d'étendre ce régime à la pièce 6 du dossier déposé par la requérante qui correspond à la pièce B de la partie du dossier administratif déposée à titre confidentiel.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise par la Région wallonne le 7 décembre 2018 attribuant le contrat d'exécution M024/15-2017-11-DGO1 (OMEGA) à la société DXC TECHNOLOGY BELGIUM est ordonnée.

Article 2.

Les pièces A à C de la partie confidentielle du dossier administratif, le tableau d'analyse de la régularité des offres déposé par la partie adverse - à l'exception du passage de l'analyse de l'offre de DXC Technology Belgium concernant le point EV001 - ainsi que la pièce 6 du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le quatorze février deux mille dix-neuf par :

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Nathalie VAN LAER.