

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^o 245.328 du 28 août 2019

A. 228.780/VI-21.553

En cause : **la société privée à responsabilité limitée POLYGRAPH'**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Benoît CAMBIER et
Thomas CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill 253 bte 40
1180 Bruxelles,

contre :

le Parlement wallon,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Flore VERHOEVEN, avocats
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 7 août 2019, la société privée à responsabilité limitée POLYGRAPH' demande, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision :

- " - d'écarter son offre pour le marché public de service «relatif à la rédaction de rapports d'activités relatifs aux sessions du parlement de Wallonie sur la période 2018-2024»;
- d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire;
- implicitement, de ne pas lui attribuer ce marché".

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 août 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 26 août 2019.

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.

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

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^e Thomas CAMBIER, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Virginie DOR et Flore VERHOEVEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur, 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

Le 29 mai 2019 est paru au Bulletin des Adjudications un avis de marché portant sur la rédaction de rapports d'activités relatifs aux sessions du Parlement de Wallonie sur la période 2018-2024. Ce marché "porte sur la mise en page ainsi que sur la relecture complète, avant impression, de rapports d'activités relatifs aux sessions du Parlement de Wallonie 2018 - 2019 en sus de celles relatives à la XI^e législature (2019-2020, 2020-2021, 2021-2022, 2022-2023, 2023-2024). Lesdits rapports sont de deux types: 1) les rapports d'activités du Parlement de Wallonie et 2) les rapports d'activités individuelles des députés wallons".

Un avis est également paru au Journal Officiel de l'Union Européenne le 3 juin 2019.

La procédure choisie est la procédure ouverte.

La requérante et la société anonyme Shake ont déposé une offre.

Par un courrier électronique du 10 juillet 2019, la partie adverse a invité la requérante à "fournir, via courriel dans les plus brefs délais, les éléments manquants à votre DUME". Ce courrier se présente comme suit :

" Dans le cadre du marché public repris sous objet et conformément à l'article 34 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les

secteurs classiques, nous vous invitons à nous fournir, via courriel dans les plus brefs délais, les éléments manquants à votre DUME.

En effet, il apparaît que le DUME compris dans votre dossier de soumission est fragmentaire (voir pièce jointe) empêchant ainsi son analyse par le pouvoir adjudicateur.

Nous attirons votre attention sur l'impossibilité de remettre un nouveau DUME.

Dès lors, le document sollicité doit être une reproduction du DUME daté du 16-06-2019 comprenant l'ensemble des libellés du document manquant dans la version comprise dans votre dossier de soumission".

Le même jour, la requérante a adressé à la partie adverse le courrier électronique suivant :

" Je fais suite à notre échange téléphonique de ce jour.

Le pdf Dume est celui qui nous a été fourni après remplissage des données sur leur site (<https://dume.publicprocurement.be/filter?lang=fr>). Nous ne l'avons pas modifié.

Nous avons trouvé en effet très étrange ce pdf. C'est pourquoi nous avons recommencé une seconde fois le remplissage de toutes les cases demandées sur le site et le même pdf est à nouveau sorti.

S'agissant de la toute première demande de DUME, nous avons pensé qu'il s'agissait alors du bon formatage et que les cases colorées en noir ou non devaient vous «parler» et correspondaient aux oui ou non.

Nous sommes sur environnement MacOS Mojoave (version 10.14.5) avec navigateur Safari ou Google Chrome.

Nous avons toutefois reçu 2 fichiers (le premier en pdf que nous vous avons joint) et le second (ESPD_response.xml) est un fichier avec extension .xml, que nous ne pouvions pas lire.

Je vous le joins également. Peut-être celui-ci correspondra plus à votre attente.

Nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Nous sommes toutefois en congés à partir de demain mais restons joignables par gsm au [...] et relevons nos mails quotidiennement.

Nous avons l'espoir que ce mauvais formatage n'handicamera pas notre participation au marché qui nous tient à cœur".

Le 12 juillet 2019, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la société anonyme Shake. L'offre de la requérante est déclarée irrégulière pour le motif qui suit :

" Considérant que le soumissionnaire Polygraph' S.P.R.L. a remis un DUME fragmentaire daté du 16 juin 2019 dans lequel les libellés du document sont manquants et, par voie de conséquence, la majorité des réponses absentes;

Que le soumissionnaire a été invité le 10 juillet 2019 à remettre ledit DUME en version intégrale;

Que le soumissionnaire a été dans l'impossibilité de répondre à la demande du pouvoir adjudicateur arguant que le DUME compris dans son dossier de soumission est l'unique document produit par la plateforme «e-Procurement»;

Que l'historique des indisponibilités de la plateforme «e-Procurement» ne révèle aucun incident en date du 16 juin 2019;

Que par conséquent, le soumissionnaire Polygraph' S.P.R.L. ne peut être sélectionné car son offre est irrégulière".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante n'invoque aucun élément concret qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Ainsi que le relève la partie adverse, la demande est donc irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante.

V. Intérêt de la requérante

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient qu'une demande de suspension est irrecevable, notamment, lorsque la partie requérante ne parvient pas à démontrer que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué lui permettrait de retrouver au moins une

chance de se voir attribuer le marché. Elle soutient que même si les moyens étaient sérieux, la requérante n'aurait pu se voir attribuer le marché litigieux. Elle fait valoir que conformément au cahier spécial des charges, "les soumissionnaires étaient tenus de joindre à leur offre une «épreuve», à savoir un modèle imprimé du rapport d'activités, et ce afin que le pouvoir adjudicateur puisse analyser leur offre au regard du deuxième critère d'attribution du marché relatif à la qualité du produit". Elle constate que la requérante "n'a pas joint à son offre cette épreuve, ce qui implique, à titre principal, que son offre n'aurait même pas été analysée au regard des critères d'attribution du marché car, au stade de l'analyse de sa régularité, elle aurait été écartée pour irrégularité substantielle conformément à l'article 76, § 1^{er}, al. 3 et § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017; en effet, la non-remise de cette épreuve imprimée aurait eu pour effet d'empêcher l'évaluation de l'offre de la requérante et sa comparaison à l'offre de la S.A. SHAKE". À titre subsidiaire, elle observe que si l'offre de la requérante avait été déclarée régulière, elle "aurait obtenu 0 points sur 30 pour ce critère «qualité des produits» puisque le pouvoir adjudicateur n'aurait pas été en mesure d'en juger". Elle explique que cette offre aurait obtenu 40 points sur 40 pour le critère économique et "24 points sur 30 pour le critère relatif à la méthodologie, sur la base des motifs suivants communiqués après analyse par le Parlement de Wallonie: la S.P.R.L. Polygraph' (la partie requérante) a remis une note de deux pages A4 recto détaillant la méthodologie qu'elle propose pour aborder, réaliser et mener à bien la mission, laquelle est conforme aux attentes du Greffe. Toutefois, seuls deux membres du personnel sont affectés à la gestion du dossier, l'une en tant que graphiste «gérante» et la seconde comme graphiste uniquement, ce qui ne permet pas de donner toutes les garanties d'une pleine réussite de la mission. L'on relèvera, quant à ce critère «méthodologie», que la S.A. SHAKE, l'attributaire du marché, proposait quant à elle une équipe de quatre personnes pour mener à bien le projet, à savoir un chef de projet, deux graphistes et un relecteur; le Parlement a jugé que cette proposition (dont notamment le nombre de personnes affectées au projet et le degré de formation des profils proposés) donnait des garanties importantes quant au bon déroulement du marché". Elle en déduit que si "l'offre de la partie requérante avait été considérée comme régulière – ce qui n'est qu'une hypothèse –, et que son offre avait été analysée au regard des critères d'attribution du marché, elle ne se serait en tout état de cause pas vue attribuer le marché puisque son offre aurait obtenu moins de points que celle de la S.A. SHAKE, l'autre soumissionnaire qui s'est vu attribuer le marché". Elle note également que "même si l'offre de la partie requérante avait obtenu un score plus élevé que 24 sur 30 pour le dernier critère relatif à la méthodologie (voire même 30 sur 30), elle aurait malgré tout encore obtenu un score moins élevé que la S.A. SHAKE et aurait en tout état de cause été classée seconde". Elle en déduit que "même indépendamment des moyens soulevés par la partie requérante et de leur bien-fondé, cette dernière n'aurait en tout

état de cause eu aucune chance d'obtenir le marché litigieux" de telle sorte que la demande est irrecevable à défaut d'intérêt.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'exception d'irrecevabilité qui invoque le défaut d'intérêt de la requérante à son recours doit être examinée à la lumière de l'article 14 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. Cet article est libellé comme suit :

- " À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession".

Selon l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, l'instance de recours peut, dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 et en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, suspendre l'exécution des décisions visées à ce même article 14.

En l'espèce, la requérante a déposé offre pour le marché litigieux. Le pouvoir adjudicateur a déclaré son offre irrégulière pour un seul motif qui fait l'objet du premier moyen. Lorsqu'une partie adverse oppose à un recours une exception d'irrecevabilité déduite d'une irrégularité de l'offre d'une partie requérante qui n'a pas été préalablement décelée par le pouvoir adjudicateur, il n'appartient pas au Conseil d'État de déclarer cette offre irrégulière alors que le pouvoir adjudicateur n'a lui-même pas retenu ce motif d'irrégularité au cours de la procédure d'attribution du marché litigieux. Pour cette raison, il n'a pas à vérifier si l'offre est entachée de l'irrégularité que dénonce la partie adverse. Un raisonnement identique s'impose en ce qui concerne la vérification des critères d'attribution et le classement des offres.

Par ailleurs, lorsqu'à la faveur des moyens, la requérante conteste, comme en l'espèce, tant l'irrégularité de son offre que l'attribution du marché à l'attributaire, les illégalités ainsi alléguées ont pu la léser dès lors qu'elles ont pu avoir pour conséquence de la priver de l'attribution du marché litigieux.

Le recours doit, dès lors, être déclaré recevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un premier moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4 et 73, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques notamment de ses articles 38 et 76, des principes généraux et de bonne administration, dont les principes d'égalité, de transparence, de raison et de proportionnalité, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, 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 notamment de ses articles 4, 4/1 et 5, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle relève que son offre est écartée pour l'unique motif qu'elle aurait remis un DUME fragmentaire dans lequel les libellés du document sont manquants et la majorité des réponses seraient absentes.

Elle explique, tout d'abord, qu'elle a bien remis un DUME de telle sorte que le "pouvoir adjudicateur ne pouvait donc pas s'appuyer sur l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques pour considérer que l'offre serait affectée d'une irrégularité substantielle" puisque "c'est bien l'absence de DUME et non pas la remise d'un DUME incomplet ou fragmentaire que cette disposition vise et sanctionne d'une telle irrégularité substantielle".

Elle estime que le fait que le DUME déposé avec son offre soit "fragmentaire" ne permettait pas à la partie adverse d'écarter cette offre et que cette décision est, dès lors, illégale, injustifiée et disproportionnée.

Elle souligne, premièrement, que son DUME comportait l'ensemble des réponses à apporter par le soumissionnaire.

Elle constate, deuxièmement, que la décision motivée fait apparaître une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elle affirme qu'il y aurait de nombreuses réponses manquantes, ce qui est inexact.

Elle observe, troisièmement, que dès lors qu'elle disposait des réponses, la partie adverse était en mesure de prendre connaissance de ce document en le lisant en parallèle avec un DUME vierge comprenant toutes les questions de telle sorte que l'irrégularité de son offre est également disproportionnée et discriminatoire puisque la partie adverse disposait des éléments utiles.

Elle observe, quatrièmement, que le caractère "fragmentaire" du DUME résulte d'un problème informatique lors de la conversion du document via la plateforme *e-procurement*, indépendant de sa responsabilité et qu'elle l'a exposé à la partie adverse en réponse à son courriel. Elle note qu'elle était dans l'impossibilité de produire un DUME non fragmentaire qui porterait la même date que son précédent DUME comme l'y invitait le pouvoir adjudicateur, sauf à l'antidater. Elle remarque que le problème informatique dont la partie adverse refuse de tenir compte est difficilement contestable puisqu'il "apparaît peu probable que la partie requérante ait elle-même fragmenté le DUME après l'avoir rempli, en supprimant volontairement des parties". Elle n'aperçoit pas "comment le soumissionnaire, lorsqu'il remplit un DUME via *e-procurement*, pourrait commettre une manipulation qui lui serait imputable et qui aurait pour effet, lors de la conversion du document, d'en supprimer toutes les questions". Selon elle, il "n'est donc pas contestable que c'est un problème informatique indépendant de la requérante qui est à l'origine du caractère fragmentaire de son DUME" et souligne que si "la plateforme devait s'avérer incompatible avec certains programmes ou serveurs, cela rendrait la procédure illégale dans son ensemble, notamment en raison de son caractère discriminatoire".

Elle se réfère à un arrêt n° 241.265 du 19 avril 2018 dans lequel le caractère incomplet du DUME résultait d'une erreur de *scanning*.

Elle soutient qu'il "revenait à la partie adverse de se satisfaire de ce DUME complété ou, le cas échéant, d'inviter la partie requérante à en transmettre une version non fragmentée, sans imposer de la dater au jour du précédent DUME".

B. Note d'observations

La partie adverse constate que le DUME remis par la requérante était illisible et, partant, inutilisable par la partie adverse qui ne pouvait pas se prononcer

sur la question de savoir si, à la lecture du DUME, la requérante ne se trouvait pas dans un cas d'exclusion et répondait aux critères de sélection qualitative.

Elle estime qu'elle s'est conformée à la réglementation en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence du Conseil d'État dans le cadre de cet examen puisqu'elle "a pris le soin d'interroger [la requérante] afin qu'elle remette un DUME valablement complété, qui puisse être analysé par le pouvoir adjudicateur", mais que "la requérante n'a pas été en mesure de fournir au pouvoir adjudicateur un DUME valablement complété et lisible". Elle considère que le problème informatique invoqué par la requérante n'est pas convaincant pour les raisons qui suivent :

- " ☐ Constatant que le DUME transmis par la requérante était à nouveau complètement illisible, et à la lecture de l'*email* de la requérante du 10 juillet 2019 lui faisant part de certaines difficultés rencontrées lors du dépôt de son offre et de son DUME sur la plateforme *e-Tendering*, le pouvoir adjudicateur a pris le soin de contacter, au cours de l'analyse des offres, le service support d'*e-Procurement*. Le pouvoir adjudicateur a ainsi eu en ligne la personne de contact du service qui lui a indiqué qu'un historique des indisponibilités du site existait et que rien n'était survenu durant la période de remise des offres du marché – c'est-à-dire ni en date du 16 juin 2019, date à laquelle la requérante a créé sa réponse DUME, ni en date du 1^{er} juillet 2019, date de remise des offres (cf. pièce n° 12 : historique des indisponibilités).
- ☐ L'autre soumissionnaire qui a remis offre pour ce marché, la S.A. SHAKE, n'a eu aucun problème pour remettre un DUME correctement complété et lisible via la plateforme".

Elle soutient que "ces deux éléments invitent plutôt à penser que la requérante a manqué de diligence et qu'elle doit elle-même être tenue pour responsable du «problème informatique» qu'elle allègue" et qu'en "tout état de cause, le pouvoir adjudicateur ne peut pas être tenu responsable d'un «problème informatique qui – s'il existait – n'était en tout cas pas lié à la plateforme via laquelle les offres (et les DUME's) devaient être remises".

Elle explique que c'est à tort que la requérante se prévaut de l'arrêt n° 241.265 du 19 avril 2018 pour les raisons qui suivent :

- " Premièrement, cet arrêt ne concerne pas «un cas similaire de DUME incomplet en raison d'un problème informatique». En effet, dans cette affaire, le problème était que seules les pages impaires du DUME du requérant avaient – à son insu – été reçues par l'adjudicateur. Et, comme défendu par le requérant dans cet arrêt (auquel le Conseil d'État a donné raison), le fait que son DUME avait été transmis de manière incomplète était simplement la résultante d'une erreur matérielle manifeste, à savoir une erreur dans le processus de numérisation.

Or, en l'espèce, la situation est différente car la requérante avait connaissance, avant même de déposer son offre et son DUME sur la plateforme *e-Tendering*, du caractère incomplet et illisible de son DUME. En effet, avant de transmettre son DUME au pouvoir adjudicateur en le téléchargeant sur la plateforme, la requérante a vu à quoi ressemblait son DUME puisqu'après l'avoir créé, elle a pu le visualiser avant de le télécharger; cela étant, elle n'a vraisemblablement pas

jugé opportun de recréer une autre réponse DUME avant le dépôt de son offre – fût-ce avec un autre ordinateur ou système d'exploitation – ni d'attirer l'attention du pouvoir adjudicateur sur ce point au moment du dépôt. Il ne s'agit donc pas en l'espèce, contrairement aux faits à l'origine de l'arrêt du 19 avril 2018, d'une erreur qui s'est produite à l'insu de la requérante.

Ces éléments témoignent en réalité (et à nouveau) du manque de diligence et de proactivité de la requérante. En effet, constatant qu'elle était (prétendument) dans l'impossibilité de remettre un DUME via la plateforme *e-Procurement*, la requérante aurait pu tenter de remettre un DUME par un autre moyen (le cas échéant par voie papier ou via un scan...). La requérante semble en réalité n'avoir fait aucun effort pour qu'un DUME complet et lisible soit transmis au pouvoir adjudicateur (sans bien sûr préjuger de la suite qui aurait été réservée à ce DUME) et doit en être tenue pour responsable; son manque de diligence et de proactivité ne peut en aucun cas être imputé au pouvoir adjudicateur. La lecture de la requête de la requérante soutient d'ailleurs ce propos; on peut en effet lire que «après avoir rempli le DUME, lors de sa conversion en vue de son dépôt électronique, la partie requérante a reçu un format PDF ne reprenant que ses réponses, à l'exclusion des questions et un format avec extension .xml qu'elle ne parvient pas à ouvrir. Elle a répété l'opération une seconde fois et est parvenue au même résultat. Le DUME ne pouvant être rempli et déposé que via cette plateforme *e-procurement*, la partie requérante a déposé cette version PDF du DUME (...)».

Pour le surplus, il y a lieu d'ajouter que le caractère incomplet du DUME ne s'entend pas de la même manière dans le cadre de cet arrêt et dans le cas d'espèce. En effet, dans le cadre de cette affaire, le DUME était incomplet en ce sens que le pouvoir adjudicateur avait reçu seulement certaines parties du DUME (les pages impaires) et pas d'autres (les pages paires); cela étant, les parties communiquées étaient tout à fait lisibles et utilisables par le pouvoir adjudicateur. Dans le cas d'espèce, le DUME n'est pas incomplet de la même manière; en effet, la quasi intégralité du DUME n'est pas lisible et, partant, ce DUME n'est pas utilisable par le pouvoir adjudicateur.

Deuxièmement, la requérante se méprend sur ce que Votre Conseil a jugé dans le cadre de cette affaire. En effet, ce que votre Conseil a jugé dans cet arrêt est que la décision du pouvoir adjudicateur d'écarter le DUME du requérant pour irrégularité substantielle sans même lui avoir donné la possibilité de lui transmettre les pages paires du DUME était disproportionnée. En d'autres termes, ce que Votre Conseil a considéré dans cette affaire est que, à partir du moment où il ressortait clairement des circonstances de la cause que le caractère incomplet du DUME résultait d'une erreur matérielle – ce qui n'est pas le cas en l'espèce –, le pouvoir adjudicateur avait agi de manière déraisonnable en écartant l'opérateur économique sur cette base sans même l'avoir interrogé pour qu'il remette un DUME valablement complété.

Or, en l'occurrence, non seulement le caractère «incomplet» du DUME ne résulte pas d'une erreur matérielle (cf. *supra*) mais, surtout, le pouvoir adjudicateur a précisément donné la possibilité à la requérante de lui remettre un DUME valablement complété et lisible. Pour le surplus, dans cet arrêt, Votre Conseil n'a pas jugé de la sanction qui devait être appliquée dans l'hypothèse où un DUME était remis mais était incomplet. En réalité, on peut même déduire (*a contrario*) de cet arrêt qu'à partir du moment où le soumissionnaire concerné a été interrogé, mais que malgré cette demande de complément d'informations le manquement persiste, il serait *a fortiori* raisonnable et proportionné, pour le pouvoir adjudicateur, d'écarter l'offre du soumissionnaire concerné pour irrégularité substantielle".

Elle en déduit que le DUME tel qu'il a été transmis par la partie requérante peut être assimilé à un DUME manquant puisque le pouvoir adjudicateur

ne peut en tirer aucune conclusion, en raison de son caractère totalement lacunaire et illisible et que c'est à bon droit qu'elle a pris la décision d'écarter l'offre de la partie requérante pour irrégularité substantielle puisque "l'article 76, al. 4, 2° [de l'arrêté royal du 18 avril 2017] prévoit que constitue une «irrégularité substantielle» le non-respect des exigences visées à l'article 38, pour autant que l'article 38 contienne des obligations à l'égard des soumissionnaires", que "l'article 38 stipule que, conformément à l'article 73 de la loi du 17 juin 2016, les soumissionnaires «produisent» le DUME lors du dépôt de leurs offres" et qu'il "est évident que l'obligation consacrée par l'article 38 de «produire un DUME» vise la production d'un DUME complet, lisible et utilisable par le pouvoir adjudicateur (et non d'un DUME incomplet, illisible et inutilisable)".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse a estimé que le DUME établi par la requérante le 16 juin 2019 et joint à son offre était fragmentaire et a invité la requérante à lui fournir les éléments manquants. Ce courrier électronique adressé le 10 juillet 2019 se présente comme suit :

" Dans le cadre du marché public repris sous objet et conformément à l'article 34 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous invitons à nous fournir, via courriel dans les plus brefs délais, les éléments manquants à votre DUME.

En effet, il apparaît que le DUME compris dans votre dossier de soumission est fragmentaire (voir pièce jointe) empêchant ainsi son analyse par le pouvoir adjudicateur.

Nous attirons votre attention sur l'impossibilité de remettre un nouveau DUME.

Dès lors, le document sollicité doit être une reproduction du DUME daté du 16-06-2019 comprenant l'ensemble des libellés du document manquant dans la version comprise dans votre dossier de soumission".

La requérante a répondu à cette invitation de la manière suivante :

" Je fais suite à notre échange téléphonique de ce jour.

Le pdf Dume est celui qui nous a été fourni après remplissage des données sur leur site (<https://dume.publicprocurement.be/filter?lang=fr>). Nous ne l'avons pas modifié.

Nous avons trouvé en effet très étrange ce pdf. C'est pourquoi nous avons recommencé une seconde fois le remplissage de toutes les cases demandées sur le site et le même pdf est à nouveau sorti.

S'agissant de la toute première demande de DUME, nous avons pensé qu'il s'agissait alors du bon formatage et que les cases colorées en noir ou non devaient vous «parler» et correspondaient aux oui ou non.

Nous sommes sur environnement MacOS Mojoave (version 10.14.5) avec navigateur Safari ou Google Chrome.

Nous avons toutefois reçu 2 fichiers (le premier en pdf que nous vous avons joint) et le second (ESPD_response.xml) est un fichier avec extension .xml, que nous ne pouvons pas lire.

Je vous le joins également. Peut-être celui-ci correspondra plus à votre attente.

Nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire. Nous sommes toutefois en congés à partir de demain mais restons joignables par gsm au [...] et relevons nos mails quotidiennement.

Nous avons l'espoir que ce mauvais formatage n'handicamera pas notre participation au marché qui nous tient à cœur".

La requérante explique, dans sa demande de suspension, qu'elle "était dans l'impossibilité de produire un DUME non fragmentaire qui porterait la même date que son précédent DUME comme l'y invitait le pouvoir adjudicateur, sauf à l'antidater" et considère que la partie adverse aurait dû l'inviter "à en transmettre une version non fragmentée, sans imposer de la dater au jour du précédent DUME". Au cours de l'audience du 26 août 2019, elle a soutenu que l'invitation à fournir les éléments manquants était, dès lors, dépourvue d'effectivité puisqu'elle était mise devant une impossibilité de corriger le problème soulevé par la partie adverse.

La partie adverse observe, pour sa part, qu'elle n'a nullement demandé à la requérante de produire un nouveau DUME daté du 16 juin 2019, mais qu'elle a demandé de lui transmettre une reproduction du DUME déjà déposé et qui était, pour sa part, daté du 16 juin 2019. Au cours de l'audience du 26 août 2019, la partie adverse a ainsi précisé qu'elle aurait accepté un DUME généré postérieurement pour autant que les réponses se révèlent, après comparaison, identiques à celles fournies dans le DUME daté du 16 juin 2019.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur invite un soumissionnaire à apporter des précisions ou informations, sa demande doit indiquer clairement les éléments attendus afin que cette procédure présente un caractère utile et effectif.

En l'espèce, le courrier électronique adressé par la partie adverse le 10 juillet 2019 n'est pas exempt d'ambiguïté puisque s'il indique que le document demandé doit être une reproduction du DUME déposé comprenant l'ensemble des libellés, ce qui pourrait sembler permettre le dépôt d'un DUME postérieur pour autant que, comme l'a plaidé la partie adverse, les réponses soient identiques à celle du DUME généré le 16 juin 2019, ce courriel précise également qu'il est impossible de remettre un nouveau DUME.

Au regard de cette formulation, la requérante pouvait *prima facie* légitimement croire que la partie adverse l'invitait à redéposer une version du DUME du 16 juin 2019 comprenant l'ensemble des libellés des champs à compléter.

Dès lors qu'il a été expliqué à l'audience que telle n'était pas l'intention du pouvoir adjudicateur et que cette erreur trouve son origine dans une ambiguïté du courrier électronique adressé par la partie adverse à la requérante, l'acte attaqué ne peut valablement reprocher à la requérante d'avoir été dans l'impossibilité de répondre à sa demande.

Le premier moyen est sérieux.

VII. Second moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un second moyen de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4, 83 et 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de ses articles 33, 35, 36 et 76, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, 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, notamment de ses articles 4, 4/1 et 5, des principes généraux du droit, notamment des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence et les devoirs de prudence et de minutie, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle explique que la partie adverse est soumise à l'obligation de vérifier la normalité des prix en vertu de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics et des articles 35 et 36 de l'arrêté royal passation et que la décision motivée doit faire apparaître qu'il y a eu une vérification des prix, et ce de manière d'autant plus précise lorsqu'il existe un élément objectif devant attirer l'attention du pouvoir adjudicateur.

Elle soutient que le prix de l'attributaire est anormalement élevé et aurait dû conduire à l'écartement de cette offre ou, à tout le moins, à un examen approfondi qui devait ressortir de la décision motivée d'attribution. Elle observe, en effet, que

son offre est 60 % moins chère que celle de l'attributaire et est conforme aux prix pratiqués sur d'autres marchés qu'elle a obtenus.

Elle constate que la décision motivée d'attribution ne fait apparaître aucune vérification des prix et en déduit ce qui suit :

- " a. soit il n'y a pas eu de vérification des prix. En ne soumettant pas les prix à un contrôle de normalité, le pouvoir adjudicateur violerait l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics et les articles 35 et 36 de l'arrêté royal secteurs classiques;
- b. soit cette vérification ne ressort pas de la décision motivée d'attribution, en violation 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 et de la loi du 17 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- c. On relèvera encore un manquement au devoir de prudence et de minutie empêchant la partie adverse de décider en pleine connaissance de cause, sur la base d'une motivation formelle et matérielle adéquate et admissible en fait et en droit.
- En effet, pour pouvoir décider en pleine connaissance, la partie adverse devait disposer d'une vérification des prix ou procéder elle-même à cette vérification".

B. Note d'observations

Après un rappel des principes applicables, la partie adverse explique avoir bien procédé, conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, à l'analyse du prix remis par l'attributaire. Elle estime que ce prix ne peut nullement être qualifié d'anormal et se justifie par plusieurs éléments objectifs de telle sorte qu'elle a pu conclure qu'il ne paraissait pas anormal et qu'elle n'avait pas l'obligation de procéder à un examen des prix conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

Elle souligne que le prix remis par les soumissionnaires dépend du coût de réalisation des rapports d'activités, de la qualité des rapports ainsi que de la méthodologie suivie de telle sorte qu'"un soumissionnaire garantissant des rapports de très bonne qualité («épreuve» imprimée à l'appui) et affectant au projet un nombre important de personnes proposera *a fortiori* un prix plus élevé qu'un soumissionnaire proposant des rapports d'une qualité moindre et affectant un nombre moins élevé de personnes au projet". Elle relève ainsi qu'il est assez évident que le prix remis par l'attributaire, qui propose une équipe plus importante, soit plus élevé que celui de la requérante. Elle fait valoir que "le prix remis par l'attributaire se situe dans le même ordre de grandeur que les prix couramment pratiqués dans le secteur d'activités propre au présent marché".

La partie adverse remarque ensuite que, dans le cadre d'un marché de services, les prix remis par les soumissionnaires peuvent diverger de manière beaucoup plus significative que dans le cadre d'un marché de fournitures ou de travaux et qu'il est "tout aussi possible que ce soit en réalité la requérante qui ait remis un prix anormalement bas". Elle observe que si la requérante affirme que le prix de l'attributaire est anormalement élevé, elle n'invoque aucun élément de preuve pertinent et probant à l'appui de son allégation puisqu'elle fait référence à ses propres prix remis dans d'autres marchés. La partie adverse formule, sur ce point, les observations qui suivent :

- " - tout d'abord, comme ces prix sont les prix qui ont été remis par la requérante elle-même dans le cadre d'autres marchés, ils ne peuvent pas être considérés comme les «prix du marché» – tout au plus donnent-ils une indication sur certains prix pratiqués sur le marché.
En tout état de cause, et comme déjà relevé ci-dessus, étant donné qu'il s'agit des prix remis par la requérante, qui critique en l'occurrence les prix remis par son concurrent, la S.A. SHAKE, ces prix ne peuvent valablement constituer un point de comparaison objectif et plausible.
- ensuite, si le marché lancé par le Parlement de la Communauté française pouvait éventuellement être considéré comme un «marché similaire» – ce qui devrait néanmoins être vérifié, au regard de l'objet du marché et de ses spécificités –, il n'en va *a priori* pas de même en ce qui concerne le marché lancé par Fedasil, qui n'est pas une institution qui peut être comparée à un Parlement.
L'on relèvera d'ailleurs que les tarifs proposés dans ce domaine d'activité sont fortement variables et dépendent de nombreux facteurs – comme l'expérience, la difficulté/facilité de la tâche à réaliser, la qualité requise *etc.* – et donc, *in fine*, des exigences de chaque pouvoir adjudicateur. À cet égard, la rédaction d'un rapport d'activités pour une institution telle que le Parlement est tout à fait spécifique; le niveau d'exigence est en effet très important et sort des standards des rapports d'activités d'autres institutions et organismes".

Elle en conclut, d'une part, que le pouvoir adjudicateur a légitimement pu considérer que le prix remis par l'attributaire ne paraissait pas anormalement élevé et garantissait une exécution du marché conforme aux exigences énoncées dans le cahier spécial des charges et aux prestations proposées et, d'autre part, que les éléments avancés par la requérante pour tenter de démontrer que le prix de l'attributaire serait anormalement élevé ne sont pas pertinents.

VII.2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit ce qui suit :

- " Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.

À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification".

Les articles 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques disposent comme suit :

- article 33 : "Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36",
- article 35 : "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".

Le pouvoir adjudicateur a donc l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires.

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix et que ce n'est que lorsqu'à l'issue de la vérification qu'un prix lui paraît anormal, qu'il peut être tenu d'inviter, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires, avant de pouvoir, le cas échéant, écarter son offre, il n'en reste pas moins qu'il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification.

En l'espèce, il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif tel qu'il a été déposé, et pas davantage de la décision attaquée, que le pouvoir adjudicateur aurait procédé à une vérification des prix. Or, s'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

Si la partie adverse fait valoir que "le prix remis par l'attributaire se situe dans le même ordre de grandeur que les prix couramment pratiqués dans le secteur d'activités propre au présent marché" et qu'il n'apparaît donc pas anormal compte tenu de la qualité et des équipes proposées, le dossier administratif ne contient aucun élément qui attesterait de l'effectivité de cette vérification des prix, et ce alors que, face à des prix qui, comme le relève la note d'observations, peuvent diverger de manière beaucoup plus significative dans un marché de services, la partie adverse ne

pouvait vérifier les prix et conclure à leur normalité sans procéder à des investigations dont aurait nécessairement dû rendre compte le dossier.

À défaut de telles indications, l'effectivité de la vérification des prix ne peut être établie à suffisance, de sorte que le second moyen doit être déclaré sérieux.

VIII. Balance des intérêts

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

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

IX. Confidentialité

La requérante dépose à titre confidentiel un "listing de prix de marchés similaires obtenus par la requérante". Il s'agit de la pièce 3 de son dossier.

La partie adverse sollicite la confidentialité de l'offre de la société anonyme Shake afin de ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce 4 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 suspension de l'exécution de la décision du 12 juillet 2019 attribuant le marché relatif à la rédaction de rapports d'activités relatifs aux sessions du Parlement de Wallonie sur la période 2018-2024 à la société anonyme Shake est ordonnée.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée pour le surplus.

Article 2.

La pièce 4 du dossier administratif ainsi que la pièce 3 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.

Les dépens sont réservés.

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

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

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

N. VAN LAER