CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 248.351 du 24 septembre 2020

A. 231.684/VI-21.851

En cause : **La société de droit anglais ONETRUST TECHNOLOGY LTD**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Bob MARTENS et
Maëlle RIXHON, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles,

contre :

la société des Transports Intercommunaux de Bruxelles (STIB),
ayant élu domicile chez
M^es^ Charles-Henri DE LA VALLÉE POUSSIN et
Sébastien DEPRÉ, avocats,
place Flagey 7
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société de droit français INFHOTEP,
ayant élu domicile chez
M^e^ Michaël PILCER, avocat,
avenue Albert-Elisabeth, 46
1200 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 septembre 2020, la société de droit anglais OneTrust Technology Ltd demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse en date du 13 août 2020 de déclarer son offre irrégulière ainsi que la décision, prise à une date inconnue, d'attribuer le marché à une société concurrente. La première décision a été portée à la connaissance de la partie requérante par courriel du 20 août 2020 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 septembre 2020 à 10 heures 30.

Par des courriers du 9 septembre 2020, l'affaire a été remise à l'audience du 17 septembre 2020 à 12 heures 30.

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

Par une requête introduite le 14 septembre 2020, la société de droit français Infhotep demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M. David De Roy, Conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Bob Martens et Maëlle Rixhon, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{e} Sébastien Depré, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{e} Hanna Bouzekri, *loco* M^{e} Michaël Pilcer, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1.- La société OneTrust Technology est leader mondial pour la mise en conformité au RGPD avec plus de 5000 clients de toutes les tailles (https://www.onetrust.fr/). Elle bénéficie, de ce fait, d'une expérience et d'une expertise incomparable.

2.- Par courriel du 12 novembre 2019 […], la STIB a contacté la société OneTrust Technology pour lui faire part que, sur la plateforme *e-Procurement*, seraient disponibles prochainement le cahier des charges […] ainsi que les autres documents du marché, dans le cadre d'un marché ayant pour objet "Outil pour la gestion de la conformité au GDPR".

Il importe de souligner que l'expérience et l'expertise de la société OneTrust Technology en la matière en font le partenaire idéal, prêt à fournir un service impeccable dans la gestion de la conformité au RGPD.

Dans son courriel précité, la STIB demandait que les coordonnées d'une personne de contact soient fournies afin de lui conférer l'accès aux différents documents.

Le cahier des charges précisait que "[l]e marché sera passé par procédure négociée sans mise en concurrence préalable sur base de l'article 124 § 1; 1° de la loi du 17 juin 2016", que "[l]es offres électroniques doivent être déposées via le site Internet e-Tendering" et que "[l]a date et l'heure de dépôt des offres également indiquées sur *e-Tendering* sont : 18.12.2019 – 15h00" […].

3.- Le 18 décembre, à 13h47, la société OneTrust Technology tenta de télécharger son offre sur la plateforme *e-Tendering*, sans succès. En effet, à chaque fois qu'elle téléchargeait un document, la page internet de la plateforme se rafraîchissait et le document avait disparu […].

Elle commença à appeler le *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement*, mais, malgré plusieurs tentatives de joindre le *helpdesk*, elle n'obtint rien de plus qu'une réponse automatique informant que des travaux de maintenance étaient en cours et qu'il y avait une panne du service.

4.- Par courriel du même jour à 15h04, la société OneTrust Technology a informé la STIB d'un problème technique dans le dépôt de son offre en ces termes :

" Nous avons eu des difficultés techniques à nous connecter à la plateforme Nous avons essayé de télécharger les documents sans succès et maintenant la date limite est passée.
Pouvez-vous svp nous aider ?" […].

Ce même message a été soumis au *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement*.

Par courriel du même jour à 15h11, la STIB a répondu qu'elle ne pouvait rien faire et a demandé si la société OneTrust Technology avait contacté le *helpdesk* […].

A 15h15 ce jour-là, la STIB a procédé, sans attendre une réponse de la part de la société OneTrust Technology, à l'ouverture des offres […].

Quatre minutes plus tard, soit à 15h19 ce même jour, la société OneTrust Technology répondit en expliquant la réponse automatique qu'elle recevait du *helpdesk* […].

En désespoir de cause, la société OneTrust Technology envoya alors son offre par courriel du même jour à 15h49 à la STIB en ces termes :

" nous avons essayé de télécharger notre réponse à votre demande de proposition sur la plate-forme *e-Procurement* depuis 13h47 sans succès.

En appelant le *helpdesk*, nous obtenons l'information qu'il y a actuellement des travaux de maintenance sur la plateforme *e-Procurement* qui provoquent des interruptions. Cependant, aucun agent du service d'assistance ne répond jamais au téléphone.

Nous sommes donc obligés de vous envoyer notre réponse par *e-mail*, comme ci-joint.

Dans l'intervalle, nous continuerons également d'appeler votre service d'assistance *e-Procurement*, et attendons également leur réponse à nos *e-mails*". […]

Il convient de préciser qu'au total, la société OneTrust Technology a fait 32 tentatives de joindre le *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement* […].

5.- Par courriel du lendemain, la STIB répondit qu'elle ne pouvait accepter l'offre de la société OneTrust Technology que si elle disposait "de la preuve que la plateforme était effectivement indisponible pour raison technique", ne leur permettant pas de déposer leur offre […].

Les réponses fournies par le *helpdesk* aux différents tickets soumis n'ont pas été satisfaisantes […]. Ces réponses sont, en effet, fort générales et ne permettent aucunement de déduire que la société OneTrust Technology n'aurait pas rencontré de problème lors des tentatives de dépôt de son offre le 18 décembre 2019.

6.- Au retour des congés d'hiver, par courriel du 8 janvier 2020, la société OneTrust Technology s'enquit du futur de son offre auprès de la STIB en réitérant les problèmes rencontrés lors de tentatives du dépôt de son offre, donnant les coordonnées des employés témoins des faits et mettant en exergue les raisons pour lesquels elle serait le partenaire idéal pour la STIB dans le cadre de ce marché […].

Ce courriel est resté sans réponse.

7.- Par lettre du 11 mai 2020, envoyée par courriel du même jour, la STIB a informé la société OneTrust Technology que son offre avait été déclarée irrégulière, car tardive et déposée par courriel […].

Le 26 mai 2020, la société OneTrust Technology a introduit une requête en suspension d'extrême urgence, devant Votre Conseil, ayant pour objet de faire suspendre la décision prise par la STIB en date du 11 mai 2020 de déclarer son offre irrégulière et d'attribuer le marché à une société concurrente […].

Par un arrêt du 24 juin 2020, Votre Conseil a décidé que "la suspension de l'exécution de la décision prise par la société de Transports Intercommunaux de Bruxelles en date du 11 mai 2020 dans le cadre de l'attribution du marché ayant pour objet 'Outil pour la gestion de la conformité au GDPR' de déclarer l'offre de la société de droit anglais One Trust Technology Ltd irrégulière et d'attribuer le marché à la société de droit français INFHOTEP est ordonnée".

Afin de poursuivre la procédure, la société OneTrust Technology a introduit, le 10 juillet 2020, une requête en annulation à l'encontre de la décision précité. Cette procédure est toujours en cours.

8.- Par lettre datée du 13 août 2020, envoyée par courriel du 20 août 2020, la STIB a informé la société OneTrust Technology que son offre avait été déclarée irrégulière, car tardive et déposée par courriel […].

La société OneTrust Technology suppose qu'une décision d'attribution a dû également être prise à cette occasion et entend également l'attaquer en vue de conférer un effet utile à son recours.

Ces décisions constituent l'acte attaqué ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 14 septembre 2020, la société de droit français Infhotep demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du second acte attaqué, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique de la requête

V.1. Thèse de la partie requérante

Dans la requête, est soulevé un moyen unique, « pris de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution; des articles 4, 5, 14 et 169, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; de l'article 63, § 1er de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; des articles 5 et 9 de l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale; des articles 5, 8° et 8, § 1er, alinéa 1er, 2° et 29/1, § 1er, alinéa 1er, 2° et alinéas 3 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de l'article 29, alinéa 1er, point 4 des Statuts de la Société des transports intercommunaux de Bruxelles, approuvés par arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capital du 6 décembre 1990; des principes généraux de bonne administration que sont les principes de transparence, de motivation, du raisonnable, de diligence, de confiance, de prudence et de proportionnalité ainsi que le devoir de minutie; des principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination, de force majeure, d'impartialité, de concurrence, de sécurité juridique et "*patere legem quam ipse fecisti*"; de la compétence de l'auteur de l'acte ». Articulé en quatre branches, ce moyen est formulé dans les termes suivants :

« Première branche

10.- L'article 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que :

« Art. 14. § 1er. Les communications et les échanges d'informations entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques, y compris la transmission et la réception électronique des offres, visées au paragraphe 7, doivent, à tous les stades de la procédure de passation, être réalisés par des moyens de communication électroniques, sauf dans les cas visés par les paragraphes 2 à 4. Sans préjudice du paragraphe 5, les outils et dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, ne sont pas discriminatoires, sont communément disponibles et compatibles avec les TIC généralement utilisées, et ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation.
(…)
§ 7. Les outils et dispositifs de réception électronique des offres, des demandes de participation ainsi que des plans et projets dans le cadre des concours, ci-après dénommés 'plateformes électroniques', doivent au moins garantir, par les moyens techniques et procédures appropriés, que :
(…)
Les parties intéressées doivent pouvoir disposer en outre des informations relatives aux spécifications liées à la soumission des offres et aux demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage et l'horodatage.
Le présent paragraphe n'est pas d'application dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3.
Le Roi fixe les modalités matérielles et procédurales additionnelles applicables aux plateformes électroniques, y compris les niveaux de sécurité exigés pour le recours aux moyens de communication électroniques pour chacune des phases de la procédure de passation. Ce niveau doit être proportionnel aux risques". […]

11.- Il ressort de l'exposé des faits que la partie requérante a procédé à toutes les démarches nécessaires afin de pouvoir déposer ses documents sur la plateforme dans le délai imparti. Constatant un problème informatique sur lequel elle n'avait aucune prise (impossibilité de télécharger les documents de son offre de manière effective), elle a contacté le *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement*, sans succès. Elle a également prévenu, à très bref délai (4 minutes après la date limite, suite à une énième tentative de déposer l'offre dans les temps sur la plateforme), la partie adverse des problèmes auxquels elle faisait face et de son impossibilité de déposer son offre dans les délais requis.

Il convient, déjà à ce stade, de souligner que le fait d'avoir averti l'entité adjudicatrice du problème rencontré, 4 minutes après l'heure ultime prévue pour le dépôt, n'est aucunement problématique dans la mesure où un Rapport au Roi, sur lequel nous reviendrons plus avant dans la deuxième branche, précise justement que l'entité adjudicatrice peut avoir été mis au courant "de l'indisponibilité, survenue peu avant le moment ultime de l'introduction des offres, qu'après ce moment ultime". […]

Pour donner un effet utile à l'article que commente ce Rapport au Roi, il convient d'admettre qu'une offre puisse être déposée peu après l'heure de dépôt en raison d'une indisponibilité de la plateforme *e-Tendering* et, en raison de cette indisponibilité, par un autre moyen que celui prescrit par le cahier des charges, ce qui est le cas en l'espèce.

12.- Un arrêt intéressant pour le cas d'espèce est Votre arrêt du 14 décembre 2017. En l'espèce, un candidat avait rencontré un problème avec la plateforme électronique lors de la signature de sa candidature. Il semble qu'il était le seul à avoir rencontré ce problème et avait également mis tout en œuvre pour essayer de résoudre le problème avant l'heure limite, en vain. Il s'est avéré que, dans l'historique des indisponibilités de la plateforme *e-Tendering*, aucune indisponibilité n'avait été répertoriée à ce moment-là. C'est dans un rapport détaillé du SPF Stratégie et Appui que Votre Conseil a pu trouver des indices permettant de confirmer les dires du candidat évincé.

Parmi les enseignements pouvant être tiré de cet arrêt, il convient de relever, en les appliquant au cas d'espèce, que (i) un soumissionnaire, qui fait face à un problème d'indisponibilité de la plateforme *e-Tendering* lors du dépôt de son offre, peut, en principe, invoquer l'existence d'un cas de force majeure, même si d'autres soumissionnaires ont pu déposer leur offre sans encombre, (ii) il n'est pas requis que l'indisponibilité de la plateforme *e-Tendering* soit générale pour qu'il s'agisse bel et bien d'un cas de force majeure et (iii) il incombe à l'entité adjudicatrice de veiller à l'accessibilité de la plateforme.

Par ailleurs, un Rapport au Roi, que nous détaillerons plus avant par la suite, précise qu' "une indisponibilité [de la plateforme] qui serait survenue pendant la dernière heure avant la séance d'ouverture serait en principe beaucoup plus problématique que celle survenue longtemps avant la séance d'ouverture".

13.- En l'espèce, le problème informatique rencontré par la partie requérante répond bien aux critères de la force majeure (irrésistibilité, non-imputabilité et imprévisibilité). Ceci est, notamment, attesté par les nombreux échanges de courriels avec la partie adverse et le *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement* […], notamment corroborés par un tableau, comportant quatre parties, fourni par le service responsable de la plateforme *e-Procurement* […].

La première partie du tableau indique que la partie requérante a accepté la *data policy* de la plateforme à 13h49, ce qui concorde avec le fait qu'elle se soit connectée à la plateforme à 13h47 […].

Le deuxième partie détaille l'activité de la partie requérante sur la plateforme *e-Tendering* (pièce n° 9, p. 4). Il est manifeste que la partie requérante a pu faire des démarches entre 13h49 et 13h54 et puis, il n'y a plus rien jusque 15h03. Le temps écoulé entre ces deux moments est celui durant lequel la partie requérante a tenté de télécharger son offre et ses annexes, sans succès, tel que cela a été décrit dans l'exposé des faits (rafraîchissement automatique de la page et disparition du document).

La troisième partie rapporte le téléchargement des documents sur la plateforme e-*Tendering* […]. Or, le problème précis auquel à fait face la partie requérante est le fait qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité de télécharger les documents sur la plateforme en raison d'un dysfonctionnement affectant cette dernière. Il est donc normal que ce rapport de téléchargements ne mentionne pas de téléchargements en provenance de la partie requérante.

La quatrième partie reprend le rapport des dépôts et des ouvertures […]. La partie requérante n'ayant jamais pu finaliser le dépôt de son offre et de ses annexes sur la plateforme *e-Tendering*, il est évident qu'il n'a pas pu y avoir de rapport de dépôt à son nom.

En outre, le relevé des appels de l'employé de la partie requérante qui a tenté, le premier, de télécharger les documents sur la plateforme *e-Tendering*, sans succès, révèle qu'il a appelé son collègue afin que ce dernier essaie également de télécharger les documents sur la plateforme vu que le premier n'y arrivait pas (appels surlignés en orange dans la pièce n° 8). Le collègue en question n'y est pas parvenu non plus. La suite du relevé des appels de cet employé indique qu'il a tenté de joindre cinq fois le *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement* le 18 décembre 2019 et encore une fois le lendemain (appels surlignés en jaune dans la pièce n° 8). Lors de ces appels du 18 décembre 2019, l'employé n'a fait qu'entendre, en boucle, le message automatique indiquant que des travaux de maintenance étaient en cours et qu'il y avait une panne du service, sans jamais pouvoir joindre une personne du *helpdesk*. Il est à noter que ce n'est pas le seul employé qui a tenté de joindre le *helpdesk* sans succès.

Il est manifeste que la partie requérante n'aurait pas provoqué un tel branle-bas de combat si elle n'avait pas rencontré de problème avec ladite plateforme. Le cas de force majeure rencontré par la partie requérante est donc avéré.

Par ailleurs, le courriel du *helpdesk* déclarant que des "travaux de maintenance ont été effectués le vendredi 13/12/19 à partir de 14h jusque 17h" […] ne permet pas d'affirmer que la partie requérante n'a pas fait face, le 18 décembre 2019, au cas de force majeure qu'elle expose.

D'ailleurs, ce courriel est un courriel fort général qui n'apporte aucun détail sur la disponibilité de la plateforme le 18 décembre 2019. En outre, il n'affirme rien et ne fait que des suppositions :

" Je ne pense que vous ayez été impacté par notre maintenance (celle du vendredi 13 décembre 2019)". […]

Votre arrêt du 14 décembre 2017 est très clair à ce sujet et martèle le fait que l'absence d'indisponibilité générale de la plateforme *e-Procurement*, telle qu'attestée par le site web reprenant le calendrier des indisponibilités de la plateforme *e-Procurement*, n'exclut pas qu'un soumissionnaire particulier puisse avoir rencontré des problèmes lors de l'utilisation de cette plateforme. Ainsi, le fait que d'autres utilisateurs utiliseraient la plateforme au même moment sans rencontrer de problème est sans pertinence.

Si Votre Conseil ne s'estime pas convaincu, il est toujours libre de demander l'audition de témoins. La partie requérante avait déjà fourni les coordonnées de deux témoins des faits à la partie adverse dans son courriel du 8 janvier 2020 qui est resté sans réponse […]. Votre Conseil est libre de procéder à leur audition.

14.- Compte tenu de l'enseignement de l'arrêt susmentionné, la partie requérante est donc en droit d'invoquer l'existence de la force majeure. Elle a vu son accès à la plateforme *e-Tendering* restreint si bien que l'accès à cette plateforme n'a pas été assuré de manière égale pour tous les soumissionnaires, alors qu'il incombait à la partie adverse de veiller à l'accessibilité de la plateforme, c'est-à-dire que cette dernière soit disponible et ne limite pas l'accès à la procédure d'attribution .

Il convient de préciser, qu'en cas d'indisponibilité de la plateforme alors qu'elle doit en garantir l'accès, la partie adverse n'est pas dépourvue de solution et peut, notamment, faire usage de la possibilité prévue à l'article 63, § 1er de l'arrêté du 18 juin 2017 précité (cf. deuxième branche du présent moyen).

Ne pas veiller à l'accessibilité de la plateforme entraîne une violation des articles 4 et 14 de la loi du 17 juin 2016 précitée et est contraire au droit européen qui est à la source de ces articles, notamment les articles 36 et 40 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

15.- Si tant est que cela puisse avoir de l'importance au vu de l'enseignement de Votre arrêt précité , il convient de faire remarquer, par ailleurs, que les autres soumissionnaires n'ont pas remis leurs offres dans les mêmes créneaux horaires que la partie requérante ainsi qu'en atteste le rapport d'ouverture des offres […], si bien qu'il est normal qu'ils n'aient pas rencontré les mêmes problèmes que la partie requérante.

Or, malgré le fait que la partie requérante ait dû faire face à un cas de force majeure lors de la soumission de son offre, la partie adverse l'a traitée de la même manière que les soumissionnaires ne faisant pas face à ce cas de force majeure.

Il importe de souligner que tout porte à croire que la partie adverse ait scellé le sort de l'offre de la partie requérante en 11 minutes (voire même 4 minutes) vu qu'elle n'a pas daigné prendre au sérieux les affirmations de la partie requérante, connues d'elle à 15h04 au plus tôt […] – on doute fort d'ailleurs que la partie adverse ait réellement pris le temps d'analyser le problème de la partie requérante – et qu'elle a procédé, à 15h15 à l'ouverture des offres […] (cf. également les deuxième et quatrième branches du présent moyen). Or, le Rapport au Roi cité ci-dessus souligne bien le caractère hautement problématique d'une indisponibilité de la plateforme qui survient proche de la date limite.

16.- En conséquence, l'acte attaqué, qui traite de manière identique des personnes se trouvant dans des situations différentes sans qu'apparaisse une quelconque justification raisonnable, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que le principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination, les articles 4 et 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et les principes de proportionnalité, de diligence, de confiance et de force majeure.

Ceci est d'autant plus avéré que la partie adverse devait s'assurer de l'accessibilité de la plateforme.

Si la partie adverse avait respecté les dispositions reprises au moyen concernant l'égalité de traitement et les principes généraux susvisés et, donc, dûment pris en compte le cas de force majeure auquel a dû faire face la partie requérante, elle aurait, fort probablement, rendu une décision d'attribution différente que celle qui a été prise dans la présente affaire vu qu'elle aurait pris en compte l'offre de la partie requérante lors de l'évaluation des offres. C'est donc bien l'intégralité de l'acte attaqué qui viole lesdites dispositions.

Deuxième branche

17.- L'article 63, § 1er de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux dispose que :

« L'entité adjudicatrice peut décider de reporter la date et l'heure limites du dépôt des demandes de participation ou des offres lorsqu'elle a eu connaissance d'une indisponibilité des plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi. Ce report doit être d'au moins six jours pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et d'au moins huit jours pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur audit seuil, sans préjudice de l'article 8, § 1er, alinéa 3.
En cas de report conformément à l'alinéa 1er, l'entité adjudicatrice procède à une publication adaptée communiquant la nouvelle date d'introduction des demandes de participation ou des offres, selon le cas".

Afin de comprendre au mieux la portée de l'article 63, § 1er de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité, il convient de se référer au Rapport au Roi précédant cet arrêté royal qui indique qu'il "est largement inspiré de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques". Aussi, en l'absence de commentaire spécifique à propos de cet article 63, § 1er, il importe d'avoir égard au commentaire, contenu dans le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 susmentionné, de son article correspondant dans ledit arrêté, à savoir l'article 57, § 1er.

Le Rapport au Roi de cet article 57, § 1er précise que :

« Cet article reprend, en le modifiant, l'article 90, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. L'exigence qu'au moins un candidat ou soumissionnaire ait informé le pouvoir adjudicateur de l'indisponibilité de la plateforme électronique n'est plus reprise. Il suffit que ce dernier ait eu connaissance de

l'indisponibilité survenue, de quelque manière que ce soit. De plus, il arrive que le pouvoir adjudicateur n'ait connaissance de l'indisponibilité, survenue peu avant le moment ultime de l'introduction des offres, qu'après ce moment ultime. C'est pourquoi, il n'est plus référé à ce moment ultime dans la présente disposition. Il est en outre précisé quelle sera la durée minimale du report". […]

Pour être tout à fait complets, il convient donc également de citer le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014 qui était venu, par son article 20, compléter l'article 90 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 par un § 3 :

" Cet article complète l'article 90 du même arrêté par un paragraphe 3, en vertu duquel le pouvoir adjudicateur peut reporter l'ouverture des demandes de participation et/ou des offres lorsqu'avant l'ouverture, il a eu connaissance d'une indisponibilité de l'application *e-procurement*. Il s'agit d'applications permettant d'introduire des demandes de participation et des offres par des moyens électroniques satisfaisant aux conditions de l'article 52, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, comme par exemple l'application *e-Tendering* au niveau fédéral. (…)

Malgré tous les avantages liés à l'utilisation des applications *e-procurement*, la survenance d'une indisponibilité, comme pour toute application ICT, ne peut être exclue et risque d'empêcher certains candidats ou soumissionnaires d'introduire à temps leur demande de participation ou leur offre. Afin de remédier dans la mesure du possible à cette éventualité et de donner, dans ce cas, aux candidats/ soumissionnaires concernés une possibilité supplémentaire d'introduire leur demande de participation/offre, il est prévu que le pouvoir adjudicateur puisse reporter l'ouverture des demandes de participation/des offres, à condition qu'avant l'ouverture, il ait eu connaissance d'une indisponibilité de l'application *e-procurement*, et qu'il ait été averti par au moins un candidat/soumissionnaire de ce que ce dernier risque de ne pas pouvoir introduire à temps sa demande de participation/son offre en raison de cette indisponibilité.

Il ne suffit pas qu'un pouvoir adjudicateur ait été averti par un candidat/soumissionnaire du fait que ce dernier risque de ne pas pouvoir introduire à temps sa demande de participation/son offre en raison d'une indisponibilité de l'application *e-procurement*. Le pouvoir adjudicateur doit lui-même vérifier, auprès du service responsable de l'application *e-procurement*, si l'indisponibilité présumée est effectivement survenue et dans quelle mesure. Généralement, le service responsable de l'application *e-procurement* informera d'ailleurs lui-même le pouvoir adjudicateur de la survenance d'une indisponibilité, soit par *e-mail*, soit via d'autres canaux de communication mis à disposition par l'application *e-procurement*. Si l'indisponibilité de l'application *e-procurement* se confirme, le pouvoir adjudicateur peut décider de reporter l'ouverture des demandes de participation/des offres. En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation pour reporter ou non cette ouverture. Pour ce faire, il peut se laisser guider par des éléments tels que la durée de l'indisponibilité et le moment où celle-ci survient. Par exemple, une indisponibilité qui serait survenue pendant la dernière heure avant la séance d'ouverture serait en principe beaucoup plus problématique que celle survenue longtemps avant la séance d'ouverture. Dans ce dernier cas, les candidats/soumissionnaires sont effectivement empêchés d'introduire leur demande de participation/offre au moment de l'indisponibilité, mais y parviendront le lendemain sans problème". […]

Au sujet de ce Rapport au Roi, il est également intéressant de noter que de Votre arrêt précité du 14 décembre 2017, sont également tirés les enseignements suivants – qu'il convient d'appliquer au cas d'espèce. Ainsi, la partie adverse, en vertu de son devoir de minutie (*zorgvuldigheidsplicht*), avait l'obligation de vérifier les dires de la partie requérante dès lors que celle-ci apporte les preuves

selon lesquelles elle a mis tout en œuvre pour remettre son offre dans les temps en contactant le *helpdesk* à de nombreuses reprises tant par téléphone […] que par courriel (pièce n° 4), sans succès. En outre, la partie adverse avait l'obligation de vérifier auprès du service responsable de la plateforme *e-Procurement* de la réalité et de l'étendue de l'indisponibilité, le dépôt tardif de l'offre par courriel ne l'en exonérant aucunement. Votre Conseil base, en effet, sa motivation, à ce sujet, sur le Rapport au Roi explicitant l'article 90, § 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, repris ci-dessus.

Il convient, en outre, de relever un extrait de cet arrêt qui précise que :

« *In casu* lijkt het dat de verwerende partij vóór de opening van de aanvragen tot deelneming om 16u07 kennis heeft gekregen van een opgetreden onbeschikbaarheid van de *e-procurementtoepassing*, aangezien zij in de bestreden beslissing erkent om 12u01 een eerste e-mailbericht van de verzoekende partijen te hebben ontvangen waarin erop wordt gewezen dat zij ernstige problemen ondervindt bij indiening van de aanvraag tot deelneming.
Voorts blijkt dat de verwerende partij door minstens één kandidaat ervan op de hoogte is gebracht dat hij door die onbeschikbaarheid zijn aanvraag tot deelneming niet tijdig dreigde te kunnen indienen, aangezien het e-mailbericht door de verzoekende partijen werd verzonden binnen de termijn voor indiening van de aanvragen tot deelneming, namelijk om 12u00. Dat het e-mailbericht pas 1 minuut na afloop van de termijn werd ontvangen door de verwerende partij, lijkt daaraan geen afbreuk te doen, minstens niet te verhinderen dat de verwerende partij, gelet op haar eigen verplichtingen dienaangaande, navraag doet over de vermeende onbeschikbaarheid.
Uit het verslag blijkt echter dat de verwerende partij op 15 september 2017 geen contact heeft opgenomen met de *helpdesk e-procurement*. Dit wordt door de verwerende partij ook niet ontkend.
Het lijkt op het eerste gezicht dan ook te getuigen van een bijkomend gebrek aan zorgvuldigheid dat de verwerende partij niet zelf vóór de opening van de aanvragen tot deelneming bij de dienst verantwoordelijk voor de *e-procurementtoepassing*, heeft nagegaan of die beweerde onbeschikbaarheid ook effectief is opgetreden alsook in welke mate, te meer omdat de verzoekende partijen reeds in hun e-mailbericht, om 12u00 verzonden, melding hebben gemaakt van een vermeende onbeschikbaarheid gedurende het laatste uur van de indieningstermijn". […]

Traduction libre :

« En l'espèce, il appert que la partie adverse a eu connaissance de l'indisponibilité de l'application *e-Procurement* avant l'ouverture des demandes de participation à 16h07, étant donné que, dans la décision attaquée, elle reconnaît avoir reçu un premier courriel des parties requérantes à 12h01 indiquant qu'elles rencontraient de sérieuses difficultés pour soumettre la demande de participation.
En outre, il apparaît que la partie adverse a été informée par au moins un candidat que, du fait de cette indisponibilité, il risquait de ne pas pouvoir soumettre sa demande de participation à temps, puisque le courriel a été envoyé par les parties requérantes dans le délai de dépôt des demandes de participation, à savoir 12h00. Le fait que le courriel n'ait été reçu par la partie adverse qu'une minute après l'expiration du délai ne semble pas affecter ce fait, du moins pas empêcher la partie adverse, eu égard à ses propres obligations à cet égard, de se renseigner sur la prétendue indisponibilité.
Toutefois, il ressort du rapport que la partie adverse n'a pas contacté le *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement* le 15 septembre 2017. La partie adverse ne le nie pas non plus.
Par conséquent, il apparaît de prime abord qu'il y ait eu un manque de minutie accru de la part de la défenderesse, qui n'a pas vérifié elle-même, avant l'ouverture des demandes de participation, auprès du service responsable de

l'application *e-Procurement*, si cette prétendue indisponibilité s'était effectivement produite et dans quelle mesure, d'autant plus que les parties requérantes avaient déjà signalé une indisponibilité alléguée au cours de la dernière heure du délai de soumission dans leur courrier électronique envoyé à 12 heures". […]

Depuis cet arrêt, la réglementation a changé, mais ledit Rapport au Roi reste, en grande partie d'actualité comme exposé ci-avant. Un changement mérite d'être noté : désormais, l'entité adjudicatrice peut parfaitement avoir été mise au courant de l'indisponibilité après que la date ultime de remise des offres soit passée. Quand il a été mis au courant d'une indisponibilité, comme le précise le Rapport au Roi et au risque de se répéter, "[l]e pouvoir adjudicateur doit lui-même vérifier, auprès du service responsable de l'application *e-procurement*, si l'indisponibilité présumée est effectivement survenue et dans quelle mesure". […]

Il convient de noter que, dans cet arrêt, malgré le fait que la partie adverse ait contacté, environ deux semaines après le dépôt des demandes de participation, le SPF Stratégie et Appui afin d'avoir un rapport détaillé pour pouvoir statuer en connaissance de cause , Votre Conseil a toutefois décidé qu'elle avait manqué à son devoir de minutie en ne vérifiant pas la réalité de l'indisponibilité avant l'ouverture des demandes de participation. Votre Conseil souligne, en outre, que la partie adverse n'a pas contacté le *helpdesk* le jour où l'incident lui a été signalé, jour du dépôt des demandes de participation, ce qui n'a fait qu'accroître son manquement au devoir de minutie.

Compte tenu de ce qui précède, il suffit que la partie requérante informe la partie adverse de l'indisponibilité dont elle est victime, pour que la partie adverse soit obligée de faire toutes les vérifications qui s'imposent auprès du service responsable de la plateforme *e-Tendering* et décide, le cas échéant, de reporter le dépôt des offres.

18.- Or, en l'espèce, la partie adverse n'avait, *in tempore non suspecto*, entrepris aucune démarche pour vérifier l'indisponibilité de la plateforme *e-Tendering* relatée par la partie requérante, alors qu'elle aurait également pu le faire avant l'ouverture des offres. Il peut être bon, à ce stade, de rappeler qu' "une indisponibilité [de la plateforme] qui serait survenue pendant la dernière heure avant la séance d'ouverture serait en principe beaucoup plus problématique que celle survenue longtemps avant la séance d'ouverture".

De fait, elle a été mise au courant de cette indisponibilité le jour du dépôt des offres, soit le 18 décembre 2019, par un courriel de 15h04 auquel elle a répondu à 15h11, prétendant ne rien savoir faire (pièce n° 3). Sans faire aucune vérification qui lui aurait permis d'évaluer la pertinence de reporter le dépôt des offres ou non, ni attendre une quelconque réponse de la partie requérante, elle a procédé à l'ouverture des offres à 15h15 […].

Une entité adjudicatrice normalement prudente et diligente n'aurait pas ouvert les offres 11 minutes (voire même 4 minutes si on tient compte du moment de réponse au courriel) après avoir été prévenue d'un problème informatique affectant le dépôt des offres. Il importe, à cet égard, de rappeler que l'entité adjudicatrice doit veiller à la disponibilité de la plateforme *e-Tendering* ainsi qu'exposé à suffisance dans la première branche du présent moyen.

Agir de la sorte conduit à une violation flagrante de l'article 63, § 1er de l'arrêté du 18 juin 2017 précité, lu à la lumière des différents Rapports au Roi y relatifs. Respecter un tel article est, en effet, impossible en l'absence de vérification, par l'entité adjudicatrice, de l'indisponibilité dont il a eu connaissance. Afin de donner un effet utile à cet article, lu à la lumière des différents Rapports au Roi y relatifs, l'entité adjudicatrice doit, en effet, procéder à une telle vérification. Il est

manifeste qu'en ouvrant les offres 11 minutes (voire 4 minutes) après avoir été mise au courant, la partie adverse, n'a même daigné examiner avec attention le problème informatique relaté par la partie requérante.

C'est donc de manière délibérée, dès qu'elle a pris la décision d'ouvrir les offres, que la partie adverse a exclu d'emblée la partie requérante de la suite de la procédure, faussant ainsi la concurrence, mettant à mal l'égalité entre soumissionnaires (cf. première branche du présent moyen) et violant les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée. L'impartialité de la partie adverse est également remise en cause. La question de la compétence de l'auteur de l'acte mérite aussi, dans ce contexte, d'être posée et sera examinée plus avant dans la quatrième branche du présent moyen.

19.- Ce n'est que le lendemain que la partie adverse s'est souciée de la recevabilité de l'offre de la partie requérante. De plus, ce n'est que par un courriel du 8 janvier 2020 que la partie adverse a pu prendre connaissance du courriel du *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement* qui (i) n'informe de rien d'autre que du fait qu'il y a eu une maintenance le 13 décembre 2019 de 14 à 17h, (ii) ne fait que des suppositions et (iii) ne détaille aucunement l'activité de la partie requérante sur la plateforme *e-Tendering* le 18 décembre 2019 […].

La partie adverse ne s'est donc aucunement inquiétée, *in tempore non suspecto*, ni avant l'ouverture des offres […], ni avant leur évaluation, ni avant la première décision d'éviction de l'offre de la partie requérante et d'attribution du marché […], de vérifier elle-même les dires de la partie requérante alors qu'elle avait l'obligation de le faire.

Si la partie adverse avait rempli ses obligations et interrogé, en temps opportun, le service responsable de la plateforme *e-Procurement*, ce service aurait pu lui fournir le tableau in fine obtenu par la partie requérante dans le cadre de la procédure en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la première décision d'éviction de l'offre de la partie requérante et d'attribution du marché […] qui détaille, notamment, les activités de la partie requérante sur la plateforme le 18décembre 2019 […]. Comme démontré dans la première branche du moyen, ce tableau corrobore les faits rapportés par la partie requérante quant à l'indisponibilité de la plateforme en ce qui la concerne.

Par ailleurs, le site *e-Procurement* va même jusqu'à préciser, dans une page consacrée à la question : "Que faire en cas d'indisponibilité de la plateforme *e-Procurement* ?", que "[q]uel que soit le statut de la publication dans *e-Notification*, la date ultime de soumission dans *e-Tendering* ne peut plus être reportée. Afin d'éviter tout recours de la part d'un soumissionnaire, nous vous recommandons de prendre en considération le recommencement de la procédure de marché".

20.- Il est donc manifeste que la partie adverse n'a fait preuve ni de minutie, ni de prudence, ni de diligence en vue de la rédaction de l'acte attaqué et que la motivation de la décision d'éviction de la partie requérante, en ce qu'elle prétend que "[d]ans un tel contexte, la STIB ne devait et ne pouvait pas reporter la date et l'heure limites de dépôt des offres, sous peine de violer l'égalité entre soumissionnaires […] est loin d'être adéquate.

De fait, à aucun moment dans la procédure en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la première décision d'éviction de l'offre de la partie requérante et d'attribution du marché […], la partie adverse n'a allégué avoir consulté le service responsable de la plateforme *e-Tendering in tempore non suspecto*, alors que cette obligation lui incombait comme exposé ci-avant.

Affirmer ne pas pouvoir ni devoir reporter la date et l'heure limites de dépôt des offres sous peine de violer l'égalité entre soumissionnaires sur base d'éléments

qu'elle a obtenu après l'ouverture des offres et voire même après la première décision d'éviction de l'offre de la partie requérante et d'attribution du marché […] relève de l'anachronisme – à moins que la partie adverse ait versé au dossier administratif des documents dont la partie requérante n'a pas connaissance, problématique qui sera discutée dans la troisième branche de présent moyen.

Sur base des éléments à disposition de la partie requérante, la partie adverse n'a pas pu apprécier en toute connaissance de cause la possibilité d'appliquer l'article 63, § 1er de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité.

21.- Ce faisant, l'acte attaqué viole les articles 4, 5, 63, § 1er de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, les articles 5, 8° et 8, § 1er, alinéa 1er, 2° et 29/1, § 1er, alinéa 1er, 2° et alinéas 3 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, les principes généraux de bonne administration que sont les principes de motivation, du raisonnable, de diligence, de confiance et de prudence ainsi que le devoir de minutie et les principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination, d'impartialité, de concurrence et de sécurité juridique.

Si la partie adverse avait respecté ces dispositions, elle aurait eu accès au tableau […], commenté dans la première branche, si bien qu'elle aurait pu, en temps utiles, apprécier l'opportunité de reporter la date et l'heure limites de dépôt des offres. Elle aurait ainsi constaté le bien-fondé des affirmations de la partie requérante concernant l'indisponibilité de la plateforme *e-Tendering* en ce qui la concerne et aurait, fort probablement, rendu une décision d'attribution différente que celle qui a été prise dans la présente affaire vu qu'elle aurait pris en compte l'offre de la partie requérante lors de l'évaluation des offres. C'est donc bien l'intégralité de l'acte attaqué qui viole lesdites dispositions.

Troisième branche

22.- Selon la jurisprudence de Votre Conseil :

« L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce". […]

23.- En l'espèce, l'extrait de la décision communiqué à la partie requérante précise que :

« La date ultime pour le dépôt des offres via la plateforme *e-Procurement* était fixée au 18.12.2019 – 15h.
ONETRUST a transmis une offre par e-mail le 18.12.2019 – 15h49.
Outre le fait qu'elle est tardive, l'offre de ONETRUST est irrégulière étant donné qu'elle a été envoyée par e-mail alors que l'article 1.12 du cahier des charges imposait le dépôt des offres via la plateforme *e-Tendering* :
‹ Les offres électroniques doivent être déposées via le site Internet *e-Tendering* https://eten.publicprocurement.be qui garantit l'égalité de traitement concernant les modalités de dépôt des offres'.

ONETRUST explique la transmission tardive de son offre, ainsi que le fait qu'elle n'ait pas été déposée via *e-Tendering*, par une indisponibilité de la plateforme pour cause de maintenance.

Différents échanges avec la plateforme relatifs à l'incident allégué figurent au dossier administratif. Ceux-ci ne confirment pas l'indisponibilité dont ONETRUST dit avoir été victime. Ils excluent par ailleurs toute maintenance pendant la période où ONETRUST a tenté de déposé son offre.

Dans un tel contexte, la STIB ne devait et ne pouvait pas reporter la date et l'heure limites de dépôt des offres, sous peine de violer l'égalité entre soumissionnaires. Elle ne peut pas non plus accepter l'offre du soumissionnaire qui est, par conséquent, déclarée irrégulière". […]

24.- En ce qui concerne les cinq premiers alinéas de cet extrait, la partie requérante renvoie à la première branche du présent moyen qui explique à suffisance le bien-fondé de ses affirmations.

25.- En ce qui concerne le sixième alinéa de cet extrait, la partie requérante tient à souligner que la partie adverse motive sa décision par référence au dossier administratif, sans identifier les pièces du dossier administratif sur lesquelles elle se base.

Il importe, à cet égard, de rappeler que :

" Selon la jurisprudence, la motivation formelle d'un acte administratif par référence à un autre document peut être admise pour autant, soit que la substance de ce document soit rapportée dans l'acte, soit que le destinataire ait eu connaissance de ce document au plus tard au moment où l'acte lui est notifié, auxquels cas la motivation de l'acte auquel l'autorité se réfère doit satisfaire aux exigences de la loi du 29 juillet 1991, précitée".

Les termes "échanges avec la plateforme" sont imprécis et ne permettent pas à la partie requérante d'identifier les documents auquel la partie adverse fait référence.

Les seuls échanges dont la partie requérante a connaissance sont les échanges avec le *helpdesk* de la plateforme *e-Procurement* dans le contexte de la tentative de remise de son offre […] et ceux avec le service responsable de la plateforme qui ont eu lieu lors de la procédure en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la première décision d'éviction de l'offre de la partie requérante et d'attribution du marché […].

Si le présent acte attaqué se réfère à ces documents, ces derniers ont déjà fait l'objet d'une argumentation par la partie requérante dans la première branche du présent moyen. La partie requérante tient à rappeler, à ce propos, que le tableau que le service responsable de la plateforme *e-Procurement* a communiqué à la partie requérante […] concorde avec ses dires et ses écrits. De ce fait, motiver par référence à ces documents est loin d'être adéquat.

Il importe toutefois de souligner que rien n'indique dans la motivation par référence qu'il s'agirait de ces documents. Il s'agit d'une supposition de la partie requérante qui essaye de comprendre, en vain, les motifs de son éviction.

On est donc loin d'une motivation qui serait "claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce".

La partie requérante en vient donc à conclure qu'une telle motivation par référence ne lui permet pas de savoir sur quels documents – ni si ceux-ci sont adéquatement motivés – et encore moins sur quels motifs repose l'acte attaqué.

En outre, l'affirmation selon laquelle les échanges avec la plateforme ne confirment pas l'indisponibilité dont la partie requérante a été victime peut aisément être renversée en ce sens que l'on peut affirmer que ce n'est pas parce qu'ils ne la confirment pas qu'ils l'infirment. Si ces échanges correspondent à ceux susmentionnés, la partie requérante ne peut que se référer, une fois encore, aux développements faits dans la première branche du présent moyen à ce sujet. Force serait alors de constater qu'il y aurait contradiction entre les documents auquel il est fait référence et la motivation de l'acte attaqué.

26.- Le septième alinéa ne fait que renforcer le fait que la motivation par référence du sixième alinéa ne respecte pas les exigences de motivation formelle et matérielle.

De fait, la partie requérante peine à identifier quels seraient les échanges avec la plateforme qui auraient permis à la partie adverse d'apprécier, en temps utiles, l'opportunité de reporter la date et l'heure limites de dépôt des offres.

En effet, de tels échanges devraient dater du 18 décembre 2019 entre 15h04 (moment où la partie requérante a averti la partie adverse du cas de force majeure auquel elle fait face – […]) et 15h15 (moment où la partie adverse a décidé de procéder à l'ouverture des offres – […]). Or, la partie requérante n'en pas connaissance.

Si les échanges auxquels la partie adverse se réfère sont ceux qui ont eu lieu avec le service responsable de la plateforme *e-Procurement* lors de la procédure en suspension d'extrême urgence de la première décision d'éviction de l'offre de la partie requérante et d'attribution du marché […], alors, la partie requérante ne peut que réitérer le caractère anachronique d'une telle motivation ainsi que déjà exposé dans la deuxième branche du présent moyen et souligner, de ce fait, une fois de plus, l'inadéquation de la motivation de l'acte attaqué.

27.- Il résulte de ce qui précède que l'acte attaqué viole les articles 5, 8° et 8, § 1er, alinéa 1er, 2° et 29/1, § 1er, alinéa 1er, 2° et alinéas 3 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de motivation, de diligence, de confiance et de prudence ainsi que le devoir de minutie.

Les motifs de droit et de faits étant inadéquats en ce qui concerne la décision d'éviction de la partie requérante, ceux de la décision d'attribution – dont la partie requérante n'a pas connaissance – sont également inadéquats par répercussion. En effet, si l'offre de la partie requérante ne devait plus être considérée comme irrégulière, cette dernière devrait être prise en compte pour l'évaluation des offres et la décision d'attribution serait, de ce fait, différente. Il en résulte que c'est donc bien l'acte attaqué dans son ensemble qui viole les dispositions susmentionnées.

Quatrième branche

28.- L'article 169 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que :

« Dans les limites de ses attributions, chaque ministre est compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'autorité fédérale et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique.
Pour les personnes de droit public autres que celles visées à l'alinéa 1er, les pouvoirs relatifs à la passation et l'exécution des marchés sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant.
Les pouvoirs conférés en vertu des alinéas 1er et 2 peuvent, pour les autorités et organes compétents visés auxdits alinéas et relevant de l'autorité fédérale, être délégués dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation". […]

L'article 5 de l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale précise que :

« Les organes de la Société sont :
1° - l'assemblée générale;
2° - le conseil d'administration;
3° - le comité de gestion;
4° - l'administrateur-directeur général;
5° - le collège des commissaires aux comptes". […]

Il convient, d'emblée, de souligner que le Directeur général adjoint n'est pas un organe de la partie adverse.

L'article 9 de l'ordonnance du 22 novembre 1990 précitée prévoit que :

« L'administrateur-directeur général et le directeur général adjoint sont nommés et révoqués par l'Exécutif. Ils assurent, chacun pour ce qui le concerne, la gestion journalière de la Société. Leurs pouvoirs sont précisés par les statuts. Ils appartiennent à un rôle linguistique différent" […].

L'article 29, alinéa 1er, point 4 des Statuts de la Société des transports intercommunaux de Bruxelles, approuvés par arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capital du 6 décembre 1990, précise que :

« Art. 29. L'administrateur directeur général est responsable de la gestion journalière de la Société. Il est chargé notamment :
(…)
4. de passer les commandes et de conclure les contrats qui engagent la Société pour un montant qui n'excède pas la somme de 30 millions de francs (lire : 743.680 EUR), ce montant pouvant être modifié par l'assemblée générale"; […]

29.- En l'espèce, il convient de faire remarquer que les décisions de ne pas prendre en considération le cas de force majeure auquel faisait face la partie requérante et de ne pas recourir à la possibilité laissée par l'article 63, § 1er, lu à la lumière des différents Rapports au Roi y relatifs – décisions qui ont mené la partie adverse à prendre l'acte attaqué – ont été prises le 18 décembre 2019 entre 15h04 (moment où la partie requérante a averti la partie adverse du cas de force majeure auquel elle fait face – […]), voire 15h11 (moment du courriel en réponse à la partie requérante – […]), et 15h15 (moment où la partie adverse a décidé de procéder à l'ouverture des offres – […]).

Or, rien dans l'acte attaqué ne permet à la partie requérante de vérifier que ces décisions, prises le 18 décembre 2019 entre 15h04, voire 15h11, et 15h15 et qui ont conduit la partie adverse à prendre l'acte attaqué, auraient effectivement été prises formellement par l'organe compétent en matière de passation des marchés publics au sein de la partie adverse, à savoir l'administrateur directeur-général.

30.- De ce fait, l'acte attaqué viole l'article 33 de la Constitution, l'article 169, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les articles 5 et 9 de l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale, l'article 29, alinéa 1er, point 4 des Statuts de la Société des transports intercommunaux de Bruxelles, approuvés par arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capital du 6 décembre 1990, les principes généraux de bonne administration que sont les principes de transparence, de diligence, de confiance, de prudence et le devoir de minutie, le principe général "*patere legem quam ipse fecisti*" et la compétence de l'auteur de l'acte.

Il va sans dire que, si ces décisions n'avaient pas été prises par un auteur incompétent, l'auteur compétent aurait pu prendre en considération le cas de force majeure subi par la partie requérante et aurait pu décider de reporter la date et l'heure limites de dépôt des offres. Ainsi, l'offre de la partie requérante aurait pu être prise en compte dans l'évaluation des offres et la décision d'attribution aurait pu être en faveur de la partie requérante. De ce fait, c'est bien l'acte attaqué dans son entièreté qui viole les dispositions susmentionnées.

31.- Dès lors, l'acte attaqué a violé l'ensemble des dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires ainsi que des principes généraux du droit visés au moyen.

Il résulte de ce qui précède que le premier moyen est recevable et sérieux en ses quatre branches ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

En sa première branche, le moyen repose sur le postulat que la requérante a été confrontée à une situation de force majeure à laquelle il est reproché à la partie adverse de n'avoir pas eu égard, en tant que telle, de sorte que celle-ci aurait méconnu les principes et dispositions invoqués, en déclarant irrégulière l'offre de la requérante.

Pour qu'une circonstance puisse être considérée comme constitutive d'un cas de force majeure, elle doit répondre aux conditions cumulées d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et de non-imputabilité à la partie qui s'en prévaut.

En l'espèce, la requérante a d'abord mentionné des difficultés techniques d'accès à la plate-forme, sans autres précisions, de telle sorte que rien ne peut être vérifié à leur propos. La seule invocation de difficultés d'accès ne suffit pas à établir une indisponibilité de la plateforme présentant les caractéristiques de la force majeure telles que l'extranéité : à défaut de précisions à ce propos, ces difficultés peuvent, en effet, être aussi bien imputables à celui qui s'en prévaut qu'à une cause qui lui est étrangère.

Par ailleurs, la seule circonstance précise, alléguée par la requérante, et étrangère à celle-ci ou à ses installations, est celle de travaux de maintenance de la plate-forme, qui auraient eu lieu le 18 décembre 2019 et expliqueraient l'indisponibilité de celle-ci à cette date. Cette hypothèse a toutefois été clairement réfutée, comme l'atteste notamment la pièce 9 du dossier de la requérante.

Au vu de ces éléments, il apparaît que la requérante ne peut – pour justifier que son offre ait été adressée tardivement et autrement que par dépôt sur la plate-forme – invoquer une circonstance qui lui soit étrangère, de sorte que le cas de force majeure dont elle fait état n'est, en toute hypothèse, pas avéré.

Dès lors que n'est pas vérifié le postulat sur lequel repose le moyen, celui-ci ne peut prospérer ni au regard du grief de défaut d'accessibilité de la plate-forme ni en ce qui concerne la critique du traitement inégal des soumissionnaires.

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

Quant à la deuxième branche

En sa deuxième branche, le moyen invoque principalement une violation de l'article 63, § 1er, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, libellé comme suit :

> « L'entité adjudicatrice peut décider de reporter la date et l'heure limites du dépôt des demandes de participation ou des offres lorsqu'elle a eu connaissance d'une indisponibilité des plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi. Ce report doit être d'au moins six jours pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et d'au moins huit jours pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur audit seuil, sans préjudice de l'article 8, § 1er, alinéa 3.
> En cas de report conformément à l'alinéa 1er, l'entité adjudicatrice procède à une publication adaptée communiquant la nouvelle date d'introduction des demandes de participation ou des offres, selon le cas ».

Une relative proximité de cette disposition avec celle de l'article 90, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel qu'inséré par l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, commande d'avoir égard au Rapport au Roi précédant cet arrêté royal du 7 février 2014, plus particulièrement à l'extrait suivant, que cite la requérante :

« Malgré tous les avantages liés à l'utilisation des applications *e-procurement*, la survenance d'une indisponibilité, comme pour toute application ICT, ne peut être exclue et risque d'empêcher certains candidats ou soumissionnaires d'introduire à temps leur demande de participation ou leur offre. Afin de remédier dans la mesure du possible à cette éventualité et de donner, dans ce cas, aux candidats/ soumissionnaires concernés une possibilité supplémentaire d'introduire leur demande de participation/offre, il est prévu que le pouvoir adjudicateur puisse reporter l'ouverture des demandes de participation/des offres, à condition qu'avant l'ouverture, il ait eu connaissance d'une indisponibilité de l'application *e-procurement*, et qu'il ait été averti par au moins un candidat/soumissionnaire de ce que ce dernier risque de ne pas pouvoir introduire à temps sa demande de participation/son offre en raison de cette indisponibilité.
Il ne suffit pas qu'un pouvoir adjudicateur ait été averti par un candidat/soumissionnaire du fait que ce dernier risque de ne pas pouvoir introduire à temps sa demande de participation/son offre en raison d'une indisponibilité de l'application *e-procurement*. Le pouvoir adjudicateur doit lui-même vérifier, auprès du service responsable de l'application *e-procurement*, si l'indisponibilité présumée est effectivement survenue et dans quelle mesure. Généralement, le service responsable de l'application *e-procurement* informera d'ailleurs lui-même le pouvoir adjudicateur de la survenance d'une indisponibilité, soit par *e-mail*, soit via d'autres canaux de communication mis à disposition par l'application *e-procurement*. Si l'indisponibilité de l'application *e-procurement* se confirme, le pouvoir adjudicateur peut décider de reporter l'ouverture des demandes de participation/des offres. En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation pour reporter ou non cette ouverture. Pour ce faire, il peut se laisser guider par des éléments tels que la durée de l'indisponibilité et le moment où celle-ci survient. Par exemple, une indisponibilité qui serait survenue pendant la dernière heure avant la séance d'ouverture serait en principe beaucoup plus problématique que celle survenue longtemps avant la séance d'ouverture. Dans ce dernier cas, les candidats/soumissionnaires sont effectivement empêchés d'introduire leur demande de participation/offre au moment de l'indisponibilité, mais y parviendront le lendemain sans problème ».

Lu conformément à l'extrait cité du Rapport au Roi, l'article 63, § 1er, précité appelle les deux observations suivantes :

- D'une part, l'indisponibilité visée à cette disposition est celle qui résulte de problèmes affectant le fonctionnement de la plate-forme. Ne relèvent, en revanche, pas d'une indisponibilité, au sens de cette disposition, les difficultés qu'un candidat ou soumissionnaire allègue avoir rencontré, mais qui ne sont pas causées par une perturbation de la plate-forme, telles celles qui sont imputables à l'utilisateur de celle-ci ou à ses installations.

- D'autre part, l'article 63, § 1er, accorde à l'entité adjudicatrice la faculté de reporter la date et l'heure de dépôt des demandes de participation ou des offres lorsqu'elle a connaissance d'une indisponibilité de la plateforme électronique. En revanche, cette disposition n'impose pas à l'entité adjudicatrice, en pareille circonstance, le report de cette échéance de dépôt. Elle n'impose pas davantage, et contrairement à ce que laisse entendre la requérante, une obligation générale et systématique de vérification des allégations de difficultés, applicable du seul fait qu'elle est informée de celles-ci. Il convient, à cet égard, de souligner que

l'obligation de vérification dont fait état l'extrait cité du Rapport au Roi est celle qui incombe à l'entité adjudicatrice, non pas en raison du seul fait qu'elle est informée de difficultés alléguées par un candidat ou soumissionnaire, mais bien, lorsque, en pareille circonstance, elle envisage d'exercer la faculté de report de la date et de l'heure d'ouverture des offres.

La requérante ne peut donc être suivie lorsque, prenant appui sur la seule disposition de l'article 63, § 1er, précité, elle soutient qu'« il suffit que la partie requérante informe la partie adverse de l'indisponibilité dont elle est victime, pour que la partie adverse soit obligée de faire toutes les vérifications qui s'imposent auprès du service responsable de la plateforme *e-Tendering* et décide, le cas échéant, de reporter le dépôt des offres ». Elle ne peut l'être davantage, et *a fortiori*, lorsqu'elle estime pouvoir dénoncer une « violation flagrante de l'article 63, § 1er de l'arrêté du 18 juin 2017, lu à la lumière des différents Rapports au Roi y relatifs ».

Par ailleurs, aux points 18 et 20 de sa requête, la requérante semble lier l'obligation de vérification de l'indisponibilité de la plateforme à un devoir de prudence, diligence et minutie qui, à l'instar de toute autre entité adjudicatrice, incomberait à la partie adverse et que celle-ci n'aurait pas respecté. Si, tel qu'exposé, ce grief doit être interprété en ce sens qu'il est reproché à la partie adverse d'avoir manqué à son obligation générale de prudence, déduite de l'article 1382 du Code civil, il n'appartient pas au Conseil d'État de l'examiner en tant que tel.

Enfin, et outre les reproches qui se confondent avec ce que la requérante fait valoir au titre des autres branches du moyen, le grief du défaut d'impartialité de la partie adverse ne peut, à défaut de critiques spécifiques, être inféré du seul fait de l'absence de vérification qui lui est reprochée.

En toute hypothèse, et de façon générale, il s'impose de relever que le moyen repose sur le postulat qu'une vérification opérée à la suite des déclarations de la requérante aurait permis d'établir l'indisponibilité alléguée de la plate-forme. Il ressort toutefois de l'examen de la présente demande de suspension que le seul motif d'indisponibilité de la plate-forme précisément mis en évidence par la requérante était une prétendue maintenance de cet outil effectuée le 18 décembre 2019, maintenance qui a pourtant été exclue par les pièces de la procédure (dont celles que la requérante produit elle-même). Dans ces circonstances où la requérante n'invoque pas un autre motif d'indisponibilité qu'aurait permis de constater une vérification par la partie adverse, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi l'absence de vérification précisément reprochée à celle-ci aurait pu causer grief à la requérante.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa deuxième branche.

Quant à la troisième branche

En sa troisième branche, le moyen repose sur le postulat selon lequel la décision de déclarer son offre irrégulière serait formellement motivée par le recours au procédé dit « de la motivation par référence », et ce eu égard à la référence que contient cette motivation à des échanges avec la plateforme *e-Tendering*, dont rendent compte des pièces du dossier administratif.

L'extrait de l'acte attaqué utile à l'examen du moyen, en cette branche, se lit comme suit :

« La date ultime pour le dépôt des offres via la plateforme *E-Procurement* était fixée au 18.12.2019 – 15h.
ONETRUST a transmis une offre par e-mail le 18.12.2019 – 15h49.

Outre le fait qu'elle est tardive, l'offre de ONETRUST est irrégulière étant donné qu'elle a été envoyée par *e-mail* alors que l'article 1.12 du cahier des charges imposait le dépôt des offres via la plateforme *e-Tendering* :
" Les offres électronique doivent être déposées via le site Internet *e-Tendering* https://eten.publicprocurement.be qui garantit l'égalité de traitement concernant les modalités de dépôt des offres."

ONETRUST explique la transmission tardive de son offre, ainsi que le fait qu'elle n'ait pas été déposée via *e-Tendering*, par une indisponibilité de la plateforme pour cause de maintenance.

Différents échanges avec la plateforme relatifs à l'incident allégué figurent au dossier administratif. Ceux-ci ne confirment pas l'indisponibilité dont ONETRUST dit avoir été victime. Ils excluent par ailleurs toute maintenance pendant la période où ONETRUST a tenté de déposé son offre.

Dans un tel contexte, la STIB ne devait et ne pouvait pas reporter la date et l'heure limites de dépôt des offres, sous peine de violer l'égalité entre soumissionnaires. Elle ne peut pas non plus accepter l'offre du soumissionnaire qui est, par conséquent, déclarée irrégulière ».

Il ressort de cet extrait que, par une motivation propre, l'acte attaqué expose clairement et précisément les raisons pour lesquelles la partie adverse a déclaré l'offre de la requérante irrégulière sans qu'il y ait lieu de reporter l'échéance de dépôt des offres : après avoir constaté que cette offre avait été déposée tardivement et par un moyen autre que le dépôt sur la plateforme *e-Tendering*, la partie adverse fait reposer sa décision sur le motif de fait que, d'une part, l'indisponibilité invoquée par la requérante n'était pas confirmée et que, d'autre part, la maintenance dont elle entendait se prévaloir était exclue.

Cette motivation propre permet de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a statué dans le sens critiqué, ce que ne conteste d'ailleurs pas, à proprement parler, la requérante. Le seul fait que l'acte attaqué contienne une référence à des échanges dont rendent compte des pièces du dossier administratif n'autorise pas, dans ces circonstances, à considérer que, pour motiver formellement sa décision relative à l'irrégularité de l'offre de la requérante, la partie adverse aurait recouru au procédé de la motivation par référence.

Le moyen repose donc, en cette branche, sur un postulat erroné.

Pour le surplus, et en toute hypothèse, la requérante ne peut sérieusement – et en particulier au vu des pièces n^{os} 4 et 9 de son dossier, dont il n'est pas exact de soutenir qu'elles concordent avec les affirmations de la requérante, relatives à l'existence d'un cas de force majeure, alléguée au titre de la première branche – feindre d'ignorer la teneur des échanges auxquels se réfère la partie adverse et, en conséquence, laisser entendre qu'une motivation prenant appui sur ces échanges ne lui permet pas de comprendre le sens et les raisons de la décision contestée.

Pour ces motifs, le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa troisième branche.

Quant à la quatrième branche

En sa quatrième branche, le moyen dénonce l'illégalité des « décisions de ne pas prendre en considération le cas de force majeure auquel faisait face la partie requérante et de ne pas recourir à la possibilité laissée par l'article 63, § 1er, lu à la lumière des différents Rapports au Roi y relatifs », qui – selon la requérante – n'auraient pas été adoptées par l'organe compétent de la partie adverse.

Il n'apparaît pas qu'une décision aurait été prise sur le fondement de l'article 63, § 1er, de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

Par ailleurs, tel que critiqué par la requérante, un refus de prendre en considération ce qu'elle estimait relever d'un cas de force majeure se confond avec la décision écartant son offre pour cause d'irrégularité, laquelle décision constitue l'un des objets de l'acte attaqué par le présent recours et n'est pas critiquée sous l'angle de la compétence de son auteur.

Il s'ensuit que le moyen unique n'est pas sérieux en sa quatrième branche.

VI. Moyen nouveau

VI.1. Thèse de la partie requérante

À l'audience du 17 septembre 2020, la requérante a soulevé un moyen nouveau, pris de la violation de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du point 1.22 du cahier spécial des charges, de la méconnaissance de l'obligation de motivation formelle et de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Il repose sur un grief formulé, dans un premier temps, dans le cadre de sa plaidoirie relative à la troisième branche du moyen unique de la requête, grief qu'elle a, en réplique aux observations des autres parties, présenté sous la forme d'un moyen autonome. En substance, elle soutient que l'acte attaqué comporte une motivation inadéquate en ce qui concerne la vérification de la conformité des offres aux exigences minimales du cahier des charges, qui ne permet pas à la partie requérante de comprendre si le cahier des charges, en son point 1.22, a bien été respecté, particulièrement en ce qui concerne la vérification de la régularité des offres au regard de ces exigences minimales et, plus spécialement encore, le mode de vérification binaire (conforme/non conforme) annoncé en ce point 1.22. Elle estime que cette motivation ne lui permet pas de comprendre si la vérification annoncée a bien été effectuée dans le respect de la disposition précitée. Plus fondamentalement, elle déclare être convaincue, en sa qualité de leader mondial du marché concerné, que les autres offres examinées par la partie adverse, et notamment celle de l'intervenante, ne pouvaient pas être conformes à toutes les exigences minimales du cahier des charges et demande à Madame l'Auditeur de vérifier si aucun doute ne subsiste quant à cette conformité. Enfin, réagissant au dépôt, par la partie adverse, d'un fichier dont l'intitulé porte la date du 7 mai 2020 et qui contient, sous la forme d'un tableau, les résultats de la vérification de conformité des offres au regard des exigences minimales, la requérante a alors fait valoir que n'était pas établie la compétence de la personne qui a procédé à la vérification et arrêté les résultats de celle-ci, en les consignant dans le tableau ainsi présenté.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

La procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 15 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, ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens lorsque ceux-ci ne pouvaient être formulés dans la requête.

Toutefois, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement qu'à la condition qu'il puisse être débattu de tous ses aspects par les parties.

En l'espèce, les parties adverse et intervenante n'ont pas fait valoir qu'elles ne pouvaient débattre du moyen nouveau en ses différents aspects.

Elles contestent, en revanche, que ce moyen n'ait pu être soulevé qu'après la prise de connaissance du dossier administratif, alors, d'une part, qu'il invoque la violation de prescriptions dont avait nécessairement connaissance la requérante et, d'autre part, que celle-ci déclare, à l'appui de ce moyen, avoir sa conviction bien établie que les offres des autres soumissionnaires (dont l'intervenante) ne pouvaient être régulières, ce qui – selon la partie adverse – permettait de soulever dès la requête le moyen présenté comme nouveau.

Le moyen paraît devoir s'entendre en ce sens qu'il mettrait notamment en cause la légalité de l'acte attaqué en tant que la partie adverse y déclare conformes aux prescriptions et, partant, régulières les trois offres examinées, alors que, selon la requérante, celles-ci ne pouvaient satisfaire à toutes les exigences prescrites. Dès lors, d'une part, que cette régularité des trois offres concernées avait déjà été admise par la partie adverse dans la première décision d'attribution du marché litigieux (sans que, sur cet aspect, cette première décision ait été remise en cause dans le cadre du recours qui a donné lieu à l'arrêt n° 247.892 du 24 juin 2020) et, d'autre part, que la requérante déclare être convaincue de l'irrégularité des autres offres grâce à son expérience particulière dans le secteur d'activités concerné, elle ne peut soutenir que c'est par la prise de connaissance du dossier administratif déposé dans le cadre de la présente procédure qu'elle a été mise en mesure de soulever son moyen nouveau, en tant qu'il formule ce grief. Dans cette mesure, le moyen nouveau est irrecevable.

Il peut, en revanche, être admis que la requérante – qui affirme avec vraisemblance n'avoir eu connaissance de la nouvelle décision motivée d'attribution du marché litigieux qu'à l'occasion du dépôt du dossier administratif – ne pouvait soulever dans sa requête le moyen « nouveau » en tant que celui-ci dénonce les lacunes de la motivation formelle, déclare redouter l'absence de vérification de la régularité des offres et soulève une question de compétence. Ce moyen nouveau doit donc être déclaré recevable dans cette stricte mesure. Son examen appelle les observations suivantes :

- Il ressort des informations contenues dans le fichier dénommé « GDPR Evaluation Tool_V1.2.2.2 DEF_7.05.2020 rapport final » et déposé par la partie adverse que celle-ci a bien procédé à une vérification, au regard des spécifications techniques prescrites, de la régularité des trois offres déposées dans le délai imparti, et ce en recourant à la méthode de vérification binaire (conforme/non conforme) qu'elle avait annoncée dans les documents du marché, spécialement au point 1.22 du cahier des charges. Pour cette raison, il ne peut, *prima facie*, lui être reproché une méconnaissance de cette prescription, du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, ou encore de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, en tant que cette disposition impose à l'entité adjudicatrice de vérifier la régularité des offres.
- Une décision positive qui constate la régularité d'une offre sans que l'examen de sa régularité ait suscité quelque difficulté, peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre. En l'espèce, la vérification de la régularité des offres effectuée par la parte adverse et dont rend compte le tableau déposé par celle-ci n'apparaît pas avoir suscité de difficulté particulière. Il s'ensuit que, par la motivation de l'acte attaqué en ce qui concerne cet aspect, la partie adverse n'a, *prima facie*, pas manqué à ses obligations.
- Enfin, les résultats de la vérification de la conformité des offres aux exigences minimales, dont rend compte le tableau produit par la partie adverse, ne peuvent s'analyser en un acte administratif qui serait soumis aux dispositions régissant l'organisation des pouvoirs au sein de la partie adverse, de sorte que ne peut sérieusement être retenue la critique d'incompétence formulée par la requérante.

Il s'ensuit que, dans la mesure où il est déclaré recevable, le moyen nouveau n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de la pièce 6 de son dossier, identifiée sous la dénomination « Annexe 2 : Inventaire des prix ».

La partie adverse demande, quant à elle, le maintien de la confidentialité des quatre offres (pièces 11 à 14 du dossier administratif) et des trois « BAFO » (pièces 17 à 19 de ce même dossier), ainsi que du fichier « GDPR Evaluation Tool_V1.2.2.2 DEF_7.05.2020 rapport final », déposé le jour de l'audience.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 17 septembre 2020, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante, à l'exception de ceux liés à la requête en intervention, qui seront mis à charge de l'intervenante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société de droit français INFHOTEP est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La pièce 6 du dossier de la requérante et les pièces 11 à 14 et 17 à 19 du dossier administratif, ainsi que le fichier « GDPR Evaluation Tool_V1.2.2.2 DEF_7.05.2020 rapport final » déposé par la partie adverse le jour de l'audience, demeureront, à ce stade de la procédure, confidentiels.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 24 septembre 2020, par :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	David De Roy