

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° 245.297 du 12 août 2019

A. 228.637/VI-21.539

En cause : **la société anonyme ENGIE FABRICOM,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL
et Christophe DUBOIS, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

contre :

la Zone de police de Bruxelles-Capitale-Ixelles,
ayant élu domicile chez
M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat,
place de Jamblinne de Meux 41
1030 Bruxelles.

Parties intervenantes

1. **la société anonyme SECURITAS,**
2. **la société anonyme JACOPS,**
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Sophie BLEUX et
Kris WAUTERS, avocats,
chaussée de La Hulpe 187
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 18 juillet 2019, la société anonyme (S.A.) ENGIE FABRICOM demande, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision prise le 11 avril 2019 par le collège de police de Bruxelles-Capitale-Ixelles, aux termes de laquelle l'offre de la S.A. ENGIE FABRICOM a été déclarée irrégulière et le marché a été attribué à la société momentanée JACOPS-SECURITAS.

II. Procédure

Par une ordonnance du 22 juillet 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 août 2019 à 10 heures 30.

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

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 5 août 2019, les S.A. SECURITAS et JACOPS demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

M^{me} Diane DÉOM, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^{es} Christophe DUBOIS et Sophie JACQUES, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Sophie BLEUX et Kris WAUTERS, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, 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. Faits

1. En sa séance du 11 septembre 2018, le conseil de police de la zone Bruxelles-Capitale-Ixelles décide de lancer un marché public portant sur "l'acquisition de caméras de surveillance sur la voie publique avec un contrat d'entretien pendant 36 mois". La procédure de passation choisie est la procédure ouverte prévue par l'article 36 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. L'estimation du montant du marché s'élève à 5.000.000 € HTVA.

Le cahier spécial des charges (n° ZP/18/000.110/DFC) décrit comme suit l'objet du marché :

- " Le marché a pour objet :
- la fourniture, le placement et la mise en service de caméras sur le territoire de la zone de police Bruxelles CAPITALE Ixelles;

- la transmission des données des images des caméras conformément aux exigences stipulées dans le cahier spécial des charges;
- la maintenance des caméras et du système de transmission des données pendant 36 mois;
- comme options exigées :
 - la fourniture, le placement et la mise en service d'un système d'enregistrement et d'un logiciel d'analyse de ces images conformément aux exigences stipulées dans le cahier spécial des charges avec toutes les licences nécessaires à cette fin;
 - la maintenance du système d'enregistrement pendant 36 mois".

Au titre des spécifications pour la transmission des images des caméras vers les "points nodaux locaux", il est prévu ce qui suit (page 46) :

- " La transmission des images et des données doit satisfaire aux critères minimaux suivants :
- [...]
 - L'exclusivité du support utilisé : le support de transmission ne pourra être utilisé que par la zone de police. Exemple : pas de sharing avec d'autres entreprises sur la fibre de verre".

2. Le 27 décembre 2018, la S.A. ENGIE FABRICOM et la société momentanée JACOPS-SECURITAS déposent leurs offres, auxquelles s'ajoute l'offre de la S.A. NEXTEL.

3. Après une première analyse des offres, le collège de police décide le 14 janvier 2019 d'attribuer le marché à la S.A. NEXTEL. Cette décision est transmise à l'autorité de tutelle.

4. Par un courrier du 19 mars 2019, l'autorité de tutelle attire l'attention du pouvoir adjudicateur notamment sur les points suivants :

- " L'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise que sont réputées substantielles les irrégularités relatives au non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché. Il ressort du rapport d'analyse des offres que le soumissionnaire JACOPS SECURITAS propose le prix le plus élevé en grande partie en raison du fait qu'il est le seul soumissionnaire à avoir proposé de la fibre de verre dédiée à la seule zone de police. Or, le cahier spécial des charges précise, en son point 1.2.2. que «la transmission des images et des données doit satisfaire aux critères minimaux suivants : (...) le support ne pourra être utilisé que par la zone de police. Exemple : pas de sharing avec d'autres entreprises sur la fibre de verre». Une telle irrégularité n'ayant pas été constatée et leurs offres respectives ayant été prises en considération, il en découle une violation de l'article 76, § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 susmentionné, du principe d'égalité de traitement tel que repris à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et une motivation inadéquate en fait comme en droit, en contradiction avec l'article 5, 9^o 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 et de concessions.

De plus, l'alinéa 3 de l'article 76 précité, prévoit que «constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues». Or, l'absence, dans l'offre des autres soumissionnaires, de fibre de verre dédiée à la seule zone de police leur permet, suivant le rapport d'analyse des offres, de remettre des prix substantiellement moindres. Il en résulte une impossibilité de comparer ces offres à l'offre du soumissionnaire JACOPS SECURITAS ainsi qu'un avantage discriminatoire au profit des autres soumissionnaires".

5. À la suite de cet avis, le collège de police retire, le 11 avril 2019, sa délibération du 14 janvier 2019.

6. Une nouvelle analyse des offres est réalisée, aux termes de laquelle les offres remises par les soumissionnaires NEXTEL et ENGIE FABRICOM sont jugées non conformes pour les motifs suivants :

" Lors de l'analyse des offres nous constatons que les offres de Nextel et Engie Fabricom sont identiques au niveau du fournisseur du réseau qu'à l'architecture utilisée.

[Le] point 1.2.2 des spécifications mentionne clairement que

« La transmission des images et des données doit satisfaire aux critères minimaux suivants :

- L'exclusivité du support utilisé : le support de transmission ne pourra être utilisé que par la zone de police. Exemple : pas de sharing avec d'autres entreprises sur la fibre de verre».

Nextel et Fabricom élaborons [sic] le nouveau réseau caméra à partir de la même structure que celle qui est actuellement déjà opérationnelle au sein de la Zone de police. Comme stipulé dans le cahier spécial des charges, c'est le réseau fédérateur en fibre optique de 10Gb de la zone de police qui sert ici de base.

Ce réseau fédérateur relie entre eux tous les points nodaux locaux et centraux par le biais d'un double anneau en fibre optique.

Pour la connectivité entre un poteau porte-caméra/boîte de connexion et un point nodal local, c'est la solution E-Line de Telenet qui est proposée. Une E-Line est une solutions Ethernet (layer 2).

Cette solution implique chaque fois des connexions point à point entre un poteau porte-caméra/boîtier de connexion et un point nodal local.

La solution E-Line est constituée de connexions point à point, allant chaque fois d'un poteau porte-caméra/boîtier de connexion à un point nodal local. Sur un point nodal local, plusieurs de ces connexions point à point, venant de différents poteaux porte-caméra/boîtiers de connexion, peuvent être agrégées (de manière transparente) sur une seule interface Ethernet physique, et chaque site distant peut être identifié par son propre ID VLAN.

De la caméra au point nodal local, c'est le backbone MPLS de Telenet qui est utilisé (page 3, annexe 3 de l'étude détaillée).

Le MPLS (Multiprotocol Label Switching) est étroitement lié à l'IP-switching. Le MPLS est une ingénierie du réseau permettant d'envoyer des données sur un

réseau par le biais d'un routage optimal. Les paquets donnés sont munis d'une étiquette portant toutes les informations relatives à la destination finale, de façon à établir clairement d'avance par quel itinéraire les données doivent être envoyées.

En règle générale, un Multiprotocol Label Switching VPN n'est accessible qu'aux utilisateurs disposant des données nécessaires pour établir une connexion. Cependant, ce seul fait ne rend pas les réseaux virtuels imperméables aux accès non autorisés. Dans ce type de réseaux, l'ajout «privé» n'implique pas la «confidentialité» ou le «cryptage», mais simplement que l'on ne peut accéder aux adresses IP utilisées qu'en interne. Sans cryptage supplémentaire, toutes les données sont échangées en clair. Mais la certification ne fournit pas non plus une protection totale, lorsque le trafic internet normal passe par un routeur de transfert («Provider Edge» PE router) entre le réseau MPLS et le LAN du client. Certains risques possibles associés à l'utilisation d'infrastructures MPLS sont énumérés ci-dessous :

- Les paquets MPLS se retrouvent dans le mauvais VPN - les erreurs logicielles et de configuration sont souvent la raison pour laquelle les paquets IP avec des étiquettes MPLS quittent le VPN et deviennent visibles dans un autre réseau. Dans ce cas, le routeur transmet par erreur les paquets à un système non digne de confiance vers lequel existe un chemin IP. En outre, il est possible que des paquets de données avec des labels modifiés (MPLS Label Spofing) puissent être bouclés dans un VPN externe si le Provider Edge Router accepte les paquets correspondants.
- Connexion d'un Provider Edge non autorisé - si différents VNP sont connectés à l'infrastructure MPLS, il y a un risque important qu'un Provider Edge non autorisé soit intégré dans le VPN d'un autre client. Ceci peut être causé par une mauvaise configuration involontaire ou par une attaque ciblée. Matériel et à la mise en œuvre de mesures de sécurité contre les attaques physiques sur les passerelles.

La technique utilisée offre bien la redondance requise (sauf sur la dernière ligne droite entre le poteau porte-caméra et le boîtier de connexion).

L'usage de la technologie MPLS remet partiellement en cause l'exclusivité de l'utilisation de la fibre optique dans la zone.

Le MPLS signifie en effet Multiprotocol Label Switching et est étroitement lié à l'IP-switching.

Le MPLS est une ingénierie de réseau permettant d'envoyer des données sur un réseau par le biais d'un routage optimal. Dans ce contexte, des paquets de données sont munis d'étiquettes portant des informations relatives à la destination finale, de sorte qu'il est clairement établi d'avance par quel itinéraire les données doivent être envoyées (voir plus haut E1 y est présenté comme le moyen de transport exclusif, mais il est encapsulé dans une technologie MPLS qui n'est pas exclusive.

La bande passante d'une E-Line entre la caméra et le point nodal peut être catégorisée de manière flexible, tant qu'une modification de l'interface n'est pas requise. L'ordre de grandeur typique de la bande passante en provenance d'un boîtier de connexion est de 10 à 20Mb/s ou plus. Ces capacités peuvent être aisément modifiées dans une phase ultérieure.

Cette réponse n'est pas vraiment clarifiée dans l'Annexe 3 Définition de l'E-Line. Les différentes possibilités y sont exposées, sans faire aucune distinction entre les caméras Speed Dome et les caméras fixes.

De ce qui précède nous pouvons conclure clairement que les normes minimales demandées dans le cahier des charges ne sont pas remplies au niveau de la mise à disposition exclusive d'une connexion fibre optique qui entre autres ne peut pas être partagé avec des tiers.

Pour cette raison les offres de Nextel et Engie Fabricom ne peuvent pas être retenus comme conformes aux exigences minimales requis[es] par le cahier des charges".

Sur cette base, le collège de police décide, en sa séance du 11 avril 2019, d'écarter les offres des sociétés ENGIE FABRICOM et NEXTEL et d'attribuer le marché à la société momentanée JACOPS-SECURITAS. Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est transmise à l'autorité de tutelle.

8. Par un courrier du 28 juin 2019, l'autorité de tutelle fait savoir à la zone de police que la délibération du 11 avril 2019 est devenue exécutoire par expiration du délai mais formule néanmoins certaines observations.

9. Par un courrier du 3 juillet 2019, expédié le 10 juillet, la société requérante est informée de ce qu'elle n'a pas été retenue comme adjudicataire du marché.

IV. Intervention

Par une requête introduite, le 5 août 2019, par la voie électronique, les S.A. SECURITAS et JACOPS demandent à intervenir dans la procédure.

En tant qu'attributaires 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. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et en particulier de ses articles 4, 66, 83 et 84; de la loi du 17 juin 2013 relatif à la motivation, l'information et aux voies de recours, et en particulier de ses articles 4 et 5; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et en particulier de ses articles 34, 35, 36 et 76; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3; des documents du marché et

en particulier du cahier spécial des charges; des principes de bonne administration et de l'erreur manifeste d'appréciation; et des principes de transparence.

Elle estime justifier de l'intérêt requis au moyen dès lors que s'il devait être reconnu sérieux, il lui conférerait une chance d'être désignée adjudicataire du marché.

Elle constate que le marché a été attribué à l'offre assortie du prix le plus élevé, que ce prix est supérieur de plus de 2,5 millions d'euros à celui de l'estimation du marché et qu'il existe une différence de près de 2.000.000 d'euros entre l'offre retenue et les offres déposées par les deux autres soumissionnaires. Elle rappelle la teneur de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et considère qu'en présence des écarts qu'elle souligne, le pouvoir adjudicateur prudent et minutieux n'aurait pas manqué de procéder à une vérification des prix. Elle invoque divers arrêts dont elle déduit que la partie adverse doit procéder à une vérification effective des prix proposés et pouvoir démontrer que tel a été le cas. Elle constate que l'acte attaqué ne fait pas mention d'une telle vérification et considère que le dossier administratif n'en atteste pas.

B. La note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au moyen, dont l'offre ne satisfaisait pas à une exigence essentielle du cahier spécial des charges. Selon elle, la vérification des prix ne doit concerner que les offres qui ne sont pas écartées pour irrégularités substantielles et la vérification des prix proposés par un soumissionnaire est inutile si son offre doit être écartée parce qu'elle déroge à une exigence minimale du marché. Elle estime que, dans le cas d'espèce, la seule offre régulière était celle de la société momentanée JACOPS-SECURITAS de sorte qu'il n'y avait pas d'écarts importants entre les offres qui étaient en lice, et que dès lors, la jurisprudence citée n'est pas transposable au présent cas.

Elle soutient, pour le surplus, que le prix proposé par le soumissionnaire retenu a fait l'objet d'une vérification à l'occasion de l'examen initial des offres, avant la décision du 14 janvier 2019 qui a été retirée, puisque le passage de ce document relatif à l'examen des critères d'attribution mentionne (traduction libre du néerlandais) :

" Conclusion générale : la différence de prix entre Engie Fabricom, Nextel et Jacops Securitas réside majoritairement dans la partie transmission où Jacops Securitas est seul à prévoir la fibre optique dédiée".

Elle ajoute que le fait de ne pas remettre une offre tenant compte d'une exigence minimale ayant trait à l'exclusivité du support de transmission a eu une incidence évidente sur le processus de comparaison des offres, comme l'a souligné l'autorité de tutelle dans son courrier du 19 mars 2019. À son sens, il ne peut donc être raisonnablement considéré que le prix proposé par la société retenue serait anormalement élevé.

C. La requête en intervention

Les parties intervenantes contestent la recevabilité du recours au motif que la requérante ne développe pas la manière dont le cahier spécial des charges, l'article 66 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 auraient été violés. Elles réfutent le moyen pour le surplus.

Elles rappellent la teneur des articles 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics et affirment que le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire pour déterminer si les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou anormalement hauts. Elles soulignent la distinction entre l'analyse générale des prix, visée par l'article 35 de l'arrêté royal précité, et la procédure formelle d'examen ultérieur visée à l'article 36 du même arrêté. Elles citent divers arrêts dont elles déduisent que le pouvoir adjudicateur, confronté à des prix anormalement élevés, peut adopter une attitude plus souple que dans le cas de prix anormalement bas. Elles affirment qu'il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire qui imposerait au pouvoir adjudicateur d'indiquer explicitement dans le rapport d'analyse ou dans la décision d'attribution qu'un examen a été mené sur des prix anormaux ou d'inclure des considérations particulières quant à l'examen des prix. Selon elles, lorsque l'examen des prix ne révèle aucun problème, celui-ci ne doit pas être détaillé et il suffit qu'il puisse être déduit du rapport ou de la décision d'attribution que la régularité des offres a été prise en compte.

En l'espèce, elles rappellent, comme la partie adverse, la phrase figurant à ce sujet dans le premier rapport d'analyse des offres, et considèrent que, puisque ces motifs n'ont pas été retirés, ils restent pertinents à l'appui de l'acte attaqué. Elles ajoutent que la requérante ne conteste pas que la partie adverse dispose de l'expertise nécessaire pour évaluer les prix et juger que la différence entre les prix proposés résulte de l'exclusivité de la fibre optique dédiée au marché. Elles citent également le courrier de l'autorité de tutelle qui va dans le même sens.

Elles relèvent que, dans le second rapport d'analyse des offres, leur offre est examinée en détail et qu'au 9^{ème} point, qui concerne le prix, seul le prix total est

mentionné. Elles en déduisent que la partie adverse a estimé qu'aucun prix n'apparaissait anormalement bas ou haut, que cela n'est pas critiqué par la requérante et que dès lors, aucune autre vérification ne devait avoir lieu. Selon elles, le dossier administratif montre donc qu'un examen des prix a été effectué et que la partie adverse a considéré qu'elle disposait d'informations suffisantes pour pouvoir supposer que le prix demandé n'était pas anormal. Elles répètent que la différence de prix observée résulte de l'exclusivité de la fibre de verre et considèrent que la jurisprudence citée par la requérante ne s'applique pas aux cas de prix qui ne peuvent être suspectés d'être anormalement bas. Elles expliquent qu'un soumissionnaire qui demande un prix trop élevé se met en situation de désavantage concurrentiel et que la question en ce cas est de savoir si le prix proposé est sensiblement supérieur au prix du marché, ce que la requérante ne soutient pas et *a fortiori* ne démontre pas en l'espèce.

Après avoir noté que la requérante reconnaît que l'examen des prix peut ressortir seulement du dossier administratif, elles concluent en indiquant qu'en l'espèce, l'examen des prix a été inclus dans celui des critères d'attribution et qu'il ressort clairement du dossier que la partie adverse a constaté l'absence d'anomalie apparente pour des motifs qui y sont énoncés, et ce, à juste titre.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, "Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires".

La partie requérante a bien intérêt à invoquer la violation de cette disposition dès lors qu'une vérification des prix peut également aboutir à déclarer une offre irrégulière, au vu du caractère anormal d'un ou de prix contenus dans l'offre. Dans cette hypothèse, à défaut de toute offre déclarée régulière, la partie requérante retrouverait une chance de se voir attribuer le marché au terme d'une nouvelle procédure. Le moyen est recevable dans cette mesure.

Comme le relèvent les parties intervenantes, la vérification des prix ne répond pas à la même logique devant des prix apparemment bas ou devant des prix apparemment hauts. Néanmoins, l'article 35, précité, ne limite pas l'obligation de vérification des prix à l'hypothèse de prix suspectés d'être anormalement bas. Si on peut admettre que cette obligation se réduit à sa plus simple expression lorsqu'une offre ne présente aucune particularité notable en matière de prix, il reste qu'en l'espèce, l'offre considérée comme la seule régulière atteignait le montant de

6.883.849,91 € alors que l'estimation du marché s'élevait à 5.000.000 €. L'acte attaqué précise que "la dépense estimée de 750.000 € TVAC pour la partie « entretien et mise à disposition des installations » a été sous-estimée lors du principe du marché approuvé par le conseil de police en séance du 11 septembre 2018" et qu'une dépense supplémentaire de 2.432.654,63 € TVAC devait donc être inscrite au budget ordinaire.

Ni l'acte attaqué, ni le rapport d'analyse des offres du 11 avril 2019, ne comportent de mention concernant une vérification des prix, le rapport se bornant sur ce point à citer le prix global. Le dossier administratif contient un document d'analyse des offres, non signé, daté manuellement du 14 janvier 2019 et déposé uniquement en néerlandais, qui mentionne à propos du critère du prix : "la différence de prix entre ENGIE FABRICOM, NEXTEL et JACOPS SECURITAS réside majoritairement dans la partie transmission où JACOPS SECURITAS est seul à prévoir la fibre optique dédiée". Cette mention n'est pas explicite quant à la vérification des prix en ce qui concerne la partie "entretien et mise à disposition des installations". Aucune référence à cette mention n'apparaît du reste dans les documents formalisés. Ainsi, le dossier administratif ne permet pas de démontrer que l'acte attaqué a été précédé d'une vérification des prix proposés, au sens de l'article 35 précité, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le deuxième moyen est sérieux.

VI. Quatrième et sixième moyens

V.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un quatrième moyen de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics en son article 4; de la loi du 17 juin 2013 relatif à la motivation, l'information et aux voies de recours en son article 4; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif aux marchés publics, spécialement en son article 76; du cahier spécial des charges ainsi que des principes d'égalité et *Patere legem quam ipse fecisti*.

Elle constate que l'offre retenue est affectée d'irrégularités qui n'ont pas conduit à l'écarter, mais seulement à lui attribuer une cotation moins favorable sur certains critères, alors que sa propre offre n'a pas connu ce régime de faveur mais a été écartée. Elle y voit une différence de traitement qui ne fait l'objet d'aucune

explication particulière. Elle cite le passage du cahier spécial des charges relatif aux critères d'attribution du marché, lequel indique que la mention "-" correspond à une valeur négative par rapport aux exigences minimales énoncées dans le cahier spécial des charges et que la mention "- -" vise l'absence complète des exigences énoncées dans ce même cahier.

Dans une première branche, la partie requérante estime en substance que l'adjudicateur a qualifié lui-même d'exigences minimales les prescriptions relatives à la mise à disposition des pièces de rechange. Cette exigence ayant été appréciée négativement dans l'offre retenue, la requérante soutient que rien ne lui permet de comprendre le motif pour lequel l'adjudicateur n'a pas exclu cet opérateur économique alors qu'elle-même a été exclue pour une non-conformité similaire.

Dans une deuxième branche, la requérante critique l'acte attaqué en ce que son offre n'a pas été cotée, en méconnaissance du cahier spécial des charges qui prévoyait l'attribution de valeurs négatives pour les offres non conformes aux exigences minimales.

Dans une troisième branche, la requérante critique la motivation de l'acte attaqué en ce que le pouvoir adjudicateur n'expliquerait pas les motifs pour lesquels, d'une part, il a écarté son offre plutôt que de la coter négativement, et d'autre part, il a coté l'offre retenue alors que celle-ci présentait une irrégularité.

La requérante prend également un sixième moyen de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de son article 83; de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, 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, notamment ses articles 4 et 5; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de son article 76; du cahier spécial des charges, notamment les spécifications techniques; des principes généraux du droit, dont les principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence, de motivation ainsi que du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de bonne administration et du principe de légitime confiance; du principe général de droit selon lequel les motifs doivent être admissibles, pertinents et adéquats, du vice des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, elle soutient que l'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que l'offre retenue n'est pas conforme

aux exigences du cahier spécial des charges et qu'elle aurait dû être considérée comme irrégulière.

Elle cite diverses prescriptions du cahier spécial des charges et soutient qu'elles expriment des exigences essentielles puisque d'un point de vue sécuritaire, il est indispensable que les réparations soient réalisées au plus vite. Elle explique en quoi l'offre retenue s'écarte de ces exigences.

La requérante fait également valoir qu'il ressort du rapport d'analyse des offres qu'il existe un doute quant à savoir si l'entretien curatif de l'installation inclut la caméra et que l'offre de la société momentanée JACOPS-SECURITAS ne mentionne rien concernant l'entretien des VMS, serveurs et systèmes d'enregistrement.

Dans une seconde branche, la requérante rappelle la portée de l'obligation de motivation formelle et cite les arrêts n^{os} 229.012, du 4 novembre 2011 et 229.410, du 2 décembre 2014. Elle critique la motivation de l'acte attaqué en ce que rien ne lui permet de comprendre pourquoi des dérogations au cahier spécial des charges n'ont pas été considérées comme des irrégularités substantielles.

B. La note d'observations

La partie adverse répond au quatrième moyen, à propos des trois branches réunies, en citant tout d'abord l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, selon lequel sont réputées substantielles les irrégularités relatives au non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

Elle relève que l'article 1.2.2. des clauses techniques du cahier spécial des charges dispose, entre autres, ce qui suit :

" La transmission des images et des données doit satisfaire aux critères minimaux suivants :

[...]

L'exclusivité du support utilisé : le support de transmission ne pourra être utilisé que par la zone de police. Exemple : pas de sharing avec d'autres entreprises sur la fibre de verre".

Elle en déduit que l'exigence relative à une fibre optique exclusivement dédiée à la zone est bien qualifiée d'exigence minimale par le cahier spécial des charges, à l'inverse des directives de maintenance qui figurent à l'article 2 des clauses

techniques. Elle relève que le cahier spécial des charges prévoit lui-même la possibilité de déroger aux délais de réparation tant en ce qui concerne les caméras et le système de transmission de données qu'en ce qui concerne le système d'enregistrement :

- " Les réparations doivent être achevées au plus tard à la fin du jour calendrier qui suit le jour de la demande par l'administration, à moins qu'une période plus longue puisse être justifiée et soit acceptée par l'administration" (page 70/92, partie A, article 2.2.2.).
- " Les réparations doivent être terminées au plus tard 5 heures après l'appel passé par l'Administration, sauf si un délai plus long peut être justifié (...)" (page 75/92, partie B, article 2.2.2.).

Selon elle, il n'y avait donc aucune raison de déclarer l'offre de la société momentanée JACOPS-SECURITAS non conforme pour le seul motif qu'elle n'aurait pas satisfait à ces exigences non substantielles. Elle pouvait, en revanche, faire l'objet d'une évaluation négative sur ce critère, ce qui a été le cas en l'espèce.

Elle fait valoir que la différence de traitement dont l'offre de la requérante et celle de la société momentanée JACOPS-SECURITAS ont fait l'objet s'explique ainsi par les situations essentiellement différentes dans lesquelles se trouvaient ces deux soumissionnaires, puisque l'offre du premier ne satisfaisait pas à une exigence minimale du cahier spécial des charges, alors que tel n'était pas le cas de l'offre du deuxième. Elle soutient que le défaut de conformité de l'offre de la requérante avait en outre pour conséquence d'empêcher une comparaison de cette offre avec celle de la société momentanée JACOPS-SECURITAS et que ces deux sociétés proposaient des systèmes de transmission d'images et de données aux caractéristiques fondamentalement différentes qui influaient de manière significative sur le prix, comme l'a relevé l'autorité de tutelle dans son courrier du 19 mars 2019.

Elle estime qu'admettre l'offre de la requérante aurait méconnu le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Elle affirme que, même si l'on devait considérer qu'elle a agi en méconnaissance des dispositions de son propre cahier spécial des charges, cette circonstance n'aurait pas pour conséquence d'entacher la légalité de l'acte attaqué car le principe général *patere legem quam ipse fecisti* doit céder le pas devant les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination et le principe fondamental du droit des marchés publics que constitue l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Confrontée à des soumissionnaires se trouvant dans des situations essentiellement différentes au regard des spécifications du cahier spécial des charges, elle considère qu'elle n'avait pas à exposer dans le rapport d'analyse des

offres les motifs pour lesquels elle n'avait pas écarté l'offre du soumissionnaire désigné comme adjudicataire du marché.

Elle conclut qu'il n'y avait pas lieu d'exclure l'opérateur économique retenu en ce qu'il ne satisfaisait pas intégralement aux spécifications du cahier spécial des charges en matière de maintenance et de réparation des installations (première branche), qu'aucun motif ne justifiait de procéder à la cotation de l'offre remise par la requérante dès lors qu'elle ne satisfaisait pas à une exigence minimale du cahier spécial des charges (deuxième branche) et que les motifs pour lesquels l'offre de la requérante a été écartée ressortent à suffisance du rapport d'analyse des offres et de la décision attaquée (troisième branche).

Quant au sixième moyen, la partie adverse répond que, comme elle l'a déjà exposé à propos du quatrième moyen, une distinction doit être faite entre les irrégularités relatives au non-respect des exigences minimales qui doivent être réputées substantielles et les autres. Elle répète que le cahier spécial des charges précise expressément que l'exclusivité de la fibre de verre est un des critères minimaux en matière de transmission des données et des images des caméras vers les points nodaux locaux et que c'est le motif pour lequel l'offre de la requérante a été considérée comme non conforme. Elle considère que le cahier des charges ne prévoit pas d'exigences de même nature pour l'entretien et la maintenance des équipements et qu'il n'y avait donc aucune raison de conclure à l'irrégularité de l'offre de la société retenue.

Selon elle, en estimant que l'objectif sécuritaire poursuivi par la partie adverse implique de considérer les prescriptions relatives à la maintenance des infrastructures comme substantielles, la partie requérante méconnaît les termes du cahier spécial des charges et entend substituer son appréciation à celle de la partie adverse.

Elle ajoute que, si l'offre de la société momentanée JACOPS-SECURITAS ne vise pas explicitement les caméras dans l'entretien curatif, ce soumissionnaire s'est, par le dépôt de son offre, engagé à exécuter le marché conformément aux dispositions du cahier spécial des charges qui le régit, et que la même remarque vaut pour l'entretien des VMS, serveurs et systèmes d'enregistrement. Elle observe que ce soumissionnaire a, dans le cadre de son offre, garanti une disponibilité du réseau de minimum 99 % sur une base mensuelle, ce qui implique que la maintenance des équipements soit effectuée de manière à pouvoir se conformer à cet objectif.

En ce qui concerne la motivation formelle, la partie adverse observe que l'acte attaqué se réfère au rapport d'analyse des offres. Selon elle, ce rapport, éclairé par l'avis formulé par l'autorité de tutelle dans son courrier du 19 mars 2019, permet de comprendre les raisons pour lesquelles l'offre de la requérante et de la société NEXTEL ont été écartées et pourquoi il n'en a pas été de même pour l'offre retenue.

C. La requête en intervention

Pour rencontrer le quatrième moyen, les parties intervenantes rappellent tout d'abord la teneur de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elles précisent qu'une offre entachée d'une irrégularité substantielle doit être déclarée nulle et que le pouvoir adjudicateur n'a sur ce point aucun pouvoir discrétionnaire. Elles estiment que, de même, compte tenu des exigences de la sécurité juridique et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, le pouvoir adjudicateur n'a pas de pouvoir d'appréciation et doit accepter la régularité de l'offre qui ne méconnaît que des exigences auxquelles le cahier des charges n'a pas donné de caractère substantiel ou minimal. Selon elles, lorsque l'examen de la régularité d'une offre ne révèle aucun problème, celui-ci ne doit pas être détaillé et il suffit qu'il puisse être déduit du rapport ou de la décision d'attribution que la régularité des offres a été prise en compte.

Elles considèrent que les cotations négatives auxquelles la requérante fait allusion concernent la méthode d'évaluation dans le cadre des critères d'attribution et non l'examen de régularité des offres. Selon elles, de telles mentions négatives signifient seulement que l'offre n'ajoute rien aux exigences du cahier des charges, alors que les mentions positives attestent d'éléments supplémentaires par rapport à celles-ci.

Elles rappellent les dispositions du cahier des charges auxquelles l'offre de la partie requérante dérogerait, soit les exigences techniques relatives à la transmission des images, et celles que sa propre offre méconnaîtrait, soit les "directives de maintenance" des caméras et du système d'enregistrement. Elles relèvent que les premières sont expressément définies comme des exigences minimales alors que les secondes ne figurent pas dans la liste de ces exigences minimales et n'ont pas été désignées comme substantielles. Elles en veulent pour preuve la place de ces dispositions dans la structure du cahier spécial des charges, sous le titre "directives", terme qui renvoie à un instrument qui n'est pas contraignant en droit belge. Elles relèvent en outre que ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur d'accorder des dérogations aux délais prévus, ce qui, selon elles, indique clairement qu'il ne s'agit pas d'exigences minimales. Selon elles, en juger autrement serait contraire au cahier spécial des charges.

Elles exposent que l'acte attaqué n'a pas été adopté en violation de la règle de l'égalité de traitement, dès lors que l'exigence d'exclusivité à laquelle dérogeait l'offre de la requérante était explicitement présentée comme une exigence minimale dans le cahier spécial des charges, ce qui imposait de déclarer nulle l'offre de la requérante, alors qu'au contraire le cahier spécial des charges indiquait expressément que les prescriptions dont s'écarte leur offre n'avaient pas ce caractère, pour les trois raisons qui viennent d'être exposées :

- a) elles sont désignées comme des directives,
- b) elles sont susceptibles de dérogations,
- c) elles ne figurent pas dans les exigences minimales.

Elles estiment que la partie adverse ne pouvait revenir sur cette qualification au moment de l'évaluation des offres sous peine de violer le principe *patere legem* et l'obligation de transparence. Elle invoque l'arrêt de la C.J.U.E. C-278/14, du 16 avril 2015, selon lequel on ne peut écarter une offre conforme pour des motifs non prévus dans les documents du marché.

Elles concluent que l'égalité de traitement ne serait violée que si l'offre de la requérante - contraire à une exigence minimale - et la leur - non contraire à de telles exigences - étaient traitées de la même manière.

S'agissant du principe *patere legem quam ipse fecisti*, elles relèvent que la méthode d'évaluation invoquée ne figurait pas dans le cahier spécial des charges et elles ajoutent que l'offre de la requérante ne pouvait pas être évaluée puisqu'elle était jugée irrégulière.

Enfin, elles contestent toute violation de l'obligation de motivation formelle en soulignant que le rapport d'attribution contient bien un exposé des motifs d'annulation de son offre et elles répètent que lorsque l'examen de la régularité d'une offre ne révèle aucun problème, celui-ci ne doit pas être détaillé et il suffit qu'il puisse être déduit du rapport ou de la décision d'attribution que la régularité des offres a été prise en compte. Elles estiment que le rapport d'analyse des offres comporte des extraits étendus relatifs à la régularité de leur offre et qu'il est clair que la partie adverse a examiné cette question. Elles insistent sur la différence entre l'examen de régularité et l'évaluation selon les critères d'attribution.

À propos du sixième moyen, elles l'interprètent comme dénonçant la violation d'une prescription technique essentielle. Elles répètent les raisons, exposées ci-dessus, pour lesquelles elles jugent que les dispositions du cahier spécial des charges relatives aux directives de maintenance ne sont pas des exigences minimales.

Selon elles, il s'agit de directives qui "s'appliquent pendant la durée du contrat de maintenance" et ne relèvent donc pas d'une disposition obligatoire au moment de la soumission de l'offre. Quant aux dispositions concernant les horaires d'intervention, elles contestent toute non conformité et relèvent que leur offre prévoit un service 24 heures sur 24, 7 jours sur 7. Elles confirment que leur offre inclut bien entendu la maintenance des caméras elles-mêmes ainsi que, même si elle ne le précisait pas explicitement, du VMS, des serveurs et des systèmes d'enregistrement. Elles concluent que leur offre a, à juste titre, été considérée comme régulière.

S'agissant de la deuxième branche du sixième moyen, elles se réfèrent à la jurisprudence selon laquelle, à leur estime, aucune disposition n'impose que, s'il n'y a pas de particularités lors de l'examen de régularité d'une offre, celui-ci soit reproduit *in extenso*. Elles ajoutent que l'offre de la partie requérante s'écarte elle-même des "directives en matière d'aliments" [?] et prévoit un délai de réparation de quatre jours ouvrables, de sorte que la requérante donc bien consciente qu'il ne s'agit pas là d'exigences minimales et qu'une dérogation n'emporte pas d'irrégularité substantielle, ce qu'elles déduisent également de certains passages de la requête. Elles répètent, pour le surplus, que le caractère non substantiel ou non minimal des exigences en cause résulte du cahier spécial des charges et qu'aucune motivation spécifique ne s'imposait.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Aux termes de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité de l'offre. Cette disposition précise que l'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Elle répute notamment substantielles les irrégularités consistant dans "le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché".

En son point intitulé "critères d'attribution du marché", le cahier spécial des charges mentionne en tant que "légende" ce qui suit

"

Légende :

- : valeur négative par rapport aux exigences minimales énoncées dans le cahier spécial des charges
- (2 x signe -) absence complète des exigences énoncées dans le cahier spécial des charges
- + plus-value par rapport aux exigences minimale énoncées dans le cahier spécial des charges
- ++ (2 x le signe +) plus-value absolue par rapport aux exigences minimales énoncées dans le cahier spécial des charges

".

Si cette légende devait être interprétée en ce sens que des offres ne respectant pas les exigences minimales du cahier spécial des charges pourraient néanmoins faire l'objet d'une cotation, elle serait contraire à l'article 76 précité. Elle ne pourrait être invoquée pour imposer à la partie adverse de coter, et donc de prendre en considération, une offre qui s'avérerait entachée d'une irrégularité substantielle. La deuxième branche du quatrième moyen n'est pas sérieuse.

Pour le surplus, comme le soutient la requérante, l'offre retenue ne répond pas à certaines prescriptions du cahier spécial des charges. L'offre prévoit en effet que la disponibilité des pièces de rechange n'est assurée que pour le jour ouvrable suivant la demande (NBD, *next business day*), alors que le cahier spécial des charges prévoyait le jour calendrier suivant (NCD, *next calender day*) et elle ne mentionne rien concernant les VMS, serveurs et systèmes d'enregistrement, pour lesquels le cahier spécial des charges impose un délai d'intervention de 5 heures. Le rapport d'analyse des offres constate ces éléments; il mentionne, à propos de l'entretien correctif : "non conforme au niveau des délais d'intervention" (page 1) et il comporte sur ces points deux indices négatifs, tout en accordant l'évaluation maximale de 10 pour le critère "importance de l'entretien". Les parties intervenantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles interprètent ces mentions comme constatant simplement que l'offre n'ajoute rien aux exigences du cahier spécial des charges.

Les parties intervenantes ne peuvent être suivies quand elles interprètent ces mentions comme constatant simplement que l'offre n'ajoute rien aux exigences minimales précitées.

L'engagement pris par le soumissionnaire d'exécuter le marché conformément aux clauses du cahier spécial des charges ne dispense pas d'analyser la conformité de son offre. De même, la garantie d'une disponibilité du réseau de minimum 99 % sur une base mensuelle ne modifie pas la portée des engagements souscrits quant aux délais de réparation dans chaque cas.

Les parties adverse et intervenante font valoir par ailleurs que, contrairement à celle qui impose l'exigence d'exclusivité de la fibre optique utilisée, les dispositions auxquelles il est ainsi manqué ne revêtaient pas le caractère d'exigences minimales ou indiquées comme substantielles au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, de l'arrêté royal du 28 avril 2017 précité, de sorte que l'offre qui s'en écarte pouvait être prise en considération.

Les dispositions concernant l'exclusivité des supports de transmission d'images et celles qui concernent les délais de maintenance ne se présentent pas dans

les mêmes termes puisque ces dernières ne précisent pas expressément qu'elles énoncent des exigences minimales. Elles sont rédigées comme suit :

" Contrat de maintenance pour l'ensemble du marché pour une durée de 36 mois conformément aux exigences du cahier spécial des charges

Partie A – Maintenance des caméras et de leur système de transmission des données

1. MAINTENANCE DES ÉQUIPEMENTS

[...]

2. DIRECTIVES DE MAINTENANCE

Les directives suivantes s'appliquent pendant la durée du contrat de maintenance.

[...]

2.2. Dispositions relatives à la maintenance corrective

[...]

2.2.2. – Détails de réparation (pas d'application en cas de motif d'exclusion).

Les réparations doivent être achevées au plus tard à la fin du jour de calendrier qui suit le jour de la demande par l'Administration, à moins qu'une période plus longue puisse être justifiée et soit acceptée par l'administration.

[...]

7. MAINTENANCE PRÉVENTIVE

[...]

Option exigée : maintenance du système d'enregistrement

Partie B – Maintenance du système d'enregistrement conformément aux exigences du cahier spécial des charges

[...]

2. DIRECTIVES DE MAINTENANCE

Les directives suivantes s'appliquent pendant la durée du contrat de maintenance.

[...]

2.2. Dispositions relatives à la maintenance corrective

[...]

2.2.2. Délais de réparation (pas d'application en cas de motif d'exclusion)

Les réparations doivent être terminées au plus tard 5 heures après l'appel passé par l'Administration, sauf si un délai plus long peut être justifié. Si ce délai ne peut être respecté et si la panne engendre l'indisponibilité de l'ensemble du réseau de caméras, l'adjudicataire doit alors proposer une solution alternative permettant d'utiliser les «fonctions de base» du système. Cela inclut notamment le

visionnage des images aux intersections centrales et l'utilisation des options d'inclinaison et d'orientation".

Selon ces prescriptions, les réparations "doivent" être effectuées dans les délais qui y sont énoncés comme un maximum. Des dérogations peuvent être admises par l'administration au cas par cas, au cours de l'exécution du marché; mais cette faculté n'a de sens que si le soumissionnaire est normalement engagé à intervenir dans les délais ainsi prévus. Quant à l'usage du terme "directives" (de maintenance), aucune conséquence précise ne peut en être déduite, l'auteur du texte ayant simplement voulu résumer sous ce titre les dispositions relatives à la manière dont la maintenance devait être assurée.

Au vu de ces dispositions, il ne peut être considéré comme manifeste que leur méconnaissance ne pouvait pas entacher une offre d'irrégularité. La partie adverse devait dès lors indiquer pour quelles raisons elle estimait que les prescriptions dont l'offre retenue s'écarterait ne revêtaient pas le caractère d'exigences minimales ou substantielles. Si on peut admettre que la régularité d'une offre ne doit pas donner lieu à une motivation formelle lorsque l'examen de cette offre ne révèle pas de non-conformité, tel n'est pas le cas en l'espèce.

Ni le rapport d'analyse des offres, ni l'acte attaqué, ne comportent d'explication concernant la nature substantielle ou non de ces prescriptions. Sans qu'il soit nécessaire de déterminer si les non-conformités qui affectent l'offre retenue constituaient des irrégularités, il suffit de constater que la partie adverse a manqué aux obligations de vérification et de motivation formelle qui lui incombait.

La requérante a intérêt à dénoncer le défaut de motivation d'une décision qui déclare son offre irrégulière parce qu'elle s'écarte de certaines prescriptions du cahier spécial des charges, dès lors qu'elle attribue le marché à un autre soumissionnaire sans motiver en quoi l'offre de ce dernier, s'écartant d'autres prescriptions du cahier spécial des charges, n'est pas également jugée irrégulière.

La requérante ne démontre toutefois pas qu'en l'espèce une telle appréciation soit entachée d'erreur manifeste, de sorte que la première branche du moyen n'est pas sérieuse.

Le quatrième moyen est sérieux en ses première et troisième branches.

Le sixième moyen est sérieux en sa seconde branche.

VII. Confidentialité des pièces

La partie requérante sollicite que son offre soit déposée à titre confidentiel (pièce 5 des annexes à la requête).

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des offres déposées par les soumissionnaires (pièces 1 et 2 de la partie B du dossier administratif).

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, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par les S.A. SECURITAS et JACOPS est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 11 avril 2019 par le collège de police de Bruxelles-Capitale-Ixelles, aux termes de laquelle l'offre de la S.A. ENGIE FABRICOM a été déclarée irrégulière et le marché a été attribué à la société momentanée JACOPS-SECURITAS est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 1 et 2 de la partie B du dossier administratif et la pièce 5 du dossier déposé par la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

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

Diane DÉOM,
Céline MOREL,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Céline MOREL

Diane DÉOM